



COLECCIÓN SYNOPTICON

# JUVENTUD Y PENALIDAD

*Sistema de responsabilidad penal juvenil*



GABRIEL BOMBINI  
IÑAKI RIVERA BEIRAS  
JORDI CABEZAS  
JULIAN AXAT  
ANA LAURA LOPEZ  
MARIA FERNANDA SAUMELL

Universidad Nacional  
de Mar del Plata

  
eudem



COLECCIÓN SYNOPTICON

COLECCIÓN DE ESTUDIOS DE CRIMINOLOGÍA  
Y SOCIOLOGÍA JURÍDICO-PENAL

Nro. 2

# JUVENTUD Y PENALIDAD

*Sistema de responsabilidad penal juvenil*

GABRIEL BOMBINI  
IÑAKI RIVERA BEIRAS  
JORDI CABEZAS  
JULIAN AXAT  
ANA LAURA LOPEZ  
MARIA FERNANDA SAUMELL



Juventud y penalidad : sistema de responsabilidad penal juvenil / Gabriel A. Bombini ... [et al.]. - 1a ed. - Mar del Plata : EUDEM, 2018.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga

ISBN 978-987-4440-19-8

1. Derecho Penal. I. Bombini, Gabriel A.

CDD 347

**Director de la Colección “Synopticon”:** *Mg. Gabriel Bombini, UNMdP*

**Director externo:** *Dr. Iñaki Rivera Beiras, Universidad de Barcelona, España*

*Esta publicación fue evaluada por el Dr. Héctor Claudio Silveira Gorski*

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio o método, sin autorización previa de los autores.

**ISBN: 978-987-4440-19-8**

Fecha de edición: mayo 2018

© 2018, EUDEM

Editorial de la Universidad Nacional de Mar del Plata / EUDEM

3 de febrero 2538 / Mar del Plata / Argentina

© 2018 Cátedra de Criminología, Departamento de Derecho Penal, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

**Esta edición cuenta con el financiamiento de la AEIC.**



Libro  
Universitario  
Argentino

## PRESENTACION

El segundo volumen de *Synopticon* se encuentra enteramente destinado al estudio de una de las problemáticas de mayor relieve y actualidad en el contexto latinoamericano y argentino en particular.

En efecto, la íntima relación que se ha venido estableciendo en las representaciones públicas y políticas del crimen entre juventud y transgresión del orden, ha permitido poner en la escena central de los medios masivos de comunicación y del debate público, el problema de los jóvenes en conflicto con la ley penal.

La convergencia de un núcleo de condiciones sociales tales como la ocurrencia y difusión recurrente de hechos que involucran a jóvenes y adolescentes que causan enorme conmoción social, la repetida dramatización del problema criminal en las pantallas televisivas, y la uniforme apuesta populista del sistema político - motivada en una mixtura de evasión de responsabilidad y pretensión de cooptación de electores-, han desviado frecuentemente los ejes centrales de la discusión en torno no sólo a los sistemas de responsabilidad juvenil y el uso de la penalidad en jóvenes y adolescentes, sino particularmente el enorme problema social que representa la permanente vulneración que padecen vastos sectores de esa franja etaria y las plurales condiciones sociales, culturales, económicas y políticas que los favorecen o posibilitan.

No es ocioso reiterar a esta altura que, acudir a expresiones emotivas, grandilocuentes y grotescas, a la permanente reforma de la ley -y en particular la penal- y evocar el uso de una penalidad más severa, han venido siendo recetas recurrentes en la escena pública de los últimos lustros, narcotizando la apuesta por políticas públicas

coherentes, integrales y racionales, también en materia de jóvenes y adolescentes.

En este orden, no se escapa que la situación socio-económica y cultural requiere de un ingenio adicional para la concreción efectiva de aquellas políticas – que en ocasiones cada vez más contadas son apenas proclamadas en tono absolutamente genérico y descontextualizado- y que el impacto presente e inmediato difícilmente pueda ser públicamente perceptible en el contexto anunciado; más tal confronte realista en modo alguno puede sumirnos en un estado de negación que nos lleve a huir hacia refugios *simbólicos* que no resulten más que mecanismos de evasión irresponsable.

Los trabajos que a continuación se presentan, precisamente pretenden cabalgar sobre la dualidad planteada y enfocar críticamente aquellas construcciones sociales que obstaculizan una percepción más nítida de los problemas y las políticas a desandar.

Evaluando los sistemas de responsabilidad juvenil tanto en sus presupuestos ideológicos, estructurales como normativos en otros contextos, buena parte de las reflexiones que nutren el volumen se encaminan a delinear los aspectos nucleares del presente en el uso del poder penal del Estado respecto de jóvenes y adolescentes, centrando la discusión en las recientes tendencias evidenciadas en el orden nacional y particularmente local como plataforma para un debate difícil pero necesario.

Mar del Plata, Julio 2010

**JUVENTUD Y PENALIDAD:  
LA CONSTRUCCION DEL  
“ENEMIGO SOCIAL”**

**Gabriel Bombini**

Una característica saliente de las sociedades occidentales del presente, resulta la ausencia de coherencia y de una racionalidad unívoca en la programación, diseño e implementación de políticas públicas<sup>1</sup>.

La complejidad de los problemas sociales que la identifican, el resquebrajamiento de las estructuras culturales, políticas y materiales sobre las que se edificó el proyecto de sociedad moderna durante buena parte del siglo XX, la ruptura de los rasgos identitarios locales, el debilitamiento de las promesas asegurativas del modelo del estado benefactor y los niveles alarmantes de exclusión, probablemente, resulten algunos de los ejes problemáticos de mayor relevancia que posibilitan aquella seña característica de las políticas públicas del presente.

Este sello identificador se hace evidente en el ámbito de las políticas encaradas en el problemático espacio de los conflictos que se relacionan con la juventud y la adolescencia, especialmente cuando aquellos se entrelazan con conductas legalmente criminalizadas.

Así, a poco de observar el panorama general que se despliega en el contexto argentino en torno a la pretensa programación e implementación de políticas públicas en materia de juventud, adolescencia y niñez, la contradicción y ambigüedad, resaltan prístinamente de un modo alarmante.

Similar horizonte parece desplegarse, en general en las sociedades occidentales y en particular en el orden local, cuando pretendemos bucear en una exploración sociológica de las políticas

<sup>1</sup> Es necesario destacar que esta hipótesis, si bien resulta mayoritaria, presenta ciertas controversias en la literatura contemporánea (ver al respecto para el particular problema penológico, por todos, Loic Wacquant, 2010) .

penales contemporáneas. Así, un destacado sociólogo de la penalidad del presente, Pat O’Malley (1999) ha subrayado como rasgo paradigmático de las políticas penales de nuestro entorno cultural contemporáneo su carácter ambivalente, *volátil y contradictorio*.

Ahora bien, tal *estatus quo* se agudiza y potencia precisamente cuando ambos órdenes se tangencian, es decir, en el tratamiento público de la criminalidad que involucra a miembros de aquella categoría etaria.

En efecto, en ese escenario de contradicción y ambivalencia, la reciente discusión en el espacio público sobre las 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, las formas y el alcance de la penalidad respecto de tales colectivos sociales.

El vínculo estrecho que se ha establecido en las representaciones de la criminalidad en el público, entre *juventud, delito, inseguridad y miedo* ha puesto en el centro de la conflictividad social a los jóvenes, niños y adolescentes; y a caballo de ciertos acontecimientos con alto impacto emotivo y difusión pública, ha venido inmovilizando la diagramación de políticas sociales normativamente programadas –y ya de difícil implementación en un contexto de enorme exclusión social- y avivando las demandas –y las ofertas!- punitivas en la materia.

Tanto es así que, a pesar que desde el plano estrictamente normativo con la consagración legislativa de un orden acoplado al sistema internacional de protección y tutela de los derechos del niño y el joven, se ha pretendido virar desde un paradigma de arbitrariedad y paternalismo –tal como el del “*menor de edad en situación irregular*”-, hacia otro de promoción y protección de sus derechos, como titulares efectivos de ellos y no como meros objetos de la intervención tuitiva del Estado, lo cierto es que tal *paradigma* se ha visto plenamente desdibujado en la práctica.

Por un lado, a raíz de la evidente ausencia de implementación mínima y adecuada de los programas y estrategias de intervención desde el punto de vista de las políticas sociales que contemplan complejas estructuras administrativas y comunitarias diseñadas en la legislación; denunciada ya desde diversos sectores sociales y hasta aún en espacios judiciales.

Pero por otro también, a raíz de la construcción socio-mediática de un nuevo "enemigo social", relacionado directamente con los sectores más vulnerables de este colectivo, y que se describe, por ejemplo, bajo una imagen cultural suficientemente difundida bajo el publicitario slogan de "los pibes chorros" (ver Miguez, 2004).

Estas mutaciones han generado para el caso particular de la Provincia de Buenos Aires, la consagración e implementación de un sistema de responsabilidad penal juvenil que –fuera de la proclamación discursiva de la provisión de derechos y garantías judiciales para el enjuiciamiento penal de los jóvenes de entre 16 y 18 años de edad- se ha asentado sobre un tercer paradigma, que a su vez en consonancia con las transformaciones políticas y político-criminales generales, parece imponerse *en los hechos* en el escenario de las políticas para la juventud y la adolescencia: un "derecho penal del enemigo".

## **1. ¿Qué políticas para la juventud? Mutando paradigmas normativos: Construyendo el "enemigo social".**

Ahora bien, la transición descrita, se soportó sobre un escenario reciente en el que buena parte de la discusión y la labor desplegada por organismos internacionales, académicos, estamentos sociales y funcionarios de diversos rango en el contexto latinoamericano y durante algo más de dos décadas, estuvo orientada a denunciar los rasgos de arbitrariedad y autoritarismo que teñían a las políticas públicas en materia de niñez y adolescencia y en particular a la figura *omnímoda y todopoderosa* del Juez de Menores, sustentadas en una orientación positivista vetusta y perimida -que funda en preconceptos y prejuicios- reducía a esa franja etaria a un mero objeto de la intervención estatal (ver por todos, Beloff-García Mendez, 1999).-

Así, como ejemplo prototípico luce la profunda investigación y reflexión de Emilio García Mendez (1998: 57 y ss.), quien sostenía que el proceso complejo de construcción de la categoría de la infancia, cuyos orígenes podrían ubicarse en el siglo XVII, implicaba no sólo una pérdida total de autonomía sino fundamentalmente la emergencia de una nueva cultura jurídico-social que vincula indisolublemente la oferta de "protección" a la declaración previa de algún tipo de

incapacidad; en este ámbito peculiar, la denominada *situación irregular del menor* (58).

En esta línea de pensamiento, asignaba un papel rutilante en la consolidación y amplificación de la categoría social de la infancia a la institución escolar, como el espacio pertinente para construir a su vez una división *natural* entre *infancia* y *minoridad (no escolarizada)*. Y explicaba cómo en particular para esta segunda sub-categoría social, se diseñó otra estructura jurídico-institucional: el *tribunal de menores*.

Pero anunciando ya en aquella ocasión, el preponderante peso meramente simbólico del discurso tuitivo, al señalar que:

*“...el análisis específico de este proceso permite afirmar que se trató mucho más de la introducción de una cultura socio-jurídica de la ‘protección-represión’, que de una implementación institucional sistemática...”;*

añadiendo que:

*“...esto explica que todavía hoy los tímidos enunciados de derechos en las legislaciones latinoamericanas de ‘menores’, no encuentren, salvo honrosa excepción, ni mecanismos concretos de ejecución en la práctica y ni siquiera los instrumentos técnicos que permitan acciones jurídicas frente a su violación...” (cit.).*

En síntesis, con contundencia expresaba García Méndez (cit.: 61) que la esencia de la **doctrina de la situación irregular** se plasma en la creación de un marco jurídico que legitima una intervención estatal discrecional sobre esta “...*suerte de producto residual de la categoría infancia, constituida por el mundo de los ‘menores’...*”, apta para intervenir tanto frente al menor abandonado como al menor delincuente, por lo que su extensión resulta inversamente proporcional a la extensión y calidad de las políticas sociales básicas.-

Ahora bien, frente a semejante concepción, reivindicaba el autor, aquello que consideraba una inversión radical de paradigma, y que comenzaba a instalarse en la conciencia jurídica y social, con basamento en la **Convención Internacional de los Derechos del Niño**, con antecedentes directos en la Declaración Universal de los Derechos del Niño, y soportada además por otros tres instrumentos internacionales básicos, las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la*

*Administración de la Justicia Juvenil (reglas de Beijing); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad; y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad): la doctrina de la protección integral.* Afirmando, asimismo que, de este modo se pasa del *menor como objeto de la compasión-represión*, a la *infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos* (cit.: 65).

Pero, también ya en aquél momento, advertía García Méndez, sobre las limitaciones de la adecuación normativo-formal, eufemística que podría constituir la recepción legislativa de un enunciado de derechos impuestos por la comunidad internacional, sin disponer de las técnicas legislativas que garanticen, si no su cumplimiento, por lo menos un accionar jurídico concreto frente a su violación.

Este parece haber resultado el corolario –preanunciado– de las transformaciones normativas en el orden nacional, en el que aún la consagración de los derechos de Niños y Adolescentes y de algunas técnicas para el reclamo jurídico, no hallaron adecuada y suficiente implementación en el contexto local<sup>2</sup>.

En efecto, a pesar de la vigencia de las leyes de promoción o de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (ley nacional 26061 y ley provincial 13298) acorde con la normativa internacional (Convención de los Derechos del Niño y otras directivas internacionales), un breve repaso sociológico por la situación del colectivo, podría convenirse, resulta una clara muestra de la ineffectividad del paradigma de la protección integral<sup>3</sup>. Pero, aún más y y por el contrario, el surgimiento y progresiva consolidación del nuevo paradigma –ya anunciado– en las políticas públicas en la materia, el *derecho penal del enemigo*.

<sup>2</sup> **Mary Beloff** (2007), destaca que la implementación en la legislación nacional –a partir de la ley 26061– de la Convención de los Derechos del Niño ha resultado defectuosa, con una normativa que se ha limitado a reproducir conceptos del texto internacional, y que en diversos aspectos resulta confusa. Por otra parte, también subraya la necesidad de encarar una investigación empírica en Latinoamérica para analizar su eficacia como herramienta de promoción y protección de los derechos de la infancia, resultando que en este trabajo se formulara algunas apreciaciones de tal orden restringidas a la verificación comparativa del modo de implementación de la legislación promocional y protectora, y de la estrictamente punitiva.

<sup>3</sup> Ver este aspecto, los informes que aporta la Fundación Sur, y el Observatorio de los Derechos de la Infancia del Instituto Gino Germani de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

### 3. Las políticas penales contemporáneas: "castigando a los enemigos".

Así las cosas, este paulatino proceso de construcción del "enemigo social", resulta consolidado a pesar de la continua ambigüedad y contradicción antes aludida, como una representación social que fue sedimentando en el espacio público, quizá precisamente a raíz de aquella ausencia de un timón racional y tempestivo.

En este aspecto, es Massimo Pavarini, quien en forma reciente, en su libro *Castigando a los enemigos* (2009) ha subrayado la tendencia, de las políticas de penalidad contemporáneas, a orientarse exclusivamente a aquellos sectores o categorías sociales que son considerados "*enemigos sociales*".

Esta expresión, vuelve al ruedo por el uso reciente de un penalismo de corte funcionalista, que retoma la antigua noción de *enemigo*, propia del Derecho Romano<sup>4</sup>, propiciada desde el campo de la teoría política con la ya clásica versión dicotómica de Carl Schmitt en la lógica *amigo-enemigo*; y que había sido utilizada por Franz Von Liszt (1882) en su famoso "Programa de Marburgo", al explicar la potestad punitiva estatal como una guerra a la criminalidad y a los criminales (conf. Lascano, 2004).

Pero su utilización y difusión actual es atribuida a Günther Jakobs, pero no tanto enfocado desde un plano descriptivo, perspectiva desde la que viene siendo efectuándose los enfoques precedentes- sino claramente en términos *prescriptivos o propositivos*, al plantear expresamente la necesidad de distinción entre "*un derecho penal del ciudadano*" y un "*Derecho Penal del enemigo*" (2005); como una categoría –ésta última- propia de una guerra abierta contra la delincuencia, donde como en toda guerra vale toda suerte de abusos y extralimitaciones,

<sup>4</sup> Zaffaroni (2007: 22) hace referencia a la distinción romana entre el *inimicus* y el *hostis*. "...El *inimicus* era el enemigo personal, en tanto que el verdadero enemigo político era el *hostis*, respecto del cual se planteaba siempre la posibilidad de la guerra y era visto como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad. El *extranjero*, el *extraño*, el *enemigo*, el *hostis*, era el que carecía de derechos en absoluto, el que estaba fuera de la comunidad..."

con tal de obtener la victoria. En esa dirección afirma drásticamente que:

*"...el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el derecho penal pasa a ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo..."* (2005: 51).

Agrega que

*"...el Estado puede proceder de dos modos con los delinquentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico..."* (idem),

y que con este lenguaje,

*"...El Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos..."*.

El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, sino en forma presuntamente duradera, en su comportamiento (delincuencia sexual), en su ocupación profesional (delincuencia económica, tráfico de drogas), o principalmente, a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada), ha abandonado el derecho y no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva de un comportamiento como persona (idem: 57), se le combate fundamentalmente por su *'peligrosidad'*, pasando la pena a cualquier materialmente una función de *custodia de seguridad anticipada* (42); para concluir: en forma terminante:

*"...los enemigos no son efectivamente personas'. Por tanto no pueden ser tratados como tales..."* (2004:60).

Rastreando en su genealogía, una referencia histórica altamente ejemplificativa del contenido y sentido de estas expresiones, resulta la *reanalizada* por Muñoz Conde, y referente al *derecho penal para los extraños a la comunidad*<sup>5</sup> al que hacía alusión y sostenía con énfasis

<sup>5</sup> Señala Muñoz Conde en los informes que redactó Mezger en el año 1943 para el régimen nacional-socialista, decía que: *"...En el futuro habrá dos (o más) 'Derechos penales': - un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han*

Edmund Mezger, desvelando su filiación y servicio al régimen nazi presente en la Alemania de su época y que incluía, entre otras graves medidas,

“...la entrega a la policía de los asociales y su reclusión por tiempo indefinido en campos de concentración o su esterilización ‘cuando pueda esperarse de ellos una herencia indeseable para la comunidad del pueblo’ o la castración de homosexuales, ‘si la seguridad pública así lo exige’...” (2005:61 y 62).

Por el contrario, en la historia reciente, también verifica el autor, expresiones directas del *derecho penal del enemigo* en la severidad sancionatoria o en la anticipación de punibilidad incluidas en el texto del Código Penal Español reformado en el año 2003, o bien en la *Patriot Act* de los Estados Unidos de Norteamérica que permiten al FBI, sin control judicial, detener a ciudadanos o recabar de las empresas datos sobre la intimidad de sus clientes y trabajadores. (2005: 39-42).

En todo caso, la figura del *delincuente* como un *enemigo público* no ha sido propia de esta caracterización reciente, sino que resulta una construcción cultural de arraigo tradicional en la *modernidad cultural*, expresando una *criminología del otro, del extraño, del diferente*, a quien se le atribuyen todos los males sociales y sobre quien se descarga con ímpetu las reacciones punitivas más vehementes (Garland, 2005).

Así, Garland afirma que se trata de una “...*criminología del otro peligroso, un eco criminológico de la cultura de la guerra y de la política neoconservadora...*” (300), que redramatiza el delito, considerándolo una catástrofe y encuadrándolo en el lenguaje de la guerra y la defensa social, que es decididamente *antimoderno*<sup>6</sup> y *antiliberal*<sup>7</sup>.

*regido hasta ahora), y – un Derecho Penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión...Una vez que se realice la inclusión el ‘Derecho especial’ (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas...Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo Orden; en él radica un ‘nuevo comienzo’)...” (2000 y 2005).-*

<sup>6</sup> Esta característica se refleja en sus temas centrales: “...la defensa del orden y la autoridad, la afirmación de estándares morales absolutos, de la tradición y del sentido común...”.-

<sup>7</sup> En cuanto da por supuesto que “...ciertos delincuentes son “simplemente malvados” y, por lo tanto, intrínsecamente diferentes del resto de nosotros...”.-

Su visión del delincuente como sujetos intrínsecamente <<perversos>> o <<malvados>>, implica una diferenciación con <<nosotros>>:

*"...son los otros peligrosos que amenazan nuestra seguridad y no merecen ni una pizca de nuestra simpatía. La reacción apropiada de la sociedad es la defensa social: debemos defendernos de estos enemigos en lugar de preocuparnos por su bienestar y posibilidades de rehabilitación. Como expresó John Di Iulio en el título de uno de sus artículos, debemos simplemente 'Dejar que se pudran'..."* (301).

También en una óptica crítica a este desarrollo, Zaffaroni ha invertido la presentación del problema al enfatizar, en su trabajo *El enemigo en el derecho penal*, que el

*"...poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que sólo los consideraba como entes peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que se señala como enemigos de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal..."* (2007: 11).

y afirmando como tesis que:

*"...el enemigo de la sociedad o extraño, es decir, el ser humano considerado como ente peligroso o dañino y no como persona con autonomía ética, sólo es compatible desde la teoría política, con un modelo de estado absoluto total..."* (idem: 12-13).

Agrega que esta figura del *hostis*, *enemigo* o *extraño* no ha desaparecido nunca de la realidad operativa del poder punitivo ni de la teoría jurídico-penal, se originó en el derecho romano, atravesó toda la historia del derecho occidental y penetró en la modernidad en el pensamiento de filósofos, políticos, juristas, penalistas y criminólogos, que en ocasiones y con distinto grado, le proporcionaron

elementos que facilitaron la racionalización de la categoría de enemigos o extraños (idem: 24 y 28).-

En conclusión:

*“...la historia del ejercicio real del poder punitivo demuestra que quienes ejercieron el poder fueron los que siempre individualizaron al enemigo, haciéndolo como mejor convino o fue funcional —o creyeron que lo era— a sus intereses en cada caso, y los que aplicaron esa etiqueta a quienes los enfrentaban o molestaban, real, imaginaria o potencialmente. El uso que han hecho de este tratamiento diferenciado dependió siempre de las circunstancias políticas y económicas concretas, siendo algunas veces moderado y otras absolutamente brutal, pero los ejes troncales que se desprenden de la primitiva concepción romana del hostis son perfectamente reconocibles a lo largo de toda la historia real del ejercicio del poder punitivo en el mundo...”* (idem: 80).-

Es así que -en definitiva- puede afirmarse que es pertinente a tales expresiones de la penalidad actual, la *demonización* de un *enemigo público*<sup>8</sup>, que según los contextos geográfico-culturales va mutando, pero que se condice esencialmente con los *estereotipos criminales*<sup>9</sup> contruidos en torno aquellos *colectivos o sectores excluidos*, generalmente asociados a jóvenes, masculinos, de los núcleos sociales menos favorecidos.

A su vez, en el ámbito anglosajón se ha venido sosteniendo el surgimiento de unas *criminologías del otro*, que suscriben un tipo de discurso sustentado en una racionalidad asociada al neoconservadurismo y en particular a formas *populistas* de gestión de la criminalidad.

Así, expresa Garland al referirse a estos discursos criminológicos afirma que

*“...se trata de una criminología que comercia con imágenes, arquetipos y ansiedades... al intentar deliberadamente, hacerse eco de las preocupaciones públicas y de los perjuicios de los medios*

<sup>8</sup> Conf. Zaffaroni 2007 cit.; aunque no solamente según el autor la construcción de enemigos sociales resulta propio de las políticas contemporáneas, sino que afirma que cada sociedad históricamente ha construido sus enemigos sociales.

<sup>9</sup> Conf. el estudio clásico de Chapman.

*masivos de comunicación y su concentración en las amenazas más inquietantes, esta criminología, en efecto, resulta ser un discurso político del inconsciente colectivo, aun cuando proclama ser, en líneas generales, realista y <<de sentido común>>, frente a las <<teorías académicas>>. En sus tropos típicos e invocaciones retóricas, este discurso político descansa sobre una criminología arcaica del hombre criminal, el **otro extraño**. Algunas veces de forma explícita, más frecuentemente a través de referencias indirectas, el problema se remonta a los comportamientos amorales y deliberados de delincuentes peligrosos, que normalmente pertenecen a grupos culturales y raciales que tiene pocas semejanzas con <<nosotros>>...".*

Si en el contexto europeo ese otro temido resulta el *inmigrante africano o proveniente de países del este* (por todos, Monclús, 2008), en el norteamericano *los afros o latinos* (por todos, Mauer, 1999), y en el centro americano *las bandas juveniles o maras* (Cano, 2009), es poco cuestionable que en el contexto nacional resultan las franjas constituidas por los *jóvenes de los sectores populares*, a los que se asocia con un estereotipo paulatinamente consolidado: *"los menores delincuentes o pibes chorros"* (Miguez, 2004).

#### **4. Prácticas políticas en materia de conflictos juveniles: "Privilegiando la penalidad".**

Y en este aspecto, las prácticas políticas en materia de conflictos juveniles han venido absorbidas por la relevancia otorgada a aquella construcción cultural. En efecto, el peso del problema securitario en el contexto nacional reciente ha reposado sobre estos *"jóvenes"*, a quienes *las élites políticas y las representaciones de la criminalidad que éstas generan en el imaginario público, esencialmente a través de un uso preferente de los mass media*<sup>10</sup>, les achacan y responsabilizan de gran cantidad de hechos delictivos de gravedad, fundamentalmente asociados a la *criminalidad callejera*.

En el informe del Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria del presente año 2010, se presenta la cuestión del siguiente modo:

<sup>10</sup> Conf. **Melossi** (1992 cit.).-

*“...la creciente demanda punitiva sobre el colectivo de los jóvenes-pobres-urbanos, mediáticamente demonizados y contruidos como principales responsables de la inseguridad, ha coadyuvado a la reorientación del castigo ya no en términos de intervención socioeducativa, sino como control diferencial del riesgo sobre grupos peligrosos o problemáticos...”;*

para concluir:

*“...sobre éstos, el programa de gobernabilidad neoliberal en las sociedades de excedencia estipula una intervención ligada a la pedagogía de la neutralización, en tanto técnica de dominio del sistema penal juvenil, como eslabón del continuum que forja de modo sistemático la selectividad penal. Tanto por la creciente grieta entre los enunciados discursivos de las leyes que regulan la materia en relación a las prácticas y dispositivos institucionales (tanto de la policía, la justicia y los lugares de encierro), así como por ser la antesala del sistema penal de adultos, éstas institucionalidades asumen relevancia para comprender la dinámica del encadenamiento policía-justicia-cárcel y el arraigo de procesos y circuitos de violación sistemática de los derechos humanos de los más jóvenes...” (378).-*

Por ello es que el debate público actual se centra sobre la “debilidad” del sistema penal, en tanto que al no “encerrar” a los jóvenes menores de dieciocho años, estaría favoreciendo la “*ola delictiva*” y la “*inseguridad*”, y por tanto, en la urgente necesidad de sanción de una ley penal juvenil para poder sancionarlos tanto como a los adultos.

Así lo ha solicitado por ejemplo, el actual gobernador de la Provincia de Buenos Aires, quien en forma recurrente frente a hechos delictivos que cobran notoriedad extraordinaria y que *sacuden* la opinión pública, argumenta la necesidad de contar con una legislación que permita encarcelar a los “*menores delincuentes*” como eje de la solución del problema de seguridad que urge en el espacio territorial bajo su competencia.

Sin embargo, en este aspecto ya es dable destacar que luego de un largo y sinuoso –y tantas veces fracasado- proceso legislativo

(Lopez, 2008)<sup>11</sup>, la criminalización exhaustiva de jóvenes de entre 16 y 18 años se ha recrudecido en el marco de esta tendencia en la Provincia de Buenos Aires, con la instauración del fuero de responsabilidad penal juvenil, acorde con lo normado por la ley provincial 13.634.

Este problemático proceso legislativo importó, en definitiva, la predisposición de un enorme número de funcionarios judiciales, principalmente agentes fiscales en pos de fortalecer la persecución penal sobre esta franja etaria, en desmedro a la asignación de recursos suficientes a los programas de intervención social que diseña la legislación de protección y promoción de los derechos de los jóvenes y adolescentes.

Pero, no obstante, como se adelantaba, el debate más enérgico actualmente se centra en la situación y eventual penalización de la franja etaria que se abre entre los 14 y los 16 años de edad, la que por el momento, resulta objeto de medidas de privación de libertad que tan sólo se sustentan en el paradigma de tutela o protección de los niños y jóvenes, largamente cuestionado –como se vio- no sólo por su contradicción con la noción de sujeto de derechos que emerge de la Convención de los Derechos del Niño, sino también por la apertura de un enorme espacio de arbitrariedad en la disposición de la suerte del *niño/jóven* “objeto” de la intervención tutelar (García Méndez, 1998).

Este debate incluso alcanza al interior del *sector progresista*, que opone acaloradamente dos posturas divergentes en torno al modo de encarar la cuestión, que tuvo como punto de eclosión la decisión de la

<sup>11</sup> La autora describe un proceso tortuoso y kafkiano, de más de seis años, en los cuales se dictaron 6 leyes de las cuales 4 resultaron suspendidas, 3 de ellas a través de medidas cautelares judiciales: - **la 12.607** de 2000, de “Protección Integral de los derechos del niño y del joven”, suspendida cautelarmente por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires; -**la 13.064** de 2003, que suspende la aplicación de aquélla, luego de una habilitación judicial para su implementación, suspensión prorrogada por ley -**13.162** de 2004; año en el cual se dicta la ley nueva “Ley de promoción y protección integral de los derechos de los niños”, -**13.298**, suspendida cautelarmente -a pedido de la Procuradora Fiscal de la Provincia, también por la Suprema Corte de Justicia bonaerense, que convoca a una Audiencia Pública, nunca celebrada; la ley -**13.634** de diciembre de 2006, complementaria de la mencionada 13.298 y derogatoria de la ley de patronato 10.067, de los tribunales de menores, y que crea los fueros de familia y de responsabilidad penal juvenil, marco en el cual el congreso de la nación –septiembre de 2006, dicta la ley nacional -**26.061** de “Protección Integral de las niñas, niños y adolescentes”- (**López**, 2008).-

Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*García Méndez, Emilio – Musa, Laura*”, en la que, no obstante poner severamente en vilo la constitucionalidad del régimen de la ley 22.278, se limitó a señalarle este dato al Poder Legislativo Nacional, sin ningún tipo de exhortación temporal específica, manteniendo la vigencia de las medidas privativas de la libertad sobre internados de menos de 16 años de edad fundadas en razones de tutela –objeto del recurso judicial-, y sobre la base de argumentos vinculados a su protección<sup>12</sup>.

La introducción del régimen penal juvenil diferenciado –aún para aquella franja etaria 14 a 16 años- que puede leerse “*prima facie*” como la consagración de un régimen de garantías penales y procesales que limiten la enorme arbitrariedad de una intervención punitiva bajo ropajes tutelares, conlleva el riesgo cierto de convertirse<sup>13</sup> –en el marco de emotividad y politización antes descripto- en el pretexto que soporte un proceso de *criminalización, penalización y encarcelamiento* –aún diferenciado- que una vez desatado en su plenitud, resulta de dimensiones impredecibles.

No es un dato indiferente a este respecto, que nuestro país goza del *dudoso privilegio* de haber resultado denunciado en el orden internacional de los derechos humanos, por al menos, diez casos en los que los tribunales de justicia argentinos han sancionado con penas privativas de libertad de carácter perpetuo a jóvenes de menos de dieciocho años (UNICEF, 2003), o por poner en prácticas sistemas de detenciones policiales –*no judiciales*- con consecuencias significativas en materia de derechos humanos, libertades públicas, dignidad, integridad física y hasta la vida (conf. caso “**Bulacio**”, CIDH).-

Tampoco que, en el marco del recurso judicial “*Verbitsky, Horacio s/ Recurso de Hecho*”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación

<sup>12</sup> Una interesante investigación vinculada a la racionalidad penal moderna en la justicia de menores, que opone –sobre la base de la experiencia canadiense- los modelos de *protección del menor vs. protección de la sociedad*, puede leerse en Verónica Piñero, (2007) *Protección del menor vs. protección de la sociedad. La racionalidad penal moderna en la justicia de menores. Buenos Aires: Ad hoc.*

<sup>13</sup> Este dato resulta relevante, en orden a la atención que debe generar en presente y futuro debate que se viene dando en torno al límite de la imputabilidad penal que deberá completar el Congreso de la Nación, por cuanto parece una muestra suficiente que la reivindicación “ingenua” de las garantías judiciales para los jóvenes, adolescentes y eventualmente niños, desprendido de políticas sociales efectivas, puede consolidar un paradigma meramente simbólico y autoritario en la materia.

identificó como una de las problemáticas más severas entre las acuciantes vinculadas a la privación de libertad en la Provincia de Buenos Aires, la práctica de encierro a jóvenes y adolescentes en las comisarías y centros policiales de ese distrito, los que –por su afectación a derechos fundamentales- ordenó hacer cesar en breve plazo.

En definitiva, y más allá de referencias abstractas y genéricas, y a pesar de la vigencia de las leyes de promoción o de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (ley nacional 26061 y ley provincial 13298) acorde con la normativa internacional (Convención de los Derechos del Niño y otras directivas internacionales), que exponen con claridad la *ratio excepcional* de la privación de la libertad y la penalización de niños y jóvenes y la prioridad de la intervención social y comunitaria, no se perciben más que signos tibios de reflexión genuina y actuación concreta sobre las condiciones que dieron lugar a que casi 1.000.000 jóvenes de entre 15 y 24 no estén incorporados ni al ámbito educativo ni al mercado laboral, en el marco de un 40% de la población argentina por debajo de la línea de pobreza. O que en la Provincia de Buenos Aires, más del 40 % de las personas menores de 18 años, se encuentren debajo de la línea de pobreza y la mitad de ellos, en condición de indigencia. O asimismo que 6 de cada 10 adolescentes en el conurbano bonaerense viven en hogares con privación material, o que casi el 70 % de los hogares del Gran Buenos Aires con niños y adolescentes se encontraban bajo la línea de pobreza y de éstos el 71,1% bajo la línea de indigencia, o la ausencia de cobertura de salud para el 55,3 % para la infancia de la provincia<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Según informe anual del Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria, sustentado en datos del INDEC al año 2005. En concreto se menciona en el informe: "...Según la última información oficial de acceso público, correspondiente al segundo semestre de 2005 en base a la Encuesta Permanente de Hogares, el 44% de los niños y adolescentes de la provincia se encontraban bajo la línea de pobreza. Entre éstos, el 50,4% se ubicaban en una situación más gravosa, es decir, bajo la línea de indigencia. Es imposible, con arreglo a rigurosidad estadística, establecer la cantidad nominal –es decir, no porcentual- de personas con menos de 18 años en la provincia bajo condiciones de pobreza. Ello se debe a que los últimos datos disponibles en cantidades no porcentuales son de 2001, mientras que los datos de pobreza correspondientes a 2005 solo se exhiben en términos porcentuales, estando restringido por el INDEC el pedido de este tipo de información específica. Sin embargo, asumiendo el error estadístico subyacente de la dinámica demográfica

Se sabe que este proceso devastador que viene teniendo lugar de modo más o menos sostenido desde hace más de treinta años en nuestro país (Svampa, 2005), ha llevado a un elevadísimo número de ellos a alejarse de la inserción en ese ámbito educativo, sin recepción por aquel mercado laboral, y aquí radica sin lugar a dudas el aspecto medular de las reflexiones que deben darse sobre el punto particular de la situación de los jóvenes y adolescentes en nuestro país, y las posibilidades de recomponer intervenciones relevantes al respecto.

Pero a la par de ello, emergen otros condicionantes de relevancia que guardan, a su vez, estrecha relación con aquel proceso de transformación excluyente *neoliberal* (Svampa, cit.).

Por un lado, ciertos patrones culturales que imponen determinados niveles de "*inclusión globalizada*" en la *cultura del consumo* - pero una creciente *exclusión del mercado laboral*- (Young, 2003), los han incidido en el difusión de una "*lógica del aprovisionamiento*" inmediato de bienes, especialmente suntuarios en los jóvenes de las clases populares que los llevan a acudir a la ilegalidad para satisfacer tales "*necesidades*" (Kessler, 2004).

Por otro, los relacionados con el desempeño del mercado de trabajo en el contexto local y sustancialmente en los sectores urbanos, y que fundamentalmente viene ligada a una "*inclusión inestable*", otro condicionante en la inmersión de los jóvenes de esos sectores en hechos de criminalidad más o menos violenta en el espacio urbano (Tonkonov, 2001).

Tampoco existe una profundización en el análisis de los vínculos que existen entre este tipo de criminalidad callejera y aquella otra impune e indemne de cuello blanco o de los poderosos (Ruggiero, 2005), ni en las razones que llevan a la enorme difusión del microtráfico de sustancias estupefacientes prohibidas entre esos grupos - especialmente de baja calidad y altamente tóxicos; o el fácil acceso y hasta la disponibilidad inmediata que tienen a las armas de fuego.

La simplificación del discurso punitivo evade la necesidad de sumergirse en el análisis del problema en su complejidad y en la -más difícil todavía!- labor de elaboración de políticas públicas racionales y con efectos concretos y materiales, en este ámbito.

acontecida entre 2001 y 2005 y vinculando ambos datos, puede inferirse que la cantidad de menores de 18 años en condiciones de pobreza en la provincia era de 1.197.465 para el año 2005...".-

En este sentido, existen una serie de indicadores suficientes que revelan en la Provincia de Buenos Aires, la preponderancia que viene asumiendo la penalidad como estrategia central de contención de jóvenes en claro desmedro a la programación legislativa antes referida.

En primer orden, la falta de concreción de los órganos previstos por la ley 13.298. Así, denuncia el informe de la Comisión Provincial por la Memoria, la falta de creación a tres años de la plena vigencia de la ley, de figuras cruciales como resulta la del Defensor de los Derechos del Niño (ley cit., y art. 16 del decreto 300/07) o la del Observatorio Social; la escasa labor de la Comisión Interministerial para la Promoción y Protección de los Derechos del Niño, la insuficiencia de los programas sociales y la implementación altamente deficitaria de los servicios locales y zonales (Informe Anual, 2010: 385 y ss.).

Por otro lado, también se alude a la falta de financiamiento de la reforma, aspecto sustancial para encarar un tipo de intervención social como la programada.

En este sentido, es posible afirmar que del total del presupuesto provincial, desde el año 2005 al 2009 –ya implementado el sistema de promoción y protección de los derechos de la infancia y la adolescencia–, en ningún caso, las partidas asignadas al área de infancia alcanzaron el 1% de aquel, decreciendo del 0,66 % de año 2005 al 0,53 del año 2009. Asimismo, se verifica un leve incremento desde el año 2008 al 2009 en los recursos asignados específicamente al sistema de responsabilidad penal juvenil que llegan a un 15,2% del total asignado a infancia (conf. Informe de la Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria, 2010: 389 y 390).

Aún con el grado de simplismo que se evocan simbólicamente las figuras ideales estatales y las dificultades de trasladar acríticamente de contextos reflexiones orientadas a analizar otras realidades, puede acudir a las metáforas que reconocidos sociólogos de la penalidad han utilizado para referirse a las transformaciones políticas en el contexto neoliberal o postfordista, y evidenciar al menos, el paulatino fortalecimiento del "Estado Penal" en las políticas llevadas a cabo en materia juvenil –en desmedro de intervenciones sociales- (Wacquant, 2010); y la emergencia de una "nueva" racionalidad de gobierno punitivo de la *excedencia* del mercado de trabajo (De Giorgi, 2006).-

En definitiva, concluye el informe referido:

“...Luego de varios años de disputas judiciales, mediáticas y políticas entre diversos actores, en la actualidad existe un fuerte consenso discursivo acerca de la inconveniencia, vulneración de derechos e inadecuación del modelo de Patronato de Menores para el abordaje de las problemáticas infanto-juveniles. Sin embargo, la desjudicialización de las causas asistenciales no ha hallado eco con igual intensidad en la construcción de un sistema de promoción y protección de derechos capaz de exhibir los niveles de profesionalización, alcance, recursos humanos, técnicos y presupuestarios necesarios para hacer realidad la garantía de derechos para todos los niños bonaerenses. Es un reclamo recurrente de organizaciones, profesionales, trabajadores y organismos que trabajan en la temática. Sin la inyección de recursos institucionales con altos grados de profesionalidad y acordes a la demanda que deben atender, plasmados en políticas públicas claras, definidas y sobre las cuales se cuente con información rigurosa y exhaustiva (y no sólo con propagandas espasmódicas que publicitan actos de gestión), aún no es posible sostener que el complejo tutelar del Patronato haya sido reemplazado por un Sistema de Promoción y Protección de Derechos que honre a la normativa vigente. El Poder Ejecutivo provincial está frente a un importante desafío en esta materia: establecer políticas y recursos mayores para la consolidación de un sistema institucional sólido, profesional, democrático y accesible o sostener el proceso de desmantelamiento del patronato sin ninguna respuesta estatal que suponga una mejoría en la situación de miles de niños bonaerenses, colocados en una situación de profundo abandono y deriva frente a la crónica y naturalizada incompletitud del Sistema de Promoción y Protección de Derechos, aún luego de haber cumplido sus primeros tres años (2010: 400).

En suma, 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 –los “pibes chorros” como el nuevo “enemigo social”- emerge como estrategia central –en claro desmedro

del paradigma de los derechos-, en tanto como expresan Daroqui y Guemureman:

“...la justicia no es solamente una estrategia para aplicar y consolidar la distribución de desprivilegios, sino que también se erige como una instancia privilegiada de administrar la desigualdad y la exclusión en momentos de crisis sociales...” (2000).

## **BIBLIOGRAFIA**

BELOFF, M. (2007) “Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina” en *Abramovich, V. Bovino, A. y Courtis, C. La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década. Buenos Aires: Del Puerto.*

CANO, F. (2009) La “vida loca”. Pandillas juveniles en El Salvador. Barcelona: Antrhopos.

Comité contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria (2010) El sistema de la crueldad V. Informe Anual. Violaciones a los Derechos Humanos en los lugares de detención de la Provincia de Buenos Aires. Ciudad de Buenos Aires.

DAROQUI, A. – GUEMUREMAN, S. (2000) “Los menores de hoy, de ayer y de siempre. Un recorrido histórico desde una perspectiva crítica” en *Delito y Sociedad. Año 8, número 13: 37-73.*

DE GIORGI, A. (2006) El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud. Madrid: Traficantes de Sueños.

GARCIA MÉNDEZ, E. (1998) Infancia. De los derechos y de la justicia. Buenos Aires: Del Puerto.

GARCIA MÉNDEZ, E. – BELOFF, M. (comp.) (1999) Infancia, ley y democracia en América Latina, Bogotá-Buenos Aires: Temis-Depalma.

GARLAND, D. (2005) <2001> La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Buenos Aires: Gedisa. (trad. Sozzo, M.) Original en inglés: *The cultura of control. Crime and social order in contemporary society.* Oxford University Press.

JAKOBS, G. (2004) La ciencia penal ante los retos del futuro. En *Eser, Albin – Hassemer, Winfried – Burkhardt, Björn; La ciencia del Derecho penal ante el cambio del milenio. Valencia: Tirant Lo Blanch.*

JAKOBS, G. et. Al. (2005) Derecho Penal del enemigo. Buenos Aires: Hammurabi.

- KESSLER, G. (2004) Sociología del delito amateur. Buenos Aires: Paidós.
- LOPEZ, L. (2008) “El proceso de reforma legislativa de la Provincia de Buenos Aires en materia de infancia: un largo y sinuoso recorrido”. Ponencia presentada en el IX Congreso Nacional de Sociología Jurídica “De las leyes a las prácticas: confrontaciones sociales por el uso del Derecho”, Rosario, 13 al 15 de noviembre de 2008.-
- MAUER, M. (1999) Race to Incarcerate. New York: The New Press.
- MELOSSI, D. (1992) El Estado del control social. México: Siglo XXI.
- MIGUEZ, (2004) Los pibes chorros. Estigma y marginación. Buenos Aires: Claves para todos. Capital Intelectual.
- MONCLÚS, M. (2008) La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema pena para el control de los flujos migratorios. Buenos Aires: Del Puerto.
- MUÑOZ CONDE, F. (2005) De nuevo sobre el ‘derecho penal del enemigo’. Buenos Aires: Hammurabi.
- PAVARINI, M. (2009) Un arte abyecto. Buenos Aires: Ad hoc.
- PIÑERO, V. (2007) Protección del menor vs. Protección de la sociedad. La racionalidad penal moderna en la justicia de menores. Buenos Aires: Ad hoc.
- O’ MALLEY, P. (1999) “Volatile and contradictory punishment”, en *Theoretical Criminology*, 1999 3 (2): 175-196.
- RUGGIERO, V. (2005) Delitos de los débiles y de los poderosos. Ejercicios de Anticriminología. Buenos Aires: Ad hoc.
- SVAMPA, M. (2005) La sociedad excluyente. La argentina bajo el signo del neoliberalismo. Buenos Aires: Taurus.
- TONKONOV, S. (2001) “‘Meter caño’. Jóvenes populares urbanos: entre la exclusión y el delito”. En *Delito y Sociedad*, año 10, Números 15-16: 171-185.
- UNICEF (2003) Sentencias de reclusión perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad en la República Argentina (1997-2003). Buenos Aires.
- VON LISZT, F. (1984) <1882> La idea del fin en el Derecho penal. Bogotá: Temis.
- WACQUANT, L. (2010) Castigar a los pobres. Barcelona: Gedisa.
- YOUNG, J. (2003) La Sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad Tardía. Madrid: Marcial Pons. *Original en Inglés, The exclusive society* (trad. Bergalli, R.; Sagarduy, R.)

ZAFFARONI, E. R. (2007) El enemigo en el derecho penal. Buenos Aires: Ediar.

# LOS PRESUPUESTOS IDEOLÓGICOS DE UNA JUSTICIA PENAL DE/PARA LOS JÓVENES<sup>1</sup>

(Hegemonía y anomalías de un difícil vínculo social)

**Iñaki Rivera Beiras**

<sup>1</sup> El presente trabajo refleja una versión corregida y actualizada del que con el título “Nacimiento y presupuestos ideológicos de la justicia penal juvenil”, fue publicado en *Pasado y presente de la Justicia penal juvenil* por UNICEF-El Salvador (2000), y en la colección *Desafíos, Antrhopos*, número Jóvenes y Adultos. Un difícil vínculo social. Barcelona (2007).

## 1. Niños y adultos. Hegemonías, asimetrías y anomalías de una relación desigual

Imaginemos el intento por dibujar históricamente el camino de los niños hacia la democracia y hacia el trazado de una ciudadanía plena. Nadie, en sus mejores intenciones, se opondría a ello desde el firmamento que delimitan los derechos humanos para todas las personas, también para quienes integran esa categoría llamada “infancia”. Mas pese a ello, en el imaginado camino se perciben algunas anomalías que, desde un punto de vista estructural, marcan importantes diferencias en relación a la historia de otros grupos de sujetos hacia la emancipación prometida.

Hace ya tiempo que Baratta (1998), extremadamente preocupado por la situación de la infancia en América Latina (y no sólo en aquel continente) puso de manifiesto con gran lucidez cuanto se ha advertido en el párrafo precedente y ahora se ampliará en los sucesivos. En extrema síntesis: si observamos las relaciones sociales desde el paradigma del “poder de definición”, nuevamente, es evidente que son los adultos quienes *definen-protecten-vulneran-castigan* a la otra parte de la relación aludida. Sigamos este hilo rojo señalado por Sandro para problematizarlo hasta el fondo, primero, y rastrearlo, después, en sus raíces genealógicas.

Baratta alude (como primera anomalía) a la exclusión de los niños del pacto social, es decir, exclusión del ejercicio de la ciudadanía que no sólo es de hecho, sino de derecho. “Los niños no son parte contratante en el pacto [...].El camino de los derechos que tienen los niños hasta su reconocimiento es más largo que el de los otros sujetos excluidos del pacto social moderno” (*op. cit.*:44).

La segunda anomalía descrita por el citado autor consiste en que "la lucha de los niños por su derecho a la igualdad está desvinculada de la lucha por el reconocimiento de su diferencia" (*ibidem*).

La tercera, que en realidad es una consecuencia íntimamente ligada a las anteriores, es que "la lucha por los derechos de los niños, a diferencia de la de otros grupos de excluidos, no ha sido una lucha propia sino que ha quedado y queda dependiente del discurso y del actuar de los adultos" (*op. cit.*:45). En efecto, la larga lucha emprendida por movimientos sociales históricos por el reconocimiento de nuevas cuotas de derechos fundamentales, siempre se verificó en un escenario en el que interactuaban luchaban y confrontaban grupos antagónicos (mujeres que lucharon contra el poder de los hombres, trabajadores contra el poder de los propietarios del capital, personas de color contra la hegemonía blanca, etc.). No ha sucedido lo mismo en el ámbito de la infancia, el protagonismo, la hegemonía y el poder de la definición no le perteneció a ésta sino a los adultos. Sólo ellos definieron sus derechos y delimitaron el campo y los límites de actuación.

Por todo ello, Baratta concluye señalando que "los niños no se han vuelto un sujeto colectivo, un movimiento público, no han creado un discurso sobre sus necesidades redefinidas como derechos a pesar de que hayan ocurrido experiencias aisladas de altísima calidad".<sup>1</sup>

Cuanto se ha escuetamente señalado proporciona interrogantes y advertencias que deben tenerse en cuenta si se ahonda en un estudio sobre la cuestión juvenil, minoril o sobre la categoría misma de la infancia. Para los fines del presente artículo, se señalan tres interrogantes a partir de los cuales se desarrolla el recorrido:

-¿Desde cuándo, rastreando genealógicamente, se puede hablar de la existencia de una categoría social y conceptual semejante?

-¿Cuándo, cómo y por qué nació un tipo de control penal de/para los jóvenes desgajado del que era propio para el control punitivo de los adultos?

-¿Qué lastres soportamos en la actualidad en torno al desarrollo mencionado?

<sup>1</sup> Alude a los movimientos de "pibes unidos" en Argentina o "meninos da rua" en Brasil, además de algunas aisladas experiencias europeas.

Evidentemente, estas preguntas requieren de una mirada histórica que se inicia a continuación.

## **2. Del Antiguo Régimen a la Modernidad: la aparición de la categoría social de la niñez y juventud**

Para acercarse a un estudio relativo a la problemática que plantea la denominada "cuestión minoril", parece oportuno señalar ante todo que semejante cuestión no puede identificarse homogéneamente en todo lugar y en cualquier periodo histórico. En efecto, ha de señalarse, en primer lugar, que lo que hoy identificamos como niño, adolescente o joven, traduce la construcción de una categoría social que no existió siempre.

El mundo antiguo, la edad media e, incluso, hasta los albores de la Modernidad (a finales del siglo XVIII), no conoció la categoría social de la minoridad. El niño afrontaba muy tempranamente responsabilidades adultas y su incorporación al mundo adulto (ya sea en el ámbito recreativo, familiar, o en el de producción agrícola) se verificaba muy pronto. En un contexto semejante, cabe afirmar que la duración de la infancia era notoriamente breve, a lo sumo podía durar de los primeros años de vida -sumamente frágiles- hasta su rápida y temprana incorporación al mundo laboral. Sólo a partir de ese momento el niño/joven comenzaba a importar un poco más, es decir, en la medida o en función de su "aporte", de su fuerza de trabajo que pasaba a contribuir al sostenimiento económico de una unidad familiar, generalmente.

Una situación de tal tipo puede decirse que, aproximadamente, se mantendrá hasta entrado el siglo XIX, época en la cual comenzará a verificarse una separación del mundo de la infancia del mundo adulto.

Tal vez por estas características apuntadas puede afirmarse que una situación como la descrita se reproducía en el ámbito del control jurídico penal. En efecto, los sistemas de justicia atribuían una responsabilidad por igual y, aunque marcaran ciertas diferencias, puede afirmarse que las instituciones penitenciarias recibían adultos y niños, con las tan difundidas imágenes de abusos que se producían en su interior fruto de semejante tipo de convivencia.

Semejante tipo de control jurídico penal fue construyéndose con una característica especial y que, podríamos apuntar para la reflexión, constituye un elemento estructural de la justicia minoril que persiste, claro que con diferencias, hasta la actualidad: *la ambigua naturaleza de una intervención nacida entre pretensiones tutelares y realidades punitivas.*

### **3. Los signos de los nuevos tiempos: la creación de las libertades y la invención de la disciplina social**

Junto a cuanto se ha mencionado, es necesario entender que determinados acontecimientos de índole política, económica y cultural propiciarían el cambio que se está señalando. Podrían enumerarse los siguientes:

- importantes flujos migratorios que constituyeron en no pocos casos, auténticas explosiones demográficas;
- las crisis que fruto de todo ello comenzaron a sufrir las urbes;
- las importantísimas cantidades de trabajadores jóvenes que iban incorporándose a la naciente fábrica en los albores de la sociedad industrial;
- la nueva consideración que tendrá la vagancia y la ociosidad, las cuales dejarán de tener el estatuto sagrado propio de épocas medievales (donde ciertos santos vagaban por los caminos viviendo de limosnas para ofrecer su vida a la contemplación divina), para pasar a ser consideradas auténticas “lacras sociales” que es necesario controlar y combatir;
- comienza, entonces, la lucha contra la ociosidad y la paulatina penetración de la población en la lógica manufacturera;
- las fiestas patronales, por ejemplo (únicos descansos para la clase trabajadora) comienzan a ser drásticamente reducidas en pro de la productividad;

- todo ello indica que estamos asistiendo al surgimiento de un nuevo concepto que será erigido en el dogma de los nuevos tiempos: "el culto al trabajo";
- el nacimiento de toda una serie de instituciones totales coadyuvará a cuanto se está indicando: en efecto, no puede olvidarse que en esa época se asistirá también al surgimiento de los asilos, los hospicios de pobreza (españoles), las fábricas, el "bridwell" (británico), las "casas di lavoro" (italianas), los "spin-huis" y "rasp-huis" (holandeses), los hospitales generales (franceses), los orfanatos, los manicomios, las penitenciarías, los reformatorios...

Como tanta literatura ha indicado, todos esos acontecimientos propiciarían el surgimiento del Gran Encierro: la sociedad industrial nacía por entonces combinando el invento de las libertades con la invención de las disciplinas (véanse Foucault 1976; Melossi-Pavarini 1980; Rusche-Kirchheimer 1981; entre otros).

En este contexto de profunda transformación social, política y cultural, es donde puede localizarse el surgimiento de la categoría social del menor y, consecuentemente, el inicio de particulares formas de control "asistencial-punitivo".

#### **4. Primeros elementos de las legislaciones decimonónicas en materia penal juvenil**

Dentro del movimiento propio de "la codificación" que abarcará gran parte del pasado siglo, puede señalarse que las primeras iniciativas legislativas consideraron siempre a los menores de siete años de edad como seres absolutamente inimputables para los fines propios del Derecho Penal (cfr. por ejemplo, el primer Código Penal en España de 1822). Normalmente, salvo excepciones, se consideró que para los mayores se siete (7) años y menores de diecisiete (17), debía procederse a una investigación acerca de si el menor había obrado, o no, "con discernimiento".

Ese sistema provocó interpretaciones muy diversas por su vaguedad y por la evidente dificultad de averiguar cuándo conocía o

no, el infractor, el aspecto o contenido antijurídico de se acción. La consideración del “discernimiento” tuvo mucha importancia en las concepciones retributivas (absolutas) de las penas, y puede decirse que su empleo fue decayendo a medida que las concepciones relativas (utilitarias) de las penas iban ganando terreno.

Es importante mencionar, a propósito de la consideración del “discernimiento” que, mientras el mismo fue utilizado, una de las consecuencias que ello produjo, entre otras, fue que a los mayores de siete años a quienes se probara que habían actuado con discernimiento, se les impondría la misma pena de cárcel que para los adultos.

Posteriormente, tales edades fueron modificándose y, en general, elevándose hasta alcanzar en Europa, ya a finales del siglo XIX y en los albores del siglo XX, la mínima edad de dieciséis (16) años, y la consecuente desaparición del juicio sobre la capacidad de discernimiento analizada. Ello fue, aproximadamente, contemporáneo a la idea de “sacar a los menores del Derecho penal” para colocarles en nuevas instituciones donde pudieran aplicárseles tratamientos y protecciones diversas, como se señalará a continuación.

## **5. Movimientos y situación internacional de entonces (fines del siglo XIX)**

En el contexto que se está describiendo se produce el conocido “movimiento de salvación del niño”, tan bien descrito por Platt. Todo ello desembocará, justo a fin del siglo XIX, concretamente en 1899, en la creación del primer Tribunal para Niños (la famosa “Juvenile Court”), en la ciudad norteamericana de Chicago.

Pero es muy importante, más allá de las prescripciones normativas y de la aparición de estos primeros Tribunales minoriles, hacer referencia a las iniciativas en donde, con anterioridad a la fecha indicada, se sentarían las bases ideológicas del surgimiento de una justicia penal de/para los menores, separada de la justicia penal de/para los adultos.

Aludo con ello a la paulatina celebración, en la segunda mitad del pasado siglo, de los primeros Congresos Penitenciarios Internacionales, en el seno de cuyos debates se sentarán los pilares de esta nueva forma de control formal para los jóvenes. Tales Congresos,

que se celebraron primero en Europa y luego en los Estados Unidos de América, tradujeron en sus ponencias, debates y cuestiones analizadas, los primeros principios y fundamentos de la justicia penal minoril.

Como bien ha descripto Cadalso, en el seno de aquellos debates doctrinales emergieron con fuerza los postulados del positivismo y correccionalismo decimonónicos que sentaron las bases de la pretensión científica de abordar el problema de la desviación y de la criminalidad. Allí fueron abordadas cuestiones decisivas tales como: la arquitectura penitenciaria, el régimen y primeras formas de tratamiento penitenciario de la criminalidad, los problemas derivados del alcoholismo, la pornografía, y prostitución, todo lo relativo a la justificación de penas y de medidas de seguridad, el tratamiento de los enfermos mentales y la organización de los manicomios, o los problemas derivados de la juventud y la creación de los primeros reformatorios.

En cuanto concierne a esta última cuestión, cabe señalar, por ejemplo, que se teorizó en torno a las condiciones que permitieran la separación de los menores de adultos en las instituciones de segregación, abogándose por la prohibición de la reclusión en establecimientos carcelarios de los menores de dieciocho (18) años.

Muchas de estas cuestiones fueron diseñadas por quienes integraron la categoría de la primera “iniciativa social” que, en este sentido, fue representada por aquellos sectores de la nobleza que se dedicaron -filantrópicamente- a la asistencia, por ejemplo, de las mujeres “de vida licenciosa”, los presos pobres o los menores abandonados y/o infractores (la constitución de las primeras Asociaciones de Damas y Caballeros, que florecieron en toda Europa en este periodo, es un claro reflejo de cuanto se está diciendo).<sup>2</sup>

Esta “iniciativa social” fue la que sentó las bases de un primer modelo pedagógico en el tratamiento de los menores. En efecto, en los debates de los Congresos Penitenciarios Internacionales abogaron, por ejemplo, para que a los menores internados en Reformatorios se les proporcionara una “enseñanza moral, religiosa e industrial”, que existiera una disciplina severa (aunque no excesivamente dura), que se crearan (en el exterior de los muros) las primeras Sociedades de

<sup>2</sup> Para mayor información sobre el papel cumplido por esta “iniciativa social” en la España decimonónica, véase Rivera Beiras 2006.

Patronato para que velasen por la educación, el control y asistencia de las familias y que, semejante forma de intervención no cesase una vez que el menor hubiera abandonado la institución cerrada, en una clara suerte de “asistencia educativa post-correccional”.

Asimismo, es llamativo descubrir cómo, en el interior de los debates protagonizados en los Congresos Penitenciarios Internacionales, se insistía ya entonces en la necesidad de introducir y diseñar ciertas alternativas al encierro custodial de menores, abogándose por la adopción de ciertas medidas tales como: la colocación de jóvenes en familias, el mantenimiento de jóvenes en situación de libertad vigilada, la creación de las primeras Escuelas Industriales y Profesionales, la necesidad de crear Juntas de Barrios para el estudio de los problemas juveniles, o la defensa de la creación de los primeros Delegados de Protección de la Infancia.

Como puede advertirse, tales iniciativas constituyen tal vez los primeros antecedentes de muchas de las instituciones o medidas penales juveniles que aún subsisten en la actualidad.

Se llegó, incluso, a la articulación de verdaderos Programas de Tratamiento para el combate contra ciertas “causas” que eran señaladas como responsables de la desviación y la criminalidad. Por ejemplo, los Programas de lucha contra el alcoholismo juvenil que contenían tres niveles de actuación distinguidos: *a)* el *general*, consistente en alejar a los niños y jóvenes de establecimientos de suministro de bebidas alcohólicas; *b)* el *especial*, que preveía la enseñanza obligatoria antialcohólica; *c)* el *represivo*, que preveía expresas prohibiciones de expendir bebidas alcohólicas a menores de dieciséis (16) años, con fuertes sanciones en caso de contravenciones. Como puede verse, toda una verdadera “estrategia de higiene social” en el abordaje de los disturbios juveniles.

También en el marco de las sesiones de estos Congresos Penitenciarios Internacionales se abogó por la creación rápida de las primeras “Colonias Educadoras de Jóvenes abandonados y perversos”.

Desde el punto de vista procesal y judicial, se conocieron en tales debates las primeras iniciativas tendientes a prohibir determinadas publicidades en la celebración de los juicios y audiencias a menores, recomendándose la realización de los mismos “a puerta cerrada”.

Por lo que se refiere a cuestiones específicas de legislación minoril, se defendió allí la necesidad de comenzar a promulgar auténticos Códigos de la Infancia que sirviesen para la armonización de las legislaciones dispersas y que, asimismo, se regulasen con sumo detalle todas las cuestiones relativas al ejercicio de la patria potestad.

Finalmente, señalar que estas iniciativas fueron también acompañadas por todas las direcciones que provenían de los primeros intentos por la articulación de "derechos sociales" para las mujeres embarazadas, en clara traducción de las luchas del movimiento obrero que también alcanzaron estas esferas comentadas (por ejemplo: la consagración de los derechos de las mujeres para que no trabajasen en el último mes del embarazo o la lucha por el establecimiento de los primeros seguros obligatorios para obreras).

No parece haber demasiada dificultad para concluir este epígrafe señalando entonces la profunda importancia que tuvo para la construcción de una primera forma de justicia penal minoril, las iniciativas y debates de estos Congresos Penitenciarios Internacionales que cerraron el siglo XIX con todo un auténtico andamiaje ideológico que proporcionó el positivismo criminológico.

## **6. El positivismo criminológico y la construcción de los fundamentos de la nueva intervención**

Antes de señalarse cuáles fueron las bases ideológicas del positivismo criminológico, puede resultar interesante mencionar, muy rápidamente, los pilares de la Escuela clásica liberal que edificó y fundó la Modernidad. Y ello porque, como se verá después, muchas de las orientaciones positivas y correccionalistas supusieron importantes reacciones contra aquella Escuela.

El movimiento iniciado a través de la ideología contractualista e ilustrada partió de unos *presupuestos* bien definidos sobre los cuales se articularían las primeras formas modernas de intervención jurídico penal. En tal sentido, cabe mencionar las siguientes:

- el principal objeto de atención, de estudio, era el delito, el hecho en sí;

- éste, como comportamiento humano, era una manifestación de la voluntad, del libre arbitrio del ser humano, el cual era libre para decidir su comportamiento;
- en consecuencia, quien delinquía era “responsable” de sus actos y se hacía “acreedor o merecedor” de una sanción penal, representada por la pena;
- semejante sanción debía ser “equivalente” al mal causado por el delito (retribución) y proporcional al grado de culpabilidad del infractor;
- además, en ese contexto, el Derecho penal, y la pena, debían servir para crear contramotivaciones a las tendencias criminales (prevención general);
- lógicamente, todo ello comportaba el respeto a toda una serie de garantías de orden procesal.

Por el contrario, los *presupuestos positivistas* cambiaron, como se verá, radicalmente los fundamentos de la intervención. En efecto:

- el objeto de estudio se desplazó del delito al hombre delincuente (nacía una Criminología que buscaba desentrañar las causas individuales del comportamiento desviado y/o criminal); nacía así el conocido “paradigma etiológico” de la criminalidad;
- se pasó a la negación consecuente del libre albedrío y a su sustitución por un más o menos rígido determinismo mecanicista;
- las causas individuales de la criminalidad, sobre todo a partir de la *Scuola Positiva* italiana, quedarían identificadas en base a factores o disturbios biológicos, psicológicos o sociales;
- la responsabilidad individual será sustituida por el concepto de “peligrosidad” como nuevo fundamento de la reacción penal;
- semejante reacción, entonces, deberá tener un carácter terapéutico: las penas deben ser substitutas por medidas de seguridad, como “medicina del alma”;

- a partir de allí, será clásico ya el binomio "culpabilidad/pena"; "peligrosidad/medida de seguridad";
- su duración se recomendara como in-determinada (en la célebre formulación de Jiménez de Asúa, cfr. 1955);
- esta nueva ideología encontró en el campo minoril (y en otros) un fértil campo de experimentación.

## 7. Sus consecuencias para el control penal de los menores

Como acaba de verse, el positivismo sentó las bases "científicas" de una nueva forma de intervención penal sobre los jóvenes. Educación y re-educación inauguraron el catálogo de ideologías "re" que presuponia una previa patología en el sujeto desviado o infractor que debía ser tratada a través de una medida de seguridad. Se construyó de ese modo un modelo correccionalista preocupado por clasificar, separar y corregir "tendencias", "estados peligrosos", etc.

Pedro Dorado Montero señala en 1915, en su famoso "Derecho Protector de los Criminales", que: "los delincuentes, como los locos, los pródigos, los vagabundos y los *menores*, son especiales, a veces, anormales". La edad, entonces, será una especial variable a considerar para la medición de las patologías, las desviaciones, etc. (como la prodigalidad, la enfermedad mental, u otras).

Fruto de todo ello será que, a partir de este momento, los menores serán también clasificados como anormales y, consecuentemente, potencialmente peligrosos, necesitados de atención y de control. Para ello, se les deben aplicar medidas terapéuticas y por tiempo indefinido. Las primeras Leyes de Tribunales Tutelares de Menores, en las primeras décadas del siglo XX adoptarán rígidamente los presupuestos señalados. En efecto, tales legislaciones señalarán, por ejemplo:

- una presunción, "*iuris et de iure*" (sin admisión de prueba en contrario) de inimputabilidad a menores, normalmente, de 16 años;

- los niños y jóvenes serán considerados como “enfermos a curar”, más que como “culpables a corregir”;
- los Jueces que integrarán estos primeros Tribunales Tutelares, deberían ser una suerte de Psicólogos o terapeutas, antes que auténticos juristas;
- el presupuesto de la actuación penal no será sólo el delito cometido sino la “conducta irregular y peligrosa”;
- esas conductas a examinar por los nuevos Tribunales Tutelares no consistirán sólo en los delitos cometidos sino, por ejemplo, en fugas de hogar, alcoholismo, conductas inmorales, vagabundeo, callejeo...
- se llegó a abogar por la criminalización de conductas no tipificadas como delito;
- en consecuencia, los Tribunales Tutelares debían ser competentes sobre niños y jóvenes “viciosos”, “sean o no delinquentes” (como señaló Ramón Albo en 1920, “el hecho de que el niño haya delinquido, en la mayoría de los casos, no es más que un accidente”);
- la reacción jurídica ya no consistirá en una pena -es decir, en un mal- sino en una medida educativa y tutelar -es decir, en un bien-, a fin de que con ella se alcanzase la corrección moral del menor;
- ahora bien, nada de ello obstaba a la notoria dureza de las medidas (Cuello Calón llegó a justificar el carácter educativo de los “azotes”, siempre y cuando, eso sí, se aplicaran con finalidad paternal, como “derecho de corrección”);
- la duración de la medida será indefinida, con el único límite de que no sobrepase la mayoría de edad civil.

Más allá de esas cuestiones señaladas a propósito de mencionar algunos rasgos característicos de las nuevas legislaciones de Tribunales Tutelares de Menores, las concepciones indicadas comportarían consecuencias específicas en el orden jurisdiccional y procesal. Veamos algunas de ellas:

En primer lugar, y por cuanto atañe a aspectos jurisdiccionales, ya se insinuó que no se requería en los Jueces una especial formación jurídica, ni que fuesen jueces de carrera; en todo caso, era preferible que se tratara de personas de probada moralidad y vida familiar intachable.

En segundo lugar, y en lo relativo al procedimiento seguido en tales Tribunales Tutelares de Menores, ha de señalarse la total inexistencia de un verdadero "proceso" propio de la legislación ordinaria: no se requiere ni el principio de publicidad ni tampoco el principio de práctica de las pruebas.

En tercer lugar, y por cuanto se refiere a las garantías, puede señalarse la total ausencia de las mismas, al consagrarse auténticos procesos inquisitivos con claro desprecio de orientaciones acusatorias: tampoco se entendió necesaria ni la intervención del Ministerio Público, ni del Abogado defensor, ni la vigencia del principio de contradicción (Cuello Calón señalaba que "el Juez es el padre, el protector, el amigo y el maestro del niño, ¿para qué entonces tener un abogado?").<sup>3</sup>

## **8. Algunas reflexiones a modo de conclusión**

Como se ha ido viendo a lo largo de estas páginas, el pretendido carácter paternalista y asistencialista de estos modelos protectores y tutelares en el marco de acción penal sobre los niños y jóvenes, tradujo en realidad la auténtica paradoja que comportó algunas de las siguientes cuestiones:

- criminalización y clara persecución de conductas no tipificadas penalmente como delitos (flagrante violación del principio de legalidad y del principio de tipicidad);
- consagración de unos procesos tutelares que, en realidad, supusieron el desmantelamiento de unas

<sup>3</sup> En torno a la influencia del Positivismo y en especial del Correccionalismo español en la penología decimonónica y de primeros años del siglo XX, véase Cano 2000.

garantías procesales que habían sido una conquista de la Modernidad;

- en efecto, en tales procesos no se respetaron los siguientes derechos: el derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales, el derecho a ser informado de la acusación y cargos contra el menor, el derecho a un proceso público, el derecho de utilizar los medios de prueba para su defensa, el derecho a no confesarse culpable, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a la presunción de inocencia, etc.;
- también, y como no podía ser de otro modo, la ejecución de drásticas medidas de seguridad privativas de libertad, sin ningún tipo de control jurisdiccional (violación de la garantía ejecutiva derivada del principio de legalidad en la tradición que proviene del Derecho penal liberal);
- y finalmente, como se ha visto, la tolerancia e incluso recomendación de la aplicación de “paternales” castigos corporales

En síntesis, el llamado “modelo tutelar o de la protección” comportó la más absoluta des-protección de los menores frente al *ius puniendi* del Estado.

Para finalizar, desearía señalar que cuanto se ha dicho a propósito del recorrido histórico por el que surgió y discurrió la primera forma de intervención penal sobre los jóvenes, no se ha efectuado con ninguna pretensión de erudición, sino con la concreta finalidad de que los eventuales lectores conozcan los presupuestos ideológicos sobre los que se fundó semejante intervención.

Como se ha visto, ello tuvo lugar hace algo más de un siglo. Las preguntas que surgen son al menos tres (retomando también las reflexiones de Baratta que se citaron al principio de este trabajo):

- a) ¿existen aún dudas de que los derechos y las intervenciones punitivas sobre los niños y jóvenes han sido, exclusivamente, configurados por los adultos sin su participación?

- b) ¿cuáles son los resultados que ha arrojado, materialmente, semejante proceso de determinación paternalista de control penal?
- c) ¿hasta qué punto arrastramos, todavía hoy, tanto en la legislación punitiva como en las prácticas, los resabios de un modelo positivista de intervención?

El gran desafío, en consecuencia, y para el caso que este último interrogante arroje el resultado de la presencia de un resabio semejante, sólo puede consistir en ir liberándonos del lastre que supone intervenir punitivamente sobre los niños y los jóvenes a través de unas prácticas, y unos discursos, que padecen una insalvable crisis de legitimación y, en todo caso, son indignos de un Estado democrático de Derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARATTA, A. (1998), “Infancia y democracia”, en E. García Méndez y M. Belfo (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá - Buenos Aires: Ed. Temis, Ed. Depalma, 31-57.
- CADALSO, F. (1922), *Instituciones Penitenciarias y similares en España*, Madrid, José Góngora Impresor (Biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona).
- CANO, F. (2004), “La influencia del Positivismo en la Criminología y Penología españolas: orígenes y primeros pasos de la prevención especial como fin de la punición”. En I. Rivera Beiras (coord.): *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*. Barcelona: Ed. Anthropos, 61-80.
- CUELLO CALÓN, E. (1958), *La moderna penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*, Barcelona, Bosch Casa Editorial.
- FOUCAULT, M. (1986), *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Madrid, Ed. Siglo XXI (trad.: A. Garzón del Camino).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1955), *Tratado de Derecho Penal*, t. I: *Concepto del Derecho Penal y de la Criminología. Historia y Legislación comparada*, 3era. ed., Buenos Aires, Ed. Losada.
- MELOSSI, D. y M. PAVARINI (1987), *Cárcel y fábrica: Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, México, Ed. Siglo XXI (trad.: X. Massimi).
- PLATT, A. (1997), *Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia*. México: Ed. Siglo XXI (trad. F. Blanco).
- RIVERA BEIRAS, I. (2006), *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- RUSCHE, G. y O. KIRCHHEIMER (1984), *Pena y estructura social*, Bogotá, Ed. Temis (trad.: E. García Méndez).

# **UNA VOZ NO TAN MENOR**

Apuntes sobre jóvenes infractores, performances y  
estrategias defensivas

**Julián Axat**

## **I.- Aclaración.**

En el presente trabajo se resumen aspectos que intento desarrollar en mi tesis de graduación de la Maestría de Ciencias Sociales (UNLP). Trato aquí de aplicar algunos conceptos centrales de la sociología de Pierre Bourdieu, como de otros sociólogos afines, en distintas problemáticas vinculadas a la sociología-antropológica-jurídica y al campo de la justicia penal juvenil.

## **II. Introducción.**

La historia del tratamiento del delincuente, incluye la historia de los mal llamados “menores delincuentes” como objeto de control y encierro punitivo.<sup>1</sup> Ese intento por gobernar a la infancia excedente durante el siglo XX, apuntaba al control de los hijos de los sectores subalternos a través del dispositivo tutelar basado en la expulsión del seno de familias consideradas disfuncionales y el confinamiento en reformatorios, sin tener por en cuenta su expresión, opinión o punto de vista. Sin tener en cuenta su derecho de defensa en juicio.<sup>2</sup>

1 El concepto de menor, ha sido una categoría histórica moderna formada desde el control social, y utilizada por las elites políticas e intelectuales para designar a los niños y jóvenes considerados ajenos a las pautas de comportamiento, localización espacial, educación, trabajo, sexualidad y relación con los adultos aceptables para su edad. Véase Ariés, P. (1981); o bien De Mause, L. (1973).

2 Véase *De los derechos y de la justicia*. 2º edic. De Puerto. O bien Baratta, Alessandro (1998), *Infancia y Democracia* en García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*.

El movimiento por los derechos del niño que tiene consagración en la Convención Internacional de 1989, ha intentado en cambio, oponer al viejo modelo tutelar, la necesidad de que las personas adultas, en especial los funcionarios que los juzgan, escuchen o tengan en cuenta la voz de los jóvenes antes de someterlos a cualquier tratamiento punitivo que implique la restricción de sus derechos. De allí que dicho instrumento legal refuerce la afirmación identitaria del sujeto de derecho como interés superior, la necesidad de ser oído, la libertad de expresión y el derecho pleno a la defensa en juicio.<sup>3</sup>

Este reconocimiento (estatuto de derechos) confronta -en los hechos- con las agencias penales que trabajan en función de prácticas de sospecha arraigadas a imaginarios de poder que, al ser visibilizadas en contexto de campo, ponen al descubierto la formas de la violencia simbólica y habitus de sus operadores, donde el sujeto seleccionado ha sido (es y será) más objeto de confesión, observación, control y silencio, que sujeto portador de una voz, historia o punto de vista a ser tenido en cuenta a la hora de decidir su destino.

Decimos sujeto de negación, más que se afirmación, pues las agencias de control social penal (compuestas por campo policial, campo judicial, campo penitenciario, campo mediático) reducen el acontecimiento vital a un agenciamiento de captura gestionado por el castigo.<sup>4</sup>

A diferencia de las personas adultas, sean o no de su misma condición social; los niños y jóvenes, por su natural desventaja basada en la edad, aunada a la baja condición social siempre seleccionada por estas agencias de control penales, tienden a carecer del capital simbólico suficiente para oponerse ante el sistema normalizado y burocrático de respuestas/expectativas de las autoridades que los juzgan. De allí que creemos que las formas de mostrarse o hacerse oír ante estas autoridades, pueden ser analizadas, infiriendo conductas y relacionando algunas de sus posibles consecuencias en casos donde acciones inéditas u originales puedan poner en tensión reglas incorporadas al campo (como disputa), generando de ese modo, nuevos sistemas de expectativas y respuestas.

3 Arts. 3, 12, 13, 402bII Convención de Derechos del Niño ONU 1989.

4 Gilles Deleuze (1991), *Posdata sobre las sociedades de control*.

El presente trabajo parte de la noción de campo judicial explicada por Pierre Bordieu, como espacio que implica la creación de una frontera entre aquellos que están preparados para entrar en el juego y aquellos que, cuando se encuentran arrojados dentro de él, quedan de hecho excluidas, culpables de no poder operar la conversión de todo el espacio mental –y en especial toda la posición lingüística- que supone la entrada en este espacio social.<sup>5</sup>

Se intentará demostrar cómo a partir de performances de jóvenes sometidos a procesos penales en el Fuero Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires (la adopción de ciertas formas de hacerse oír o mostrarse ante las autoridades, bajo supervisión del defensor técnico que los asiste), pueden alcanzar efectos (con eficacia simbólica liberadora) colocando en tensión algunas disposiciones de la estructura del campo judicial que los mantiene arrojados dentro de él.

El trabajo se basa en la experiencia de observación participante en el Fuero Penal Juvenil de La Plata desplegada durante los años 2008 a 2010.

### **III.- Silencio, piedad y culpa. La defensa oficial y sus reglas no escritas.**

Partiremos de transcribir y analizar una entrevista que hemos realizado a un defensor oficial del Fuero Penal que ocupa una posición privilegiada en el campo judicial, vinculada a más de treinta años en la justicia.<sup>6</sup> La idea es tratar de mostrar algunas disposiciones adquiridas

<sup>5</sup> Y agrega el autor: "... *La constitución de una competencia propiamente jurídica, dominio técnico de un conocimiento sabio a menudo antinómico de las simples recomendaciones del sentido común, entraña la descalificación del sentido de la equidad de los no especialistas y la revocación de su reconstrucción espontánea de los hechos, de su visión del mundo...*" Pierre Bordieu (2000:181/182).

<sup>6</sup> En el campo judicial, los "decanos" son las personas más respetadas por su experiencia y capital acumulado. a las que se les consulta seguido, y a las que por su permanencia en el tiempo, se les permite gozar de ciertas comodidades y privilegios.

(habitus)<sup>7</sup> o prenociones (doxa)<sup>8</sup> respecto del acto de descargo o declaración de los defendidos que carecen de recursos económicos para costearse un abogado de confianza. A la pregunta sobre cuándo y cómo resulta estratégico que declare el imputado en un proceso penal, nos contestó:

“... Hay una regla no escrita entre los defensores oficiales que dice, siempre es mejor que el defendido no declare, y la excepción es que lo haga... Esto es así porque en la mayoría de los casos, pese al principio de inocencia, el grado de sospecha que pesa sobre el imputado es fuerte, ya sea porque es una persona marginal, de actitudes o aspecto sospechosos, o es un reincidente, o hay prueba suficiente... por lo que en estos casos no tiene sentido y es riesgoso hacer mentir al imputado en la indagatoria, o incluso, hacerle decir algo que pudo ser tranquilamente la verdad, pero que no se sostiene con otras pruebas y lo hace quedar igual de mentiroso... nosotros no somos saca-presos... los jueces y fiscales nos pierden la credibilidad si hacemos declarar siempre a los imputados, y tampoco los vamos a hacer perder tiempo, mejor es cuando valga la pena... Hacemos declarar si la persona defendida nos dice la verdad, si es alguien presentable, si aporta algo que luego desvirtúe la prueba de cargo...”<sup>9</sup>

Vayamos por partes, antes de analizar esta entrevista. En primer lugar, el derecho a la no autoincriminación ha buscado equilibrar el interés del estado en ejercer el *ius puniendi*, y el derecho del individuo a no ser condenado por sus propias declaraciones realizadas

<sup>7</sup> *Habitus*, en el sentido utilizado por Pierre Bourdieu, como: a) Un sistema de disposiciones duraderas, eficaces en cuanto esquemas de clasificación que orientan la percepción y las prácticas -más allá de la conciencia y el discurso- y funcionan por transferencia en los diferentes campo de la práctica. b) Estructuras estructuradas, en cuanto proceso mediante el cual lo social se interioriza en los individuos, y logra que las estructuras objetivas concuerden con las subjetivas. c) Estructuras predisuestas a funcionar como estructurantes, es decir, como principio de generación y de estructuración de prácticas y representaciones. Véase Bourdieu, Pierre (1988).

<sup>8</sup> *Doxa* en el sentido que le da Pierre Bourdieu (2002), como esquemas cotidianos, no reflexionados y son considerados naturales. Véase El Oficio de Sociólogo..

<sup>9</sup> Entrevista realizada al Dr. X. el 23/5/2006 en el fuero penal de La Plata.

sin su pleno consentimiento de que las pronuncia. El derecho a guardar silencio del reo, es invención moderna del iluminismo constitucional, reaseguro protectorio que garantiza que sea el estado el que deba recolectar la prueba necesaria para destruir la inocencia por medio de una sentencia, caso contrario, corresponde la absolución. Pues no se ha podido desvirtuar esa inocencia primeramente presumida.<sup>10</sup>

Sin embargo, el campo judicial actual ha sido durante años entrenado en sistemas inquisitivos basados en la táctica de la sospecha selectiva y la búsqueda de la verdad arrancada de la confesión a los culpables.<sup>11</sup> Las prácticas inquisitivas de obtener confesión de los reos, no solo hacen prueba de la condena ("a confesión de parte relevo de pruebas"), sino que también están dirigidas a buscar la piedad del juez.<sup>12</sup>

La reproducción de prácticas inquisitivas vinculadas a la génesis del campo judicial y su estructura lleva a que una posible mentira del reo en el acto de declarar sea leída como un crimen (perjuro). De allí que para los defensores con este sistema de disposiciones adquirido, mantener el silencio del defendido -incluso si las acusaciones no son justas- sea más un deber que un derecho. Si el defendido habla y explica, debe decir la plena verdad de lo acontecido.<sup>13</sup>

En el fondo, en este tipo de imaginarios, "el que no habla", no lo hace porque no tiene por el momento razones suficientes para decir verdad, de lo que se podía inferir (más allá de que el derecho lo impida

10 Véase Julio B. J. Maier (1989: 433/444).

11 Explica muy bien Roberto Kant de Lima, al decir "*.. en estos modelos se opera con códigos legales a ser descifrados por los juristas, debido a su énfasis en procesos inquisitivos, como la mejor forma de establecer la verdad y evitar la explicación de los conflictos en una sociedad. En esta versión del sistema de producción de verdades jurídicas, existe una valorización positiva del conocimiento detentado de forma particular y no universalmente disponible en la sociedad: quien pregunta sabe más que quien responde y es a partir de ese saber que proviene la autoridad de ese discurso. Devienen de ahí, inclusive, regímenes retóricos distintos de aquellos de la argumentación que busca consenso*". *Derechos de los más y de los menos, en Derechos humanos, tribunales y policías en Argentina*, Fac. De Filosofía y Letras UBA. Antropofagia, Arg. Pag. 92.

12 Respecto a los modelos de verdad, ya sea como verdad natural (tercero expropiador de verdades), o lucha de verdades (lucha de pruebas); véase Foucault (2003).

13 No hay verdad construída, de tipo adversarial. Hay verdad histórica a secas.

como garantía de silencio e inocencia) alguna duda o grado de sospecha sobre la persona imputada.<sup>14</sup>

Esto es lo que ocurre y surge de las palabras del defensor oficial que hemos entrevistado, entrenado a un sistema inquisitivo, y trabajando actualmente en un sistema formalmente distinto, como es el acusatorio: “... *Hay una regla no escrita entre los defensores oficiales que dice, siempre es mejor que el defendido no declare, y la excepción es que lo haga... nosotros no somos saca-presos... los jueces y fiscales nos pierden la credibilidad si hacemos declarar siempre a los imputados, y tampoco los vamos a hacer perder tiempo, mejor es cuando valga la pena....*” Esta regla llamada “no escrita” puede ser puesta en tensión por los defensores oficiales con un costo determinado,<sup>15</sup> pero pervive como *doxa* del campo judicial que otros operadores dan por conocida en un *juego tácito corporativo de reglas escritas y no escritas*.<sup>16</sup> Y esto es así, pese a existir el principio de inocencia consagrado que dice todo lo contrario y que debe respetarse (o con disimulo no respetarse) entre los miembros del campo judicial. La regla de protección del silencio no deja de ser similar al adagio romano “el que calla otorga”, pues parece ser de sentido común que si hay algo para decir, debería ser dicho razonablemente para deslindar responsabilidades. Caso contrario, se asume la actitud de bajar la cabeza para recibir el rigor de la ley.<sup>17</sup>

14 Véase Sofía Tiscornia (2008:98) *Activismo de los Derechos Humanos y Burocracias Estatales*.

15 Quebrar esta regla en forma estratégica, implica desorientar a los operadores judiciales en su sistema de expectativas. Esto se hace con mucho cuidado, teniendo en cuenta las reales posibilidades de tener éxito con la hipótesis defensiva que se pretende demostrar. Existen muchos casos donde la regla ha sido quebrada sin lograr el efecto deseado, pues al advertir la contraparte el engaño, puede generar una respuesta aún peor que la que se ha tratado de evitar. Las reglas del litigio estratégico son aquí fundamentales.

16 La misma regla encuentra Elías Neuman (1991:108/116) al decir: “*el abogado defensor serio es el que trata de llenar a la convicción del juez una verdad que favorezca el restablecimiento de lo justo y que sirva para salvar la honorabilidad, restituir la libertad perdida, aún dentro de todos los errores y esperas a que se ve compelido por el proceso. .. hay abogados a los que oyéndolos discurrir sobre sus defensas pareciera que solo patrocinan inocentes... hay otras categorizaciones, se trata de una cáfila de sacadores de presos... que se dedican a medrar con el desasosiego y la angustia de personas detenidas y familiares...*”-

17 De una muestra de 100 causas tomadas entre los meses enero a dic. del año 2005, Fuero penal de La Plata, por diversos delitos seguidos a personas adultas, sólo en un 5%, los imputados prestaron declaración en alguna oportunidad del proceso penal.

Si los defensores públicos no pierden el tiempo con las declaraciones de sus defendidos, tampoco se lo hacen perder a los fiscales y jueces. De modo que todos conocen "implícitamente" el juego corporativo de dones y contradones.<sup>18</sup> Si el imputado no declara, es porque no tiene nada para decir o confesar. Por lo que el silencio se torna, en los hechos, en un "guiño" ritual del defensor hacia los otros partícipes del campo judicial: un "algo habrá hecho y por eso estás acá". Entonces puede ser juzgado como tal.

Es decir, el destino de la persona que se ha mantenido en silencio durante todo el proceso, genera cierta propensión o expectativa de "los otros" miembros del campo, a vislumbrar la ratificación de la sospecha inicial que lo llevó hasta allí. Pues la imputación de una verdad jurídica que lo coloca en el banquillo de los acusados, no ha podido revertirse o desvirtuarse con explicaciones razonadas de su parte que destruyan aquellos que se le atribuye (aún bajo la atribución de una falsedad). Convirtiéndose el silencio mantenido, en una forma de convalidar lo actuado en el campo policial que antes lo ha seleccionado (de haber tenido algo que decir, lo hubiera dicho oportunamente).

A diferencia de este tipo de imaginarios, en los sistemas adversariales de origen en el *civil law tradition*,<sup>19</sup> esta regla no escrita a la que hemos hecho referencia como resabio inquisitivo del campo judicial penal, tiene otra función que es la de "no callar" ante la imputación. Pues, siendo el proceso un contradictorio donde la verdad se construye entre acusación, defensa y juez (*trial by jury system*), la importancia de dar una versión de los hechos implica fijar el punto de

Es decir, en un 95% los imputados no declararon. No hemos tenido acceso a la finalización de los procesos en todos los casos, por lo que no podemos vincular o relacionar la declaración con el resultado de los procesos. Sin embargo podemos apreciar en las causas finalizadas, mayor efectividad en aquellas que los imputados declararon y dieron su versión de los hechos.

18 "El campo judicial es el espacio organizado en el que y por el que se opera la transmutación de un conflicto directo entre las partes directamente interesadas en un debate jurídicamente reglado entre profesionales actuantes en representación de sus clientes. Estos profesionales tienen en común conocer y reconocer la regla del juego jurídico, es decir, las reglas escritas y no escritas del campo, aquellas reglas que es necesario conocer para triunfar contra la letra de la ley. (en *Kafka el abogado es tan inquietante como el juez*)..." Pierre Bourdieu (ob. cit. 185/186)

19 Véase Cueto Rúa J. (1957).

vista fáctico o hipótesis de relato sobre el que luego se moverá la defensa y tarde o temprano resolverá e juez (*pacta sum servanda*).

Como bien explica Kant de Lima,<sup>20</sup> el derecho a no incriminarse sustituyó a la tradición angloamericana *the right to stray mute* (el derecho a permanecer callado), que era el derecho a no declarar frente a las acusaciones formuladas públicamente y, así, a escapar a cualquier tipo de evaluación judicial. Para evitar eso, cuando el acusado se callaba frente a las acusaciones, se convino que su representante lo declaraba not guilty (no culpable), lo que daba proseguimiento al proceso. El silencio, así, formalmente, significa lo opuesto que en nuestra tradición, donde el que calla consiente”.

La necesidad de poner en palabras, explicar y dar versiones de los hechos, en la mayoría de los casos, es parte de la necesidad de dotar de confianza a la palabra brindada, para dejar atrás la sospecha en un proceso de creación, lucha de versiones y pruebas. La creencia en los relatos, puntos de vista, historias y narraciones es central, pasando a formar parte de las defensas, presentaciones y alegatos propios de la oralidad judicial. Los actores construyen una performance dirigida a obtener eficacia simbólica sobre la convicción de jurados y jueces. El relato judicial es una narrativa contada ante un tribunal, refiere alguna acción de las partes del litigio que nombran, acusan, convocan (name, blame, claim) y generan convicciones sobre lo que pudo haber sucedido. El acusado confronta y se defiende buscando la mejor narrativa posible (la mejor manera de contar) que logre persuadir y colocarse por encima de la narrativa de la sospecha que lo tiene como acusado.<sup>21</sup>

Retomando la cuestión de los modelos inquisitivos arraigados a la génesis del campo judicial y a los habitus asociados a ella; al importar el sistema penal juvenil (Pcia. de Buenos Aires) modelos procesales adversariales,<sup>22</sup> los funcionarios partícipes entran en ciertas tensiones respecto a las nuevas estructuras legales y las viejas

<sup>20</sup> Kant de Lima. En policía, *justicia y sociedad en Brasil. Un abordaje comparativo de los modelos de administración de conflictos en el espacio público.*, en *Derechos humanos, tribunales y policías en Argentina*, Fac. De Filosofía y Letras UBA. Antropofagia, Arg. Pag. 103

<sup>21</sup> Las formas narrativas y relatos judiciales de los actores partícipes de estos modelos adversariales han sido estudiados por Jerome Bruner (2002).

<sup>22</sup> Ley 11.922, ley 13634 en la Provincia de Buenos Aires.

estructuras mentales modeladas por aquellas prácticas, las que siguen latentes por debajo haciendo fuerza, como ritos que se resisten a una transformación.<sup>23</sup>

#### **IV.- El Sistema Tutelar de los menores y la verdad en los confesorios del saber-poder.**

Ahora bien, la cuestión que nos interesa es vincular estos juegos corporativos de la defensa oficial de adultos que hemos visto, con el sistema penal juvenil actual y los actuales modelos de defensa oficial de niños y jóvenes de juego adversarial.

De entrada vislumbramos que el fenómeno se torna algo más complejo, pues la figura del defensor oficial juvenil es reciente y nace con el nuevo sistema,<sup>24</sup> heredando toda una trama de prácticas e imaginarios inveterados, ajenos al acto de descargo o defensa; es decir al momento donde los operadores del llamado Fuero de Menores (un verdadero campo judicial dentro de otro campo judicial) pasaban a ocultar, silenciar o hacer hablar al menor, en función de la confesión y culpabilización de la familia.<sup>25</sup>

El viejo sistema tutelar (campo tutelar judicial) estaba íntimamente ligado a los sistemas inquisitivos del campo judicial ya referenciados. De allí que los llamados "menores" hayan sido sospechados y tratados por los funcionarios de la justicia supuestamente especializados, como objeto de confesión a través de los informes técnicos de la corporación medico-psiquiátrica (campo de la terapéutica asociado al campo judicial) colaborador del juez,<sup>26</sup> que extraía de la voz del menor la supuesta "verdad" de lo ocurrido, para

<sup>23</sup> Explica Bourdieu, "... los espíritus de cuerpo se instituyen en los espíritus (o en los cuerpos) a través de toda una organización espacial y temporal de la vida social y, más especialmente, a través de los ritos de institución que establecen diferencias definitivas entre quienes se han sometido al rito y quienes no lo han hecho..." (1997: 166/177).

<sup>24</sup> La figura del defensor oficial del Fuero Penal Juvenil nace en la Provincia con la ley 13634 (art 31), implementada en julio de 2008.

<sup>25</sup> Así, ley Agote, ley Provincial 10.067, El decreto-ley 22.278.

<sup>26</sup> Sobre el pacto médico-jurídico, y la relación entre justicia/poder-saber, puede verse M. Foucault, *El Poder Psiquiátrico*, (2008) y *Vigilar y Castigar* (2007).

que la “situación irregular o regular” constatada justifique -luego- el encierro institucional.<sup>27</sup>

Extractemos aquí un fragmento de esos informes técnicos que lucían en los expedientes haciendo hablar al menor y lo llevaban comúnmente al encierro.

“... Z se presenta lúcido en tiempo y espacio, sin aseo, con ropa roída, zapatos muy gastados... habla en forma entrecortada, por momentos no se le entiende... Z. ha sido criado en un ámbito hostil, con un progenitor alcohólico y golpeador que abandona el hogar a los 10 años... Z refiere conocer la calle desde los 5 años, salían a pedir con los hermanitos y la progenitora... refiere que uno de los hermanos, D, falleció como consecuencia de enfermedad pulmonar y que eso lo puse muy triste y mal... que aspira pegamentos con otros chicos de su edad y suelen juntarse en la plaza San Martín a jalar... que hay veces que se ponen muy locos y salen a robar a los negocios y a la gente... que esta vez no sabe qué paso bien, porque él estaba lejos de sus amigos y la policía lo agarró... qué su mamá no sabe que está preso, que quiere que le avisemos que está acá... La situación de Z. es de completo abandono familiar, si bien no se advierten patologías de base para informar, sí se advierte grave adicción a tóxicos que, en determinadas situaciones, ponen en riesgo a sí y a terceros... por lo que se recomienda atención urgente en institución para tratamiento de desintoxicación y resguardo moral y material...”

Por supuesto que estas declaraciones volcadas en los informes no constituían actos de defensa material o técnica, sino la construcción de un discurso de poder-saber terapéutico que avalaba el confinamiento. De modo que si el menor era inocente o no, aquí poco interesaba. Ello pues, como dijimos, la imputación penal no se trataba de un acto del cual defenderse, sino una forma de constatar la “anormalidad” y “peligrosidad” del sujeto en cuestión.<sup>28</sup>

27 Idem. Roberto Kant de Lima. ob. cit. Pág. 26/31

28 “La noción de anormalidad está asociada a la noción de “monstruo”, que es, esencialmente, una noción jurídica. “...Lo que define al monstruo es el hecho de que, en su

La imputación penal de un menor llevaba a la protección inmediata del patronato de la infancia. En esa secuencia, la voz de los "menores" era utilizada no para dar con la verdad de lo ocurrido, sino para confeccionar los informes médicos, los que dependían de la interpretación que de "la voz" de los menores (confesionarios) hiciera "la voz" mediadora (representadora) de los "oráculos portadores de un saber-poder" (psiquiatras y psicólogos), a los que consultaba el Tribunal de Menores antes de decidir el destino de un niño.<sup>29</sup>

Este esquema institucional adoptado por años para la infancia en la Provincia de Buenos Aires, forma parte de un habitus asociado a la génesis del campo judicial (dentro del campo judicial penal), que –al igual que los sistemas inquisitivos– no se borra por la sola implementación de una norma procesal que da lugar al Sistema Penal Juvenil Acusatorio o adversarial.<sup>30</sup>

Aquí se da una mixtura de los campos judiciales. La cuestión se torna compleja, pues el campo judicial penal de adultos se homologa al juvenil (y viceversa), con la complejidad de que el viejo campo tutelar judicial juvenil, pasa ahora a estar vinculado a habitus asociados a la génesis y la estructura los dos campos (judicial tutelar-judicial inquisitivo). Es decir, prácticas inquisitivas y tutelares de saber-poder quedan latentes y subterráneas en los nuevos sistemas legales adversariales.<sup>31</sup>

*existencia misma y su forma, no viola las leyes de la sociedad, sino de la naturaleza (...) es la infracción llevada a su punto máximo. Y sin embargo, a la vez que es la infracción llevada a su punto máximo. Y sin embargo, a la vez que es la infracción, no suscita por el lado de la ley, una respuesta que sea una respuesta legal"* Véase Michel Foucault (2001:61/62).-

29 Sobre esto se ha escrito en demasía, véase por ejemplo: Donzelot, J. (1979).

30 Al respecto Ana Laura López, "El "Proceso de reforma legal e institucional del sistema penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires (2000-2009)" Tesis para optar por el título de Magister en Ciencias Sociales, aún inédito.

31 En este nuevo esquema procesal los auxiliares técnicos, si bien podrían dilucidar patologías en la voz de los jóvenes (a la vieja usanza), no pueden ahora exponer la situación que los mismos les confieren en privado durante la entrevista, ello sin violentar la ética y el secreto profesional respecto de la verdad de lo acontecido y que pasa a trasuntar en el juicio adversarial. El ámbito del secreto profesional debe preservar aquello que es estratégicos para desarrollar los objetivos del derecho de defensa. Lo importante es que el joven pase a tener la opción de decir o no su versión de los hechos a las autoridades, bajo estricto asesoramiento legal. Ahora bien, existen actualmente resistencias de estas corporaciones que reclaman intervenir como

Pese al avance de las leyes procesales de la infancia, y el paso a un sistema de responsabilidad; el nuevo defensor penal juvenil (que antes no existía) recibe esta doble herencia a las disposiciones del campo judicial penal, aquel consolidado por los defensores oficiales de las personas adultas, y aquel consolidado por los jueces de menores y las corporaciones terapéuticas.<sup>32</sup> La lucha por disputar estos constreñimientos, construyendo su propio capital, es el desafío que tienen los defensores públicos juveniles dentro del campo judicial actual.

### **V.- Estigma y afirmación de identidad en el campo judicial penal. La *performance juvenil* y el negocio de la sospecha.**

Desde un análisis del lugar que ocupa la voz de los jóvenes en cada *paradigma* punitivo juvenil, hemos evidenciado causas y consecuencias distintas. Así, en la forma de gestionar la mirada y la sospecha desde el campo judicial tutelar, la presencia y la voz de los jóvenes interesaba desde la idea de abandono. En esa lógica, el estado reconstruía la custodia de los jóvenes por medio de la terapéutica y la beneficencia. La voz de los jóvenes, como ya vimos, no interesa y es tergiversada en función de un encierro seguro que atienda aquello que la familia de origen ha sido incapaz de atender, y que “la familia judicial” puede “moralmente” recomponer.<sup>33</sup>

formador de “responsabilización” dentro del proceso penal juvenil, y presionan con exponer lo que ellos creen como la “verdad” de los hechos.

<sup>32</sup> Es el caso de la reproducción de la regla no escrita a la que ha hecho referencia el defensor oficial entrevistado: “el que calla otorga”. Nada extraño resultaría entonces que estas prácticas se reproduzcan en los nuevos operadores del fuero penal juvenil, entrenados en el hábitus de campo judicial en el que transcurre su trayectoria. Pues son esos mismos defensores los que si no provienen del campo judicial, aprehenden y empatizan de inmediato con el sistema de reglas estatuido (pacto corporativo). Si bien no existe un estudio que de cuenta de los orígenes de los Defensores oficiales del nuevo Fuero Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires, de un testeo de un total de 12 funcionarios defensores, la mayoría proviene de la Justicia Penal del Fuero de adultos. Incluyendo a quien realiza el presente trabajo.

<sup>33</sup> El moralismo de la familia judicial, se evidencia en la concepción del juez de menores como “buen padre de familia”, una actitud de “miserabilismo” paternalista

En un sistema de responsabilidad legal como el actual, en cambio, la sospecha gestionada por el campo judicial penal pasa a estar basada, ya no en disfunciones de custodia, sino (al igual que en los adultos) en prejuicios de peligrosidad social, asociada a estilos de vida, lugares de proveniencia, actitudes y culturas endosados a los jóvenes infractores.<sup>34</sup> Por lo que la idea de *defensa social* es un fantasma que revuela a los operadores del campo judicial-penal, acosados por inescrupulosos *empresarios morales* (campo mediático de control social) que presionan para dar una imagen hacia afuera y hacia adentro (formando opinión), reproduciendo valores y prejuicios altamente discriminatorios y negativos que hoy se conocen respecto de los jóvenes (me refiero a la cuestión de la llamada "inseguridad").<sup>35</sup>

Explica Bordieu que el campo judicial convierte los intereses pre-jurídicos de sus agentes en causas judiciales y transforma en capital la competencia que asegura el control de los recursos jurídicos exigidos para la lógica del campo.<sup>36</sup> La trama de "la sospecha" tejida en otros campos (no judiciales) pasa a ser trama de sospecha judicial en disputa por los agentes judiciales y los clientes, quienes intentan superar la trama de la sospecha por la construcción de una contra-trama que pueda diluirla lentamente o reconozca un derecho. La voz de los jóvenes arrojados desde el campo policial dentro del campo judicial y los recursos jurídicos para hacerla valer dentro de la lógica del campo, cobra entonces una oportunidad interesante para irrumpir y oponerse (con eficacia simbólica) a la sospecha que las agencias de control general y gestionan sobre ellos.

Hemos observado que los jóvenes llegan al campo judicial con ansiedad de verbalizar y contar su situación, los abusos policiales cometidos contra ellos, la situación familiar que traen, problemas de amistad o de su medio de vida que los ha llevado hasta allí. Los defensores cuentan aquí con un material narrativo amorfo que puede ser utilizado y poner en marcha el diseño de una performance que puede (o no) mejorar o no la situación del joven. La amplitud o los

que se inmiscuye y juzga la ética de los pobres de manera etnocentrista. Un análisis brillante de la cuestión puede verse en Carla Villalta (2003:281).

<sup>34</sup> Sobre los cambios de la idea de peligro en el *welfare*, y durante el neoliberalismo. Véase Pitch, T. (2003:57/58). También puede verse Pavarini, M. (1983).

<sup>35</sup> Véase Howard Becker (1971).

<sup>36</sup> *La fuerza del derecho*, ob. Cit. Pág. 191.

límites de lograr efectos simbólicos (con eficacia narrativa y performática) dependerán -en cada caso- de las reglas del campo judicial: su flexibilidad, rigidez, permeabilidad; como también los valores y el posicionamiento de sus miembros, con los cuales los jóvenes negocian la sospecha.

Advertimos que una manera de negociar esa sospecha es ejercer el derecho de defensa de entrada, desbordando en forma pautada los rituales y las disposiciones iconoclastas asociadas a la génesis estructurada del campo judicial (pautas inquisitivas). Los jóvenes y su defensa podrán lograr mayor o menor eficacia simbólica, en la medida que los diseños sobre la forma y estilo de encarar la intensidad de la acción a desplegar, sea una inversión, interés o *illusio*<sup>37</sup> de menor o mayor costo para el campo judicial.

Hemos podido observar que hay jóvenes que sorprenden por su capacidad de dar versiones sólidas sobre los hechos (aún los que carecen de cierto capital cultural mínimo), con ellos puede realizarse una inversión defensiva fuerte desde un inicio, sobre todo si cuentan con algunas pruebas para corroborar la versión, pudiendo conmovir al fiscal para que retire la acción. Transcribiré aquí parte de esa declaración:

“Yo venía por la calle y la policía me levanta, estaba sólo, me dicen que había robado el supermercado de la vuelta... me suben al patrullero, me llevan a la taquería y me ponen frente a un tipo que dice que yo le robé... cómo es posible que le haya robado si estaba a la vuelta y no tenía nada, no me sacaron nada... ningún arma, si la policía buscó en la cuadra y no encontró nada... me tienen preso porque soy parecido al que robó y nada más...”

Seguramente este joven nunca hubiera declarado bajo el asesoramiento del defensor que hemos entrevistado en un inicio, pues

<sup>37</sup> *“La illusio es e interés que engendra cada campo, y es la condición de su funcionamiento... La illusio es lo opuesto a ataraxia: es el hecho de estar llevado a invertir (invertir) tomado en el juego y por el juego. Estar interesado es acordar a un juego social determinado que lo que allí ocurre tiene un sentido, que sus apuestas son importantes y dignas de ser perseguidas.”* Alicia B. Gutierrez (2010:11), Prólogo a Pierre Bourdieu, *“El sentido social del gusto”, elementos para una sociología de la cultura.* S. XXI..

lo seguro, es que tampoco le hubiera creído, o con la duda lo hubiera mantenido en silencio hasta mejor oportunidad, o caso, hubiera sólo hubiera impugnado un reconocimiento de personas informal que violenta garantías. Ahora bien, la forma que asumió el joven en poner en palabras el relato transcrito fue lo más importante. Miró al Fiscal a los ojos, bajó la mirada, adoptó una pose de sinceridad, y remató apelando a la idea de injusticia cometida por la policía sin mayores pruebas que el parecido físico. El fiscal dispuso la libertad de inmediato, y a falta de otras pruebas, archivó el expediente.

La voz juvenil puede expresar una versión, pero la modalidad gestual es también "otra versión" expuesta ante los agentes judiciales que la reciben, miden y evalúan antes de decidir su calidad. La *performance juvenil* es intercambio simbólico (como interacción),<sup>38</sup> punto de vista corporal y lingüístico que adopta el joven (para sí) en su identificación en escena judicial. Pero también la proyección que asume y por la que es percibido por "los otros" ante los que le toca presentarse en el espacio social ritual.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> El concepto de performance lo tomamos de Erving Goffman (1998), *Estigma, la identidad deteriorada*. También del libro *La presentación de la persona en la vida cotidiana* (2001). Goffman intenta mostrar cómo el individuo desarrolla en su vida corriente una "máscara" o "fachada", que sirve para una puesta en escena de acuerdo con una situación dada y con una personalidad que se forma a partir de pautas culturales propiamente locales y cerradas en torno de sus vivencias. Así, el actor se mostrará ante los demás como él considera que los demás le ven en relación con su rol y estatus, es decir, que trata de actuar de acuerdo con lo que cree que esperan de él. La dramatización de los actos se realiza dentro de un entorno físico que se denomina *escenario*; en él los actores desarrollarán su puesta en escena ante un auditorio que es el interlocutor al que hay que convencer. Se manipula a la audiencia mediante poses que muestran lo que el actor considera que se espera de él, en unos casos porque así se ve a sí mismo, en otros porque aparenta ser lo que no es (normalmente más de lo que es). El auditorio juzga lo que observa pudiendo darse el caso de que un juicio sea negativo, por ejemplo si existe incoherencia entre lo expresado verbalmente y las manifestaciones no verbales (miradas, gestos de las manos, etc) o bien debido a una indiscreción de otro miembro del equipo que ponga en evidencia toda la actuación, echando por tierra el efecto dramático (véase *Sociología de la situación*, 2000).-

<sup>39</sup> Dice un estudio recientes basado en estas performances juveniles delincuenciales: "El lenguaje es el primer vehículo de identidad/identificación (Hall, 1996), en la medida que permite reconocer quién está enfrente y, por medio de qué sutilezas, denotar la experiencia o la trayectoria en la calle... el segundo elemento de identidad/identificación, es el cuerpo. No sólo la gestualidad particular, sino las inscripciones que sobre el mismo se han realizado... el cuerpo es un emblema de

La presentación del joven en la escena del proceso que se le sigue, asume que su voz -aún en el nuevo sistema acusatorio- pueda ser negada, silenciada, restringida, encorsetada, tergiversada (como en el viejo esquema de prácticas del campo tutelar-judicial). Se tiene en cuenta esa voz o no se la tiene, pero en todos los casos el acto de declaración es un paso ritual necesario dentro de otros rituales más o menos fijos sobre los que se reproduce el campo judicial.

La acción desplegada genera reconocimiento simbólico (creencia); o bien genera desconocimiento (rechazo, duda o distancia). En el primer caso genera posibilidad de diluir la hipótesis de sospecha que ha llevado al joven hasta los estrados. En el segundo caso, confirma o reafirma tal hipótesis, haciendo del joven un producto que recibirá el campo penitenciario (cárcel).

No puede dejarse de advertir que los procesos de criminalización de los jóvenes, están basados en procesos anteriores de selectividad por parte de los campos policiales<sup>40</sup> quienes coadyuvan en la construcción de estas *performances juveniles* desde antes del ingreso a los campos judiciales. Son estos procesos de selección de sus habituales clientes los que van cincelandos los etiquetamientos y prejuicios de su población preferida: personas con determinado color de piel, de cierta nacionalidad, preferencia por grupos étnicos, de clase, sexista, por edades, vestimenta, formas de hablar, lugar de hábitat, etc. El origen del conflicto penal es entonces una forma o táctica de sospecha instalada en el imaginario por la agencia o campo policial,<sup>41</sup> y en la que (como ya dijimos) colabora la agencia o campo mediático (empresario moral) que estructura las opiniones y prejuicios sociales dominantes (color de piel, de cierta nacionalidad, preferencia por grupos étnicos, de clase, sexista, por edades, vestimenta, formas de hablar, lugar de hábitat, etc.), para luego incorporarse a la arena judicial en la forma de causa penal y etiqueta sospechosa sobre el joven. Aunque más tarde, en el trasuntar por los pasos y rituales del campo judicial (por quedar la sospecha adosada al cuerpo), puede darse la

*la trayectoria” Malvados, reflexiones desde la perspectiva de los ladrones...”*, En *Heridas Urbanas*, Alejandro Isla y Daniel Miguez (2003:291/292).

<sup>40</sup> Véase Saín, Marcelo (2008:151/153).

<sup>41</sup> Véase Sozzo, Máximo (1999:39/40).

oportunidad de reproducir -quizás de otro modo- estas marcas como estigmas, o bien, el lugar donde pueden desaparecer.<sup>42</sup>

Los estigmas de los jóvenes pueden ser asumidos como una forma de ser o mostrarse (fachada o máscara), produciéndose como explica Zaffaroni<sup>43</sup> una suerte de *profecía autocumplida*, donde el joven seleccionado asume el rol con el que los medios, policía, justicia lo etiquetaron de entrada.<sup>44</sup> O bien, el joven alcanza a rechazar o sacarse de encima esta etiqueta como algo extraño a él, demostrando hacia los miembros del campo judicial que se trata de una sospecha que no se adecua a su forma de ser. Se da inicio aquí a un proceso de oposición y negociación de los estigmas en el que el campo judicial (por aspecto o saber jurídico desplegado) puede llegar a liberar al joven de la sospecha y hasta absolverlo.<sup>45</sup>

En cualquiera de los dos casos aludidos, sea porque el joven no quiere o no puede apartarse de la etiqueta impuesta o construida por propia autorrealización; o porque alcanza a encontrar una

<sup>42</sup> El proceso de criminalización secundaria responde a la actividad de las agencias y a sus variables burocráticas. La empresa criminalizante está siempre orientada por los empresarios morales, que contribuyen a crear una imagen comunicacional negativa, que a la vez contribuye a crear los estereotipos del imaginario, sobre los que las agencias se mueven. Por tratarse de personas desvaloradas es posible asociarles todas las cargas negativas que existen en la sociedad en forma de prejuicio, lo que termina fijando una imagen pública de delincuente, con componentes clasistas, etarios, racistas, de género y estéticos. Este estereotipo es el que acaba formando el criterio selectivo de la criminalización secundaria. Véase Zaffaroni (2002:8/11).-

<sup>43</sup> La inevitable selectividad operativa y su preferencia burocrática, alcanza a personas con bajas defensas frente al poder punitivo, y por tanto son vulnerables a él, ya sea porque (a) sus personales características encuadran en los estereotipos criminales, (b) su entrenamiento solo les permite hacer obras ilícitas toscas, y de fácil detección, (c) porque el etiquetamiento produce la asunción del rol correspondiente al estereotipo, por lo que el comportamiento termina correspondiendo al mismo (profecía que se autorrealiza). El poder punitivo criminaliza seleccionando a las que personas que encuadran en los estereotipos criminales. Véase Zaffaroni (2002:8/11).

<sup>44</sup> Aquí se produce un enfrentamiento entre el joven y la justicia (como interacción) que puede llevar a una confirmación de la sospecha, pues el primero no logra renunciar (o no puede renunciar) o sacarse de encima la actitud sospechosa por la que fue captado por el campo policial.

<sup>45</sup> Abundante bibliografía se ha escrito en estos últimos tiempos sobre identidad delincencial de los jóvenes, menciono solo algunos: *En los márgenes de la ley, Inseguridad y Violencia en el cono sur*, Alejandro Isla comp. (2009) Silvia Duschatzky y Cristina Corea (2002) Gabriel Kessler (2004) Alejandro Isla y Daniel Miguez (2003).

estrategia para quitársela de encima; el momento oportuno de lograrlo (si ya no lo logró hacer ante la agencia policial quien le acortó el camino)<sup>46</sup> es la forma de presentación que teatraliza ante los funcionarios judiciales (fiscales, jueces, secretarios), o la capacidad de exponer que la situación que atraviesa, es anómala en su cotidiana forma de vida.

Como vemos, no resulta válido suponer un proceso lineal donde el joven es seleccionado en campo policial, etiquetado e ingresado a la agencia judicial donde se ratificará la sospecha. El proceso es más complejo, porque la estructura del campo judicial penal es compleja también y deben tenerse en cuenta su sistema de reglas que permite ciertas contradicciones., donde la sospecha desaparece y joven obtiene un reconocimiento o libertad.

Para un análisis de estas complejidades, en primer lugar, debe tenerse en cuenta el origen y predisposición de los agentes del campo judicial compuesto -en su gran mayoría- por funcionarios jerarquizados (de primero, segundo y tercer rango) reclutados de los sectores medios y medios altos de la sociedad,<sup>47</sup> que a la vez son -también en su gran mayoría- los hijos-herederos<sup>48</sup> de la tradicional familia judicial (casta, élite judicial o nobleza de estado).<sup>49</sup>

<sup>46</sup> No analizaremos aquí los casos en los que la agencia policial negocia a discreción aquellos casos que no ingresarán a la agencia judicial y aquellos que sí. Pero en el juego de oposiciones y rechazos de los estigmas, los jóvenes pueden alcanzar, desde distintas estrategias, que la sospecha finalice sin intervención judicial (por ej. a través de dádivas, o por medio de influencias, o porque la policía decide simplemente hacer justicia por propia mano, o porque hace de mediador del conflicto).

<sup>47</sup> A diferencia del campo policial que recluta a sus operadores en los mismos sectores sociales en que tienen mayor incidencia la selección criminalizante y victimizante, los campos judiciales se nutren de personas provenientes del sector medio, con formación secundaria, terciaria y universitaria, con competencia en el llamado “saber jurídico”. Los procesos de selección e ingreso a la agencia judicial, han dependido casi siempre de influencia, nepotismo y concurso.

<sup>48</sup> Si bien el concepto de “heredero” elaborado por Pierre Bourdieu y Jean-Claude Passeron (S. XXI, 2009) está asociado al campo educativo, no me impide pensar una forma de reproducción de los operadores del campo judicial no tan distinta, y como “Nobleza de Estado”. Pues las filiaciones entre sus componentes, demuestra la necesidad de conservar sus títulos y privilegios entre generaciones. Perpetuándose como elite o casta judicial preparada desde “la cuna”.

<sup>49</sup> Me interesa aquí el desarrollo de Pierre Bourdieu al trabajar la idea de reproducción de “espíritu de familia” que desarrolla en Razones Prácticas, Ob. Cit. Pag. 126/138.-

Los agentes judiciales suelen poseer un *habitus de clase*<sup>50</sup> con tendencia a compartir la portación de un saber<sup>51</sup> y convalidar los valores y prejuicios (de clase) por los cuales los sectores de jóvenes seleccionados y sospechados por el campo policial y sus agentes.<sup>52</sup> Esto explica porqué las performances de los jóvenes seleccionados que pasan a ser arrojados al campo judicial les espera -de entrada- un imaginario receptor negativo; enfrentándose a un trato distante (de ida y vuelta) consecuente a él.

Hemos podido observar que en la mayoría de los casos, además de la sospecha, el origen y capital social de los jóvenes clientes del campo judicial es considerado por sus miembros como algo despectivo (que complementa a la sospecha) por los miembros del campo, sea por su ausencia de "clase", por la pobreza material, por ser "gente ordinaria", por expresarse y vestirse en forma demasiado mundana y chabacana. Bajo la mirada del capital "distintivo" que en el

<sup>50</sup> "Hablar de *habitus de clase* supone el reconocimiento de semejanzas entre los sistemas de disposiciones entre los individuos que comparten similares condiciones objetivas de vida –condiciones de clase- pero también es definido como la incorporación de ciertas estructuras objetivas y de las posibilidades de esas estructuras... es lo social de clase hecho cuerpo..." En Pierre Bourdieu, *las prácticas sociales*; Alicia B. Gutierrez (1994: 54/55).-.

<sup>51</sup> "Lejos de ser un simple disfraz ideológico, esta retórica de la autonomía, de la neutralidad y de la universalidad, que puede ser la base de una autonomía real de pensamientos y de prácticas, es la expresión misma de todo el funcionamiento del campo jurídico, y en particular, del trabajo de racionalización, en el doble sentido de Freud y Weber, al cual el sistema de normas jurídicas se encuentra constantemente sometido a pasar de los signos transcurridos.... Lo que se llama "espíritu jurídico" o "sentido jurídico" constituye el derecho a tener entrada en el campo...". Pierre Bourdieu, *La fuerza del derecho*, Ob. Cit.:166/167.-

<sup>52</sup> No debe pensarse que todas las agencias responden del mismo modo, Estas agencias se rigen por relaciones de competencia entre sí, y dentro de sus propias estructuras. La agencia policial y la agencia judicial no operan siempre de manera coordinada, pues cada una responde a sus intereses sectoriales y controles de calidad respectivo (Zaffaroni, Estructuras judiciales). Las agencias judiciales se limitan a decidir los pocos casos seleccionados por las policías. Las agencias judiciales (incluyendo a los jueces, ministerio público, abogados, auxiliares), suele reproducir el formato discursivo del imaginario criminalizante de las agencias policiales. Idem Zaffaroni, cit.. Estudios sobre la relación entre la agencia judicial e imaginarios propensos a la discriminación, dan cuenta de este fenómeno, Por ej, Clayton James Mosher (1998) *Discriminación y negación: Systemic Racism in Ontario's Legal and Criminal Justice Systems* (Toronto: U. of T. Press); Munyonzwe (1998) *Racismo sistemático en los sistemas de justicia penal Legal y Ontario*.-

campo judicial se reproduce y acumula;<sup>53</sup> todo lo que se captados de afuera y es arrojados en su seno, es sometido a un doble proceso de sospecha y rebajamiento cultural y simbólico. Por lo que los jóvenes sospechados de delitos rebotan además –por puro revanchismo de clase- con un *ethos* pequeñoburgués que los juzga y/o maltrata desde el punto de vista de una “elite”, y que mide todos los valores según su diletantismo de hombre cultivado y bien nacido.<sup>54</sup>

En segundo lugar, más allá del origen social de los miembros del campo judicial, las propias reglas de campo están cruzadas por rutinas rígidas conformadas por amañadas prácticas y discursos herméticos.<sup>55</sup> Siguen rituales de ornamento, etiqueta, decoro, gusto que interaccionan entre sí, o con los clientes ajenos al campo. Es claro los jóvenes, al exponer su cuerpo y su voz ante estos rigurosos rituales,<sup>56</sup> carecen e ignoran -como profanos que son- de estas tecnologías simbólicas ornamentales.<sup>57</sup> Además del desconocimiento, no tienen

<sup>53</sup> En palabras de Ossorio y Florit, reconocido jurista español: “*La toga es ilusión. No puede cada hombre limpiarse del deseo de ser una cosa distinta a los demás. No distinta por los arrumacos y floripondios, sino por nuestra función, por nuestro valer, por nuestra significación... ¡Ab!, eso del peso de la toga sobre los hombros no es un tópico vano, aunque el uso la haya hecho cursi. La toga obra sobre nuestra fantasía haciéndonos limpiamente orgullosos, nos lleva por el sendero de la imaginación, a la contemplación de las más serias realidades... la toga diferencia, y siempre es buena, pero esa distinción no sería nada si no fuese acompañada del respeto, de un pueblo ingenuo, sencillo y rectilíneo que le tributa con admirable espontaneidad diciendo: “Ese hombre debe ser bueno y sabio”, y sin duda tenemos la obligación de serlo justificando la intuición de los humildes. ¡Pobres de nosotros si no lo entendemos así, y no alcanzamos a comprender toda la austeridad moral, todo el elevado lirismo que la toga significa e impone”.* El Alma de la Toga, Edit La Ley, 1965.

<sup>54</sup> Pierre Bourdieu, *Los herederos, los estudiantes y la cultura*, ob. cit. pág.41.

<sup>55</sup> “*Todo grupo, casta o capa social, en cierto modo estabilizados, elitistas, esto es, destacados, que están expuestos a una presión social desde abajo y, frecuentemente también desde arriba, es válido decir, que para tales grupos, esto es, para los grupos que pertenecen a ellos, su mera existencia como miembros de una elitista unidad social es, parcial o absolutamente un valor y un fin en sí mismo. La conservación de la distancia, se convierte en el motor o cuño de conducta”.* La Sociedad Cortesana, Norbert Elías (1996:139).

<sup>56</sup> Sobre la idea de *ritual judicial*, véase Manuel Moreira (2001:75) *Antropología del Control Social*.

<sup>57</sup> Como nos recuerda Pascal, alguna vez fueron los propios magistrados quienes portaron aquella prepotencia que aporta la imagen. “*Nuestros magistrados -decía- conocen bien este misterio. Sus togas rojas, los armiños entre los que se envuelven como gatos, los palacios donde juzgan, las flores de lis, toda esa parafernalia les es muy necesaria. Y si los médicos no llevaran ni ropa talar ni chinelas y los doctores no usaran birretes y togas llamativamente amplias, jamás*

por sí solos la preparación o hábitos para los guiños y cortesías,<sup>58</sup> que ayude a superar o destruir los estigmas que traen del campo policial.

En este sentido, los jóvenes que atraviesan el campo judicial e intentan desvirtuar la sospecha, si no prevén estas cuestiones formales a través de un defensor que los guíe, explique, tranquilice y colabore con la elaboración de una estrategia,<sup>59</sup> el distanciamiento producido y encerrado por la violencia simbólica ornamental, obnubilará sus conciencias sin hallar una salida al laberinto, tan bien descrito por Franz Kafka en su novela *El proceso*, cuyo destino final es la cárcel.

Los procesos de sospecha, toma de distanciamiento y neutralización del campo judicial, pueden reconvertirse por otras tácticas. Por ejemplo, hemos podido observar de qué manera si bien el campo judicial se distancia por su propia composición clase de los sectores que juzga y las rutinas que utiliza, si se cumplen satisfactoriamente ciertas expectativas y pautas fijadas, si se logra demostrar por postura, convencimiento, empatía, piedad, aunado a un discurso jurídico racional elaborado por el defensor que los acompaña, una luz o salida al laberinto. No puede olvidarse que el campo judicial también se desprestigia hacia afuera y pierde capital si mantiene sospechados en su seno a individuos que han podido demostrar satisfactoriamente que la sospecha no les corresponde.

Dependerá de las formas que adopten las *performances juveniles* y la estrategia de visibilidad de las mismas diseñada por la defensa (inversiones), como "forma de negociar con las rutinas judiciales". De

*hubieran engañado al mundo, que no sabe resistirse ante semejante espectáculo.*" Esteban Rodríguez (2002).

<sup>58</sup> Estos guiños y cortesías construyen una diferenciada relación con el cuerpo de los actores, ya sea en el gusto estético, y en los juegos de etiqueta y rituales en los que se manifiesta. Se podría afirmar, siguiendo a P. Bourdieu que el mantenimiento del posicionamiento en el campo se da a partir de "la distinción" en las prácticas ejercidas bajo criterios, formas y marcas que la clase dominante reasegura y monopoliza. La distinción aumenta en la medida que los instrumentos necesarios para lograrla sean raros, escasos y que las pautas para codificarlos no estén distribuidas universalmente. Véase *La Distinción. Criterios y bases sociales del gusto* (1988).

<sup>59</sup> Ya veremos más adelante que los defensores públicos forman parte de la trama corporativa del campo judicial, de su origen de clase, de las rutinas y ornamentos de distancia. Por lo que los dones y contradones que asumen en las representaciones, ponen en juego el tipo y estructura de capital que pretenden mantener hacia los otros funcionarios.

ese juego de negociación se irá definiendo el imaginario inicial de sospecha hasta un imaginario final (ya sea aceptándolo o dejándolo de lado como absolución o condena).<sup>60</sup> Las teatralizaciones de los jóvenes, aparecen como ya dijimos en el primer acto de declaración y en la oralidad de las audiencias que se llevan a cabo. Allí es donde se disputan los capitales, entran a jugar la estrategia de la defensa y la formas de lograr credibilidad (eficacia simbólica) en un proceso adversarial donde la verdad sobre lo ocurrido depende de la presencia y el nivel de dramatización que, entre imputado y defensor, se invierte como estrategia de juego.

La verdad pasa a ser construcción dinámica en función de *la performance* que realice el joven y complementa el defensor ante el sistema de expectativas de otros funcionarios judiciales que observan y participan decidiendo la entidad de la sospecha.

## **VI. Defensa y performance juvenil. Habitus defensivos. La *pharresía* en la defensa juvenil.**

Decíamos que la presentación en escena del joven sospechado en la primera oportunidad que tiene de defenderse, inicia la forma de encarar, oponerse y negociar la etiqueta que pesa sobre él dentro del campo judicial. La presentación en una primer audiencia es el momento en el que es observado por el estetoscopio imperceptible de los agentes del campo judicial: observarán su rostro, los ojos, la piel, la postura, la ropa, la forma de hablar, dirigirse, etc. Todas esas características serán cotejadas con el tipo de sospecha que lo ha llevado hasta allí. Si se trata de un robo, los agentes judiciales cotejarán en escena las formas moldes (estereotipos) perceptibles de los ladrones reincidentes; lo mismo con los estigmas de los estafadores, violadores

<sup>60</sup> El estigma es en un proceso de negociación constante. Primero con la policía (en el pedido de DNI, en el cacheo, requisa, golpiza, traslado, fotografía, papeleo, alojamiento). Segundo con la justicia, siendo el acto de declaración indagatoria y el juicio la forma de presentación los actos o la oportunidad de mostrarse “inocente”, y que ese “estigma inicial” desaparezca, o bien se mantenga como condena.

y homicidas. Las categorías mentales y los estereotipos estructurados en el imaginario de los agentes campo judicial son relativamente objetivables por posturas que el campo recuerda (hereda o memoriza) de los clientes que han pasado por ella dejando su impronta. Las *performance juveniles* luchan contra ese acervo histórico, y la defensa técnica (que también las conoce por pertenecer al campo) debe hacer lo posible por superarlas o por no adecuarlas al caso.

En primer momento que tiene la defensa recibir al joven en el acto de entrevista previa a la audiencia en la que se va a presentar. El defensor está ante el material informe sobre el cual redimensionará la performance posterior.<sup>61</sup> El momento de preparar la voz y la palabra del joven para que logren efectos deseados según objetivos trazados para más adelante.

Los gestos, la postura, la simpatía, el respeto y la forma (el tono) con el que se cuenta la versión de los hechos (o se dirige a su señoría: S.S) serán decisivos para el joven y su captación desde el "otro" observador, para que llegue a sugestionarse o convencer. O acaso el silencio del joven también lo será, pues -si bien formalmente no puede hacer presumir culpa- ya hemos dicho que el silencio habla por sí mismo como expresión, exponiendo una postura (semblanza, fachada, mascara) ante las autoridades. El silencio es una forma de ser, actuar o mostrarse a sí (self), para intentar dar fin (o continuidad) a la táctica de sospecha que lo tiene etiquetado.<sup>62</sup>

Los miembros de la defensa varían, al igual que los jueces y fiscales. Hemos podido observar la actividad de defensores que nunca tienen en cuenta estos puntos de vista referenciados, y sólo aprecian el lado puramente lógico-jurídico del asunto, el saber que se exhibe, como si se tratara de una lucha de argumentos.<sup>63</sup> Estos asumen un hábitus

<sup>61</sup> En la práctica se trata de la primer oportunidad procesal de descargo, reglada por el art. 308 del CPPBA, o bien el art 12 de la CIDN como derecho a ser oído; o bien como audiencia preliminar del art 43 de la ley 13634.

<sup>62</sup> Hemos observado que hay muchos casos que ha sido aconsejado guardar silencio, y el mismo se evidencia forzado, pues el joven tiene ganas de hablar, de contar lo ocurrido, reconociendo o no el hecho que se le imputa. Esa sensación de impotencia que puede ser advertida por otros funcionarios judiciales, puede llegar a ser contraproducente para la defensa.

<sup>63</sup> Estos creen -ingenuamente- que una defensa es solo una forma de oponer escritos o verbalizaciones discursivas con formulismos jurídicos constitucionales.

defensivo puramente escolástico, desentendiéndose de aspectos sociológicos fundamentales para una efectiva defensa.

Hay otros defensores que nos recuerdan a las palabras del defensor oficial que entrevistamos en un principio y que refería a la regla no escrita donde siempre es mejor que el joven defendido no declare, y la excepción es que lo haga cuando tiene algo que contar, partiendo –ese modo- de un concepto de verdad único e inquisitivo donde la supuesta mentira no es posible como acto de defensa. Asumiendo costos bajos cuando el defendido es una persona que enseguida es merecedora de respeto y pleitesía, sin necesidad de la defensa técnica (se defiende por sí mismo). Asumiendo costos muy altos en los casos donde los jóvenes no poseen o cuentan con determinadas cualidades o actitudes de base para sortear la sospecha. Este tipo de defensor renuncia a hacer inversiones defensivas altas o complejas, allí donde el joven es puro demérito y pura sospecha.<sup>64</sup> Estos defensores son los que siguen atados a un habitus de campo inquisitivo, homologando el tipo de defensa asociado a una tarea mínima e indispensable (sin mayores esfuerzos cuando el caso está supuestamente perdido), que no ponga en juego el capital acumulado y la pertenecía corporativa.

También hay otros defensores que siguen atados al *habitus* del esquema tutelar, y sólo hacen hablar o teatralizar a aquellos defendidos que cuentan con informes psicológicos y ambientales altamente satisfactorios, que pueden dar credibilidad de sus dichos antes jueces y fiscales.<sup>65</sup> Y esto, genera, la misma situación que el defensor inquisitivo,

<sup>64</sup> La absoluta mentira es posible como acto de defensa en un juicio, pero se trata de una inversión (“*illusio*” al decir de Pierre Bourdieu) que asume un costo muy alto de entrada desde el punto de vista de las expectativas de los otros actores. La cuestión radica en la capacidad de sostener formas de mentir en la escena judicial y que todos los elementos encajen con esa mentira o versión de la mentira. Pues se requiere de un teatro de operaciones bastante calculado: jóvenes aptos para esa performances, testigos, defensores que suenen creíbles y espontáneos ante los jueces. En estos casos, una mala jugada o error puede llevar a un resultado desastroso.

<sup>65</sup> Estos defensores creen que cumplen además de un rol técnico adversarial, un rol asistencialista. Son una suerte de tutores paternales y a la vez abogados del niño que bregan por la regularización moral del mismo, a la vez que van dejando que la ley cumpla con la llamada “responsabilización” subjetiva, que evite futuras reincidencias. Este perfil de defensor gusta por entrar en vínculo con la familia del joven, lo revincula a ella y hace la tarea que antes hacía el juez tutelar. Aquí el joven y el defensor

pues solo la excepcionalidad de los jóvenes seleccionados por las agencias cuenta con óptimas condiciones sociales y psicológicas que estén a la altura de las expectativas y valores de la agencia judicial. Por lo tanto el habitus de estos defensores públicos no realiza demasiados esfuerzos, en tanto no pone en juego el capital acumulado y el sentimiento de pertenencia corporativa.

Estos tres tipos de habitus defensivos, escolástico-inquisitivo-de bajo costo-tutelar, demuestran que la defensa pública cumple una posición dentro del campo judicial penal, que no pretende cuestionar el sentido de las prácticas y la estructura del campo y sus disposiciones adquiridas. En el fondo, estos tipos de defensa comparten la idea de sospecha que gestionan el resto de los agentes del campo judicial: jueces y fiscales; pero como se trata de defensores, utilizan tácticas para no visibilizar (esto no se puede decir) el distanciamiento que generan con sus propios defendidos.

Un estilo de defensa distinto, desvinculado a este tipo de habitus conservadores, implica asumir un acto de defensa que acompaña y asista una performance juvenil, tratando de dotarla de efectividad, destartando la sospecha cincelada hasta el momento. Y esto depende de muchos factores que pueden tenerse en cuenta como tematizables a la hora de encarar el acto de defensa.

En primer lugar hay aspectos en el perfil del joven que se presentan como obstáculos inevitables ante la mirada judicial (gravedad del delito, antecedentes, tatuajes, color de piel, educación, etc.). Sin embargo, hay aspectos modificables del perfil del joven, que pueden convertirse en potencialidades que éste tenga a mano (seguridad, locuacidad, manera de vestirse, de modular la voz, de disculparse y dirigirse a las autoridades, etc.)<sup>66</sup> los que aunados a la creatividad del

mantiene una distancia formal, como de padre e hijo, donde el hijo sigue la verdad del padre. No hay empatía horizontal, el modelo de amistad y confianza donde el juego de mentira-verdad es un artificio o construcción entre niño y defensor..

<sup>66</sup> Las performances juveniles van del amateurismo a la profesionalización. Por lo general estamos ante niños principiantes en el delito, que son influenciados por adultos y por otros constreñimientos (sobre todo impulsivos) que no manejan y los exceden. Sin embargo no debe subestimarse la capacidad que estos jóvenes tienen de articular respuestas espontáneas, y de adquirir códigos de supervivencia en espacios formales como los de la agencia judicial. Sobre el delito amateur, véase Gabriel Kessler, ob. cit.. Sobre ladrones profesionales, véase E. Sutherland (1993).

defensor y al nivel de acercamiento que entablen entre ellos (flexibilizando el distanciamiento),<sup>67</sup> pueden lograr mejorar deficiencias de base que el joven traía para su performance. Y hasta lograr resultados exitosos.<sup>68</sup>

Desde este punto de vista, podría pensarse en un sistema de defensa juvenil basado en recetas múltiples y partiendo de la premisa que “la mentira puede llegar a ser una forma de verdad”,<sup>69</sup> y el litigio adversarial un mecanismo estratégico<sup>70</sup> de “hacerle creer” a los jueces verdades parciales (como en un teatro donde el actor logra hacer creer al espectador su papel).<sup>71</sup>

<sup>67</sup> Como el defensor oficial es también un magistrado perteneciente a la agencia judicial, la flexibilización del distanciamiento entre defensor e imputado etiquetado, significa un proceso que implica un mayor compromiso de parte de la defensa para atraer y a la vez tomar la distancia necesaria para objetivizar y ganar respeto. Flexibilizar el distanciamiento implica reducir la altanería, el ornamento, hacer comprensible el lenguaje, y ponerse en el lugar del defendido.

<sup>68</sup> Por ejemplo, puede darse el caso de un joven tatuado en su rostro, con antecedentes penales e imputado de un delito grave, que sorprenda a las autoridades en su declaración en el juicio, siendo conteste con los testigos de descargo, y dirigiéndose en forma muy respetuosa, con un hablar pausado, muy bien vestido, de manera de generar la sensación que esos estigmas formaron parte de su pasado.

<sup>69</sup> Recordemos que en los sistemas adversariales donde la verdad es un proceso en construcción, el silencio significa lo opuesto que en nuestra tradición inquisitiva, donde el que calla consiente. Véase, Kant de Lima, ob cit. pág. 103.

<sup>70</sup> Resultan muy interesantes en este sentido los *Manuales de litigio estratégico*, allí se exponen distintas reglas de la litigación que tienen carácter universal, y miden la eficacia y calidad de las respuestas, en términos de costo/beneficio. Por ej. el de Andrés Baytelman y Mauricio Duce. Centro de Estudios de justicia de las Américas-CEJA- JSCA. Versión borrador, 2004.

<sup>71</sup> La analogía dramática para la vida social ha estado en uso de una manera circunstancial durante mucho tiempo (todo el mundo es un escenario y nosotros no somos más que ejecutantes que nos contoneamos). Y los términos del escenario, y más que nada el rol, han sido materias primas del discurso sociológico desde por lo menos de la década del 30. Lo que es relativamente nuevo (aunque no sin precedentes) es un par de cosas. Primero, todo el peso de la analogía (el juego, el teatro, etc) se está aplicando intensiva y sistemáticamente, en lugar de desplegarse gradualmente, unas pocas alusiones allí, unos pocos tropos allá. Y en segundo lugar cada vez se lo aplica menos de modo peyorativo (mero espectáculo, máscaras y mojiganga) y más de una manera constructiva, genuinamente dramaturgica, hacer y no fingir (making, not faking). En Clifford Geertz. *Géneros Confusos. La Refiguración del pensamiento social*. pág.69.

En segundo lugar, interesa la forma o modo de “jugar ese juego”<sup>72</sup>, el que está dado por un juego de “don” y “contra don”, al decir de Marcel Mauss,<sup>73</sup> donde los honores y compromisos que asume el defensor en su performance, puede obtener “un regalo” (de los jueces y fiscales) de reconocimiento, que puede ser visto como conquista, pero que es en realidad una concesión. Lograr conquistas y no concesiones son los desafíos a los que se enfrenta el defensor en cada jugada o inversión (illusio) Pues en cada performance el defensor asume el riesgo de perder el capital acumulado por una mala defensa (que es también capital de pertenencia), y que le permitirá seguir recibiendo regalos en el futuro, o bien conquistas y reconocimientos. De allí que la estrategia defensiva de borrar la sospecha invirtiendo en honores, saberes, etiquetas, resulta fundamental.<sup>74</sup>

El reconocimiento simbólico en el campo judicial depende de la garantía de objetividad del procedimiento, honores y rituales de etiqueta: Por ejemplo, el uso del “doctoreo” entre los pares, mantener el secreto, hermetismo, misterio entre ellos. Usar un lenguaje forense prolijo y florido, la etiqueta rigurosa.<sup>75</sup>

Respecto a las reglas de etiqueta basadas en la alta costura, podría pensarse que los defensores públicos con mejor “charme” en alta costura y uso de corbatas con las que visten alcanzan niveles performáticas de alta eficacia (la toga ha sido dejada de lado en los nuevos tiempos, no así los ambos, las camisas, y los trajes). Sin embargo esto no es tan así, pues una performance de esas características requiere ir acompañada de un capital de origen social, un capital simbólico adquirido, un gusto sensible en el saber exponer (savoir faire –charme), en el tono y las maneras decentes y manieristas del decir. Hay casos de

<sup>72</sup> La idea de jugar el juego del campo pertenece al antropólogo inglés Peter Winch,

<sup>73</sup> *Ensayo sobre el don* (2009).

<sup>74</sup> En todo aquello que hace a las relaciones de camaradería o de pacto corporativo con los demás funcionarios del campo judicial (familia judicial), no puede dejar de observarse que los defensores públicos deben conservar las buenas maneras, los ornamentos, las decentes formas del decir y dirigirse. No olvidando que la calidad argumental y la formación también representa una forma autónoma de la performance defensiva frente a otros funcionarios.

<sup>75</sup> Respecto a los dispositivos y rutinas judiciales de distinción, puede verse María José Sarabayouse Oliveira, *La justicia penal y los universos coexistentes. Reglas universales y relaciones personales*. En Burocracias y Violencias. Ob. cit.: pág. 217/223.

defensores que poseen un gusto sofisticado en la alta costura, pero una pésima performance respecto al arte de mejorar la situación de sus defendidos.<sup>76</sup> Hay casos de personas de un capital social alto y que no preservan reglas de rigurosa etiqueta, a estos se les tiende permitir (y perdonar) llevar a cabo una performance con eficacia, pues copio aquí una frase hecha y escuchada en los pasillos de tribunales: “lo que interesa es el porte”.<sup>77</sup>

Si bien las reglas de etiqueta mejoran la performance de los defensores, también las mejoran si son seguidas por sus defendidos a su medida. Y esto no significa que los jóvenes sospechados alcancen a mostrar en escena un capital de costura como el exhibido por los funcionarios, pues allí reviste “la distinción” entre los doctos y profanos, el gusto bárbaro y el puro. Esto implica que los defendidos se coloquen en el rol de jóvenes respetuosas ante las expectativas judiciales que los juzgan, demostrando que ellos también son (a su medida) personas “presentables” y “limpias”, pese al manto de sospecha que intenta teñirlos y del que tratan de escapar.

Respecto a las reglas de negociación de las sospechas, observamos defensores con cierta capacidad de negociación y poca intransigencia frente a la parte acusadora (fiscal), por lo que el defensor deja en situación de comodidad a los otros funcionarios, y no se juega por su cliente (típico actitud de un defensor escolástico o inquisitivo). Por ejemplo: en vez de enfrentarse a un juicio que discuta la calificación de tentativa de homicidio que pesa sobre el joven y la transforme en unas lesiones; el defensor –por tratarse de un joven revoltoso- prefiere negociar un arreglo de pena (juicio abreviado) con la acusación (fiscal), por el mínimo de la pena.

También observamos defensores con capacidad de negociación en función de inversiones mayores en la estrategia de campo desplegada con su ocasional cliente joven. Así por ejemplo, defensores que negocian penas de antemano en los casos con alta posibilidad de lograr un triunfo y llevan a juicio solo los casos

<sup>76</sup> Véase Barthes, R. (2003).-

<sup>77</sup> “La disposición estética es una dimensión de relación distante y segura con el mundo de los otros, que a su vez supone la seguridad y la distancia objetiva; una manifestación del sistema de disposiciones que produce las condicionamientos sociales asociados a la clase particular de las condiciones de existencia... los gustos (las preferencias manifestadas) son la afirmación practica de una diferencia inevitable” Pierre Bourdieu, *La distinción*. Ob. Cit. Pag.53.

complejos, donde saben que –porque el joven tiene un estigma difícil de sacarse de encima, ya sea porque empatiza con él o porque lo tiene demasiado pegado a su cuerpo- no van a obtener triunfos seguros. Estos defensores, ponen en riesgo de manera constante su capital simbólico dentro del campo judicial, y no son muy bien vistos por sus miembros, pues los resultados del juicio implican jornadas trabajosas de performances y argumentaciones en las que no siempre se obtienen buenos resultados. Hemos entrevistado a uno de estos defensores que nos ha dicho:

“voy variando para no dar la imagen que siempre negocio o que siempre llevo a juicio... llevo algunos casos a juicio de los ganables y los gano de manera de recuperar fuerzas... luego negocio los casos ganables, y llevo los perdibles a juicio, pero hay veces, cuando perdí varios juicios de los perdibles... que vuelvo a levantar con juicios en los ganables... no tengo reglas fijas, sorprendo, lo importante para un buen defensor es ganar los casos perdibles y negociar los fácilmente ganables...”

La danza de la toga que, por estar pautada de antemano, no requiere de sorpresas, alteraciones o exabruptos, se sorprende ante estos defensores que rompen los esquemas pero no se distancian del juego de intercambios simbólicos. Lo importante parece ser el objetivo de borrar la sospecha inicial que lleva al joven a la agencia, y liberarlo de acusaciones arbitrarias e infundadas, sin dejar de tener en cuenta los costes del juego y las maneras de recuperar capital cuando la inversión de la defensa es fuerte y significó mucha exposición.

Desde un punto de vista argumental los reconocimientos jurídicos pueden ser progresivos o regresivos (como disputa válida y posible dentro de las reglas del campo). Hay discursos y prácticas de reconocimiento de garantías y derechos que, si mejoran la situación de los defendidos, destruyen el grado de sospecha inicial. Si estas inversiones son performances defensivas que ponen en tensión las reglas del campo, la ratificación de la sospecha se la lleva puesta como etiquetas el joven y también el defensor (como peligrosos), por salirse de los habitus de campo y por romper los valores corporativos de pertenencia, que solo permite defender de la sospecha a los jóvenes,

más le impide sospechar sobre la estrategia estructural y fundante con la que se traman las sospechas en el campo.<sup>78</sup>

Pero además, el cuidado delicado de las relaciones de camaradería entre los defensores entre sí y hacia los otros funcionarios, implica complicidad entre ellos, pues cuando culmina la audiencia tienen relaciones informales y amistosas con los jueces y fiscales, secretarios y pinches (hay veces que hasta con policías), y de ellos pueden obtener confianzas (y acumular un capital) para una futura performance, o futuras concesiones o regalos. El “estar en el sistema” proporciona al defensor público conocimiento de jurisprudencias, ventajas tácticas y maneras de dirigirse para obtener la eficacia de una respuesta. Y ello es así porque el defensor público no tarda en aprehender las idiosincrasias (y mañas) personales de los demás funcionarios a los que conoce del trasuntar el cotidiano judicial. El “estar en el sistema” obliga a hacer los intercambios de dones escritos y los “no escritos”. Por ejemplo: “Sé que el juez D. tiene la mente de un fiscal, pero le he sacado bastantes absoluciones o libertades”. El defensor público no deja de estar en consonancia con las cuestiones políticamente delicadas y desea evitar enfrentamientos que redundarían en descrédito de su pertenencia a la comunidad corporativa de la que (también) es un heredero.<sup>79</sup>

<sup>78</sup> No puede olvidarse que el juicio penal juvenil es un “juicio de connivencia”, y no un “juicio de ruptura” como el de la defensa de “presos políticos”, donde lo que se juzga es el sistema de valores imperante (Véase *Estrategia judicial en los procesos políticos*, Vergès, Jacques; Anagrama, Barcelona, 2009) Por otra parte, el reclutamiento de operadores judiciales tiende a excluir a potenciales críticos de ruptura, de allí que estos sean mal vistos, o queden como personajes anómalos o desfasados. Además, el verticalismo piramidal típico de estas agencias judiciales controla a quien pudiera haber disimulado su capacidad de observación de la realidad, y los mantiene bajo la égida del disciplinamiento constante (véase: *Fiscales y defensores en la agenda democrática*. En *Políticas de seguridad ciudadana y justicia penal*, 2004:153). En el mismo sentido Lewis Coser: “Los grupos muy unidos donde son frecuente la interacción y la implicación de elevadas personalidades de los miembros tienen tendencia a suprimir los desacuerdos” en *The Functions of Social Conflicts*, pág. 151.

<sup>79</sup> “... Las personas acusadas van y vienen por el sistema general del foro, pero la estructura y los actuantes permanecen para la prosecución de sus respectivas carreras y siguen siendo una empresa organizacional y ocupacional...” Abraham S. Blumberg, citado por Platt Anthony (2001:181).

En el fondo cada "caso" que le llega a un defensor público es un mundo complejo de situaciones, por lo que resulta muy difícil establecer reglas de actuación y respuesta defensiva en lo que hace a las distintas sospechas, estigmas, identidades y performances que pueden presentar los jóvenes en un proceso penal.

Por otra parte, tampoco puede pensarse en un "deber ser" de defensa juvenil como un "proceso activista" que "salva" a los jóvenes involucrados en tramas complejas delictivas.<sup>80</sup> Lo que tratamos es describir un modelo de defensa "normalizado" o "burocrático" de "adultos" (con un habitus asociado a la génesis del campo inquisitivo) que corre riesgos de ser exportado al proceso penal juvenil actual, con una baja calidad de respuesta y efectividad en la forma de prestar su servicio, que no tiene en cuenta la capacidad performática de las personas a las que está dirigido a proteger.

Estas situaciones las hemos tenido oportunidad de observar en comportamientos y malas prácticas de defensores oficiales del fuero de adultos, donde la mayoría de ellos exhiben un tipo de práctica asociada a un imaginario judicial o juego corporativo rígido donde la tendencia es a sopesar los casos con un grado de sospecha alto sobre su defendido (ya sea porque es una persona marginal, de actitudes o aspecto extraño, o es un reincidente, o hay prueba suficiente para una eventual condena) y pasan a suponer (mal) que la persona está echada a su suerte y no le toca más que guardarse al silencio, o bien pedir piedad al juez confesando los hechos por los que se lo acusa. De modo que —como ya vimos en el caso del habitus de defensa inquisitiva, escolástica o tutelar— llevan solo unos pocos casos a juicio (los fácilmente ganables) y realizan cantidad de juicios abreviados (aprovechando el tiempo de privación de libertad), o finalizan los procesos sobrecargando a su defendido con el peso de sanciones más laxas, pero sanciones al fin (probations, mediaciones, etc.).<sup>81</sup>

<sup>80</sup> "En Chicago, el defensor público mantiene en el tribunal para menores dos definiciones aparentemente conflictivas de su trabajo. En su calidad de funcionario de la corte cuya ética prevaleciente es la redención del niño, se vé a sí mismo como un trabajador social, tiene que reconocer que los menores son dependientes por naturaleza y requieren de la supervisión de personas adultas y maduras. Pero al mismo tiempo es un defensor que se enorgullece de su talento de abogado." Platt Anthony, Ob cit. pág. 180.

<sup>81</sup> A grandes rasgos, este es el sistema de la defensa pública penal de la Provincia de Buenos Aires hoy en día. No podemos dejar de mencionar que el mismo está asociado

Tranquilamente se podría trasladar el sistema de defensa burocratizado al modelo de defensa penal juvenil, con todos sus vicios y prácticas.<sup>82</sup> Pero a diferencia del modelo de defensa de adultos, los defensores juveniles tienen la suerte de trasuntar menor cantidad de procesos penales (por tratarse de una población reducida entre los 16 y 18 años), y a su vez, atender otros lineamientos más benignos (subsidiariedad, mínima intervención, responsabilización, interés superior, reserva, remisión, etc.). Esto es una ventaja que tienen los defensores públicos juveniles, que por la especialidad, les permite salirse de ciertos constreñimientos y hacer ver situaciones por las que atraviesan niños y jóvenes.

La diferencia de rol y de cariz implica que el defensor penal juvenil asuma una *performance judicial* activa paralela a la del niño-joven en su *performance* des-etiquetante, que habilite a que éste último comprenda y dilucide cada acto que lleva a cabo en el proceso contra él (se supone al joven en etapa de crecimiento y ante un acto pedagógico). Esta tarea personalizada, exige del defensor juvenil un acercamiento a su defendido que puede ser visto como un acto de complicidad, pero que se trata (como dijimos) de una forma de “flexibilizar el distanciamiento” para retroalimentar la *performance* mutua.<sup>83</sup>

El cliente juvenil además plantea otros problemas especiales que el defensor debe captar de entrada como elemento estratégico (no

a una forma de división y colapso de trabajo histórico, donde los defensores deben asumir el 90% de las causas penales durante sus turnos, y no tienen tiempo para dedicarse a una actividad o ejercicio de mayor dedicación y calidad. Con honrosas excepciones, por supuesto.

<sup>82</sup> Por ejemplo la idea que supone Platt Anthony entre buenos y malos muchachos para defender: “El defensor público hace lo mejor para el niño. Si considera que su cliente es “un buen chico”, hará cuanto pueda porque se renuncie a la acusación, o declarará la culpabilidad a cambio de una advertencia o sentencia ligera, como la libertad vigilada. Los “malos muchachos” son dados por perdidos... entonces declara su culpabilidad y colabora en su envío a un reformatorio. Tienen expedientes abultados, cargados de delitos graves... el defensor público no pierde su tiempo ni desperdicia su crédito con “malos muchachos”, porque un esfuerzo serio por parte suya para ayudarlos redundaría en reducir sus oportunidades con encausados dignos”. Ob. Cit. Pág 180.

<sup>83</sup> “Un abogado suele tener reservas conscientes acerca de ayudar a un menor a salir bien de la causa y, si triunfa, mediante una argucia, se siente obligado a advertir personalmente a su cliente de los peligros de una mala conducta. Los abogados consideran parte de su deber de adultos y funcionarios públicos el ponerse a hablar con los menores “en su propio nivel”. Platt Anthony, cit. pág. 179.

solo vislumbrar la performance individual). Ese elemento está asociado a que la familia (progenitores, hermanos, amigos) se encuentran envueltos (empapados) en el proceso.

En los casos de familiares que acompañan al joven, el defensor se apoya en ellos para buscar información necesaria para la defensa y perfeccionar (o complementar) la voz del joven en la audiencia oral (e incluso obtener pruebas de descargo), con la voz de sus progenitores que lo respaldan o le dan cobijo en caso de devolverse la libertad (retorno al hogar, bajo ciertas pautas y sermones).

Si los familiares no acompañan al joven y el mismo está en situación de calle, la cuestión se torna difícil para una buena defensa, pues la performance del joven no tendrá apoyatura externa y la cuestión delictiva pasará a segundo plano (si el delito no es grave), dado que los jueces inferirán que en caso de salir en libertad, el joven regresará al lugar del que provino (la calle) y por tanto al delito. En estos casos hemos podido observar que los jóvenes tienen cierta capacidad de supervivencia en instituciones por tiempos breves, una vez afianzado ese tiempo, arman un vínculo externo con un referente, pueden ser externados y la causa penal se diluye por ausencia de pruebas (era la ausencia de contención lo que al juez lo llevaba a tenerlo encerrado).

En casos donde hay situación de calle del joven y un delito grave, el problema es de difícil resolución, puede que implique la necesidad de ir pautando de a poco una performance (ganar confianza en los jueces y fiscales) de manera de demostrar adaptación y aprendizaje en un lugar institucional ajeno al delito, hasta que llegado el juicio pueda intentar hacer el mejor juicio, para lograr la pena más exigua, o bien la absolución.

En los casos de niños y jóvenes con buena posición social, hemos podido observar que los familiares les colocan abogados particulares, los que desplazan a los defensores oficiales. Esto ocurre en muy pocos casos, pues el campo policial solo selecciona a sus clientes de los sectores de baja posición social. Dado que estos sectores tienen defensas altas para evitar el etiquetamiento, la performance que despliegan estos jóvenes junto con sus abogados (que ignoran muchas veces las reglas del proceso juvenil y pretenden aplicar las reglas de litigio del proceso de adultos), tiene una muy fácil receptividad por parte de jueces y fiscales, quienes simpatizan de entrada con ellos a

través un sentimiento común de pertenencia al mismo capital social de origen (se produce un guiño), el que (por un juego de hipocresías e impunidad de la propia corporación judicial) no tiende a tolerar que estas cuestiones se resuelvan en un sistema penal preparado para los hijos de otros sectores sociales.<sup>84</sup> Por eso es que se obtiene rápidamente la libertad de estos jóvenes, accediendo a mecanismos de reparación que permiten flexibilizar el ritual y finalizar rápidamente el proceso, o ser absueltos en un juicio.<sup>85</sup>

Ya hemos visto en las palabras del defensor juvenil, que intenta desvincularse de los habitus de otros defensores (inquisitivos-escolásticos y/o tutelares), que por lo general es mucho menor el esfuerzo y más fácil para un defensor oficial defender a estos jóvenes mejor posicionados, que hacerlo respecto de otros dependientes de los sectores subalternos asociados a los imaginarios patológicos y de sospecha, portadores de peores estigmas que se les asignan (ningún estigma hay que negociar allí donde la agencia judicial solo sabe o quiere “reconocer decencia”). Y ello está vinculado a los valores,

<sup>84</sup> Los clásicos imaginarios miserabilistas de darwinismo social obedece a regla no escrita y silenciada por buena parte de la hipocresía judicial, que dice algo así: Aquellos jóvenes mejor posicionados socialmente -pertenecientes a una supuesta “buena familia” y con conducta psíquica “normal”, serían aquellos considerados -por los valores de la agencia judicial- como “los más aptos” (por considerarse los menos desviados) para vivir en sociedad. Por lo que éstos no deben ser captados ni ingresados al sistema punitivo, siendo la oportunidad procesal un mecanismo o forma de evitar su ingreso (con efecto impunidad para esos sectores). A la inversa, aquellos jóvenes que por su condición social y económica han sido relegados, acreditada que sea su “incontinencia familiar”, su “anormalidad psíquica”, “su falta de cariño progenitor”, “sin condiciones mínimas de hábitat”, “su mala junta”, “su conducta antisocial”, “su incompreensión transgresora”; serán aquellos considerados -por la agencia judicial- como “los menos aptos” para vivir en sociedad, y por ello, un peligro y amenaza latente de disgregación. Con esto, me refiero a los olvidados por el Estado, a los tratados como parias, miserables y excluidos. Todos los que serán naturalizados por los campos policiales y judiciales como “desviados” y/o “anormales” en función de una supuesta “normalidad familiar”. Éstos sectores son aquellos que más fácil quedarían captados y atrapados por la red punitiva, por estar fuera de la vara media de “moralidad familiar y psíquica”.

<sup>85</sup> Hemos tenido oportunidad de comprobar esta situación en numerosas oportunidades, las más comunes son las que permiten la libertad de estos jóvenes inmediata bajo fianzas o simple compromiso de sus progenitores; u otorgar *probations* por robos calificados graves a jóvenes que pueden ofrecer cifras de dinero cuantiosas en reparaciones y no otorgarlas a aquellos que por el mismo delito carecen de tal cifra.

prejuicios y prácticas de poder que componen y reproduce el campo judicial hacia dentro y hacia afuera del sistema de la criminalización secundaria.<sup>86</sup>

Dijimos que hay aspectos de base en el perfil de gran cantidad de jóvenes sospechados que se presentan como serios obstáculos ante "la distancia" de la mirada judicial (los considerados el campo judicial como "malos muchachos" difíciles de recuperar por considerarlos "cachivaches"). En estos casos, la estigmatización es tan alta que el nivel performativo del joven no alcanza ni es suficiente para horadar el sistema de expectativas y disposiciones del campo judicial, que no hace más que rechazarlo. Estos casos representan los verdaderos casos complejos para una defensa; sobre todo si las familias poco acompañan o no existen, o pasan a estar asociadas -por la propia agencia judicial- al mismo obstáculo estigmatizante del joven. La dificultad está dada, por pérdida de tiempo y crédito del defensor allí donde la jerga le hace entender que "no puede sacarle agua a las piedras".<sup>87</sup>

Decíamos, sin embargo, que hemos observado que hay aspectos modificables del perfil de estos jóvenes altamente estigmatizados que si bien en un corto plazo no pueden alcanzar una performance con efectos positivos de interacción hacia "los otros", a largo plazo (privados de la libertad) pueden hallar potencialidades que mejore su rendimiento performático, ganando cotas de simpatía (o piedad) entre los funcionarios encargados de juzgarlo. Y hasta lograr una posible absolución como conquista o concesión.<sup>88</sup>

<sup>86</sup> Las representaciones e imaginarios que actualmente se expresan en la Agencia penal Judicial con relación a los niños, niñas y adolescentes pobres, se traduce en una "lógica etnocéntrica-miserabilista"; es decir, aquella que describe al niño y joven subalterno en términos de inferioridad respecto de una cultura legitimada de los niños y jóvenes de clase media. Los atributos negativos con que se inviste a estas juventudes marginadas no sólo es de índole cultural sino que conllevan una impugnación moral que se expresa en términos de ausencia de valores, desconociendo cómo los mismos operan en la cotidianidad de los contextos propios (sobre imaginarios miserables véase Grignon, C. y Passeron, J. (1991) [1989]).-

<sup>87</sup> Frase que es dicha en los pasillos de los Tribunales más de una vez, en casos donde el defensor no tiene ya de dónde agarrarse para obtener un beneficio procesal.

<sup>88</sup> Nos referimos a casos donde se le imputaba a un joven de mala fama en los diarios un delito de robo agravado, y habiendo quedado detenido con escaso material probatorio (y sin familia que lo apoyara), varias veces discutido y apelado por la defensa, se mantuvo la medida privativa de libertad, se llegó al juicio, se dictó auto de responsabilidad, pero al tiempo se lo absolvió por buena conducta,

Por otra parte, en casos donde la situación de los niños y jóvenes atraviesa graves violaciones a sus derechos básicos y humanos, el defensor penal juvenil (por la especial representación de una ser con mayor desventaja) asume una posición de garante fundamental, pues se trata de lograr (o asegurar) a través de esa función, el mecanismo de acceso a la justicia que hasta entonces esa persona no había podido recorrer por distintas circunstancias o burocracias. Nos referimos aquí a los casos de abusos policiales, torturas y vejaciones cometidos contra niños y jóvenes durante los procedimientos de selección criminalizante, y también a los casos de negación de su voz y derechos. A los malos tratos en lugares de alojamiento mientras el proceso judicial trasunta. A los casos dónde la causa del delito está claramente asociada al armado extorsivo de una causa penal o un álbum de fotos. Y a los casos dónde el delito está íntimamente vinculado a indignancia o necesidades básicas insatisfechas.

En todas estas situaciones a las que hemos hecho referencia, la performance de los jóvenes durante el proceso es y debe ser resaltada como cuestiones centrales por encima del etiquetamiento que los tiene constreñidos. Todas ellas apuntan a una forma de poder del sistema que también reproduce y muchas veces legitima la agencia judicial (pues el maltrato forma parte de la sospecha).

La mediación e intervención del defensor a la hora de “poner en evidencia” estas injusticias reclama un posicionamiento profesional y ético, que “tome distancia de la distancia”; es decir, se aleje del pacto o juego corporativo judicial, remitiendo a un compromiso no indolente,<sup>89</sup> el que podría ser explicado desde un concepto o figura utilizada por Michel Foucault, llamado *pharresía*.<sup>90</sup> actitud que se encuentra desde la antigüedad socrática y presupone decirlo todo, con cortesía, con franqueza, libertad, generosidad y apertura desde el cuerpo y la escucha. Una adecuación entre palabra y testimonio de vida

<sup>89</sup> El distanciamiento, deshumanización e “indolencia” corporativa ha sido muy bien estudiada por Christophe Dehjours, en *La banalización de la justicia socia* (2006). También Norbert Bilbeny, (1995).

<sup>90</sup> “... *Pharresía*, etimológicamente significa decirlo todo, hablar con franqueza, con libertad, la apertura que hacen que se diga lo que hay que decir, cómo se quiere decir, cuándo se quiere decir y bajo la forma que se considera necesaria. En la *pharresía* el que habla usa su libertad y elige la franqueza en vez de la persuasión, la verdad en vez de la falsedad y el silencio... la obligación moral en vez del propio interés y la apatía moral...”. *Coraje y verdad*, Tomás Abraham, El último Foucault, pág. 87, 88, 272.

que presenta una verdad. Lo contrario es hablar con *retórica*, donde existe posibilidad de doble discurso o utilización instrumental de las formas del decir para ganar en los argumentos, sin importar la sinceridad o franqueza en el decir. Hablar con el corazón y no con la mente.

Aquí nos referimos a una diferencia en el impacto del decir, que transforma la performance defensiva en una voz que estremece y no puede ser fácilmente evitada sin generar un cargo de conciencia. La *pharresía* predisposiciona al "otro" receptor de manera muy distinta al que utiliza la mera retórica, y transforma las situaciones cuando la situación puede parecer un caso perdido. Pues apela a las almas de los receptores, a su sinceridad y/o sensibilidad, y no a su seca racionalidad.<sup>91</sup> El lugar de la sospecha se debilita allí donde ocurre una situación que amerita la *pharresía*.

## VII.- Conclusiones

Una de las intenciones de este trabajo ha sido mostrar un reciente escenario de prácticas que hacen a la defensa pública penal juvenil atravesada por un mundo social de tramas complejas, donde los dispositivos de poder exceden los lugares comunes de las racionalizaciones jurídico académicas. Estos puntos de vista normalmente olvidan que el pleno ejercicio del derecho de defensa de los sectores pobres y desventajados (en el caso los jóvenes) requiere pasar del conocimiento del debido proceso constitucional, a una táctica de reconocimiento del campo judicial como estamento burocrático reproductor de habitus y valores dominantes, con posicionamiento de actores, rituales distinciones y juegos; que, a la vez que excluye y segrega a sus clientes, negocia con ellos las formas de la sospecha y su disolución.

<sup>91</sup> "... La *pharresía* es la forma de asegurar la comunicación liberada entre adultos e infancia. Aún cuando se pueda argumentar que es un idealismo irrealizable ya que los adultos están contaminados, casualmente la infancia representa la posibilidad de quebrar la contaminación. La *pharresía* es una actitud demandable especialmente ...a los abogados, particularmente a los jueces y a los medios de comunicación... supone una formación... cualidades morales..." Eduardo S. Bustelo (2007: 157/158).

Otra de las intenciones ha sido mostrar la importancia que tiene para toda defensa, la intervención y cuidado de una *performance juvenil* que alcance a generar la creencia necesaria de los miembros de la agencia judicial, para obtener un resultado más o menos exitoso en un proceso penal.

A diferencia de viejos modelos iconoclastas, la voz de los que antes no tenían una voz, ahora irrumpe y exige ser escuchada, tenida en cuenta, presenciada, medida, pero también, sigue padeciendo ser vigilada y castigada. Por más que el derecho diga lo contrario, el silencio es una fuerte convalidación de la sospecha que trae al joven ante los estrados. La palabra juvenil, una oportunidad inmensa para hacer añicos las etiquetas y los prejuicios que no se adecuan a las identidades o a los actos ocurridos.

Las formas de la defensa penal juvenil de cara al futuro, se alejan de las formas y prácticas tradicionales que reproducía el campo judicial, y ello depende y dependerá de la capacidad de la voz de los jóvenes sospechados, de su derecho a decir, formas de exhibirse y a participar en la negociación de esa sospecha que los mantiene atrapados a raya como "peligrosos".

La emancipación social, simbólico y jurídica es tarea de la lucha innovadora, de la creatividad, inspirada en las formas del respetuosas del decir y hacer, en las que pueden ensayar los defensores públicos. Los distanciamientos y el pacto corporativo judicial hegemónico entran en tensión allí donde los operadores pasan a ser conscientes de sus prácticas y analizan las condiciones de circulación que generan el distanciamiento de clase y la ideología que reproducen o encubren. Aparece entonces la flexibilidad en ese distanciamiento y el trato del "otro", pasando a "ser alguien" sin el fetichismo ornamental de la banalidad del mal que lo tiene por "no persona", "extraño", "anormal", "delincuente".

La potencia nace de la creencia en una verdad procesal que desorienta a los inquisidores y arma sus propias tramas y juegos. La que enlaza y disputa el capital simbólico del campo judicial desde su propia tecnología. Pluralizando, desverticalizando, democratizando y dejando paso hacia otras formas de defensa, asociadas a la resistencia cotidiana contra las mil formas de opresión en las que se muestra la sospecha.

## BIBLIOGRAFIA

- ARIÉS, P. (1981) *La vida familiar en el Antiguo Régimen*, Ed. Taurus, España.
- BARATTA, A., (1998) *Infancia y Democracia* en García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Ed. Temis/Depalma, Colombia.
- BARTHES, R. (2003) *El sistema de la moda y otros escritos*. Buenos Aires: Paidós.
- BAYTELMAN, A. DUCE, M. (2004) *Manuales de litigio estratégico*, Centro de Estudios de justicia de las Américas- CEJA- JSCA. Versión borrador.
- Becker, H. (1971) *Los Extraños. Sociología de la desviación*. Tiempo Contemporáneo, Bs. As.-
- BILBENY, N. (1995) *El idiota moral. La banalidad del mal en el siglo XX*, Anagrama ensayos. Barcelona.
- BOURDIEU, P. (1988) *Cosas dichas*. Gedisa: Buenos Aires.
- BOURDIEU, P. (1988) *La Distinción. Criterios y bases sociales del gusto*. Madrid, Taurus.
- BOURDIEU, P. (1997) *Espíritus de Estado. Génesis y Estructura del campo Burocrático*. Edit. Anagrama.
- BOURDIEU, P. (2000) *La fuerza del derecho, Elementos para una sociología del campo jurídico*, en García Inda (comp.) "Poder, derecho y clases sociales", Ed. Palimpsesto, Bilbao.
- BOURDIEU, P. (2002) *El Oficio de Sociólogo*. México D.F. Siglo XXI Editores.
- BRUNER, J. (2002) *Fábrica de Historias, derecho, literatura y vida*. FCE, Bs. As.
- BUSTELO, E. (2007) *El recreo de la Infancia*. S. XXI Edit..
- CUETO RÚA, J., (1957) *El Common law*, Edit. La ley, Bs. As..
- DEHJOURS, C. (2006) *La banalización de la justicia social*, Colección psicoanálisis, Sociedad y cultura, Edit. Topia. Bs. As..
- DELEUZE, G. (1991) *Posdata sobre las sociedades de control*, en CHRISTIAN FERRER (Comp.) *El lenguaje literario*, T° 2, Ed. Nordan, Montevideo.
- DE MAUSE, L. (1973) *Historia de la infancia*, Ed. Alianza, Madrid.

- DONZELOT, J. (1979) *La policía de las familias*, Ed. Pre-textos, Madrid.
- DUSCHATZKY, S. Y COREA, CRISTINA (2002) *Chicos en Banda, los caminos de la subjetividad en el declive de las Instituciones*, Buenos Aires: Paidós.
- ELÍAS, N. (1996) *La Sociedad Cortesana*, Buenos Aires: FCE, 1996.
- FOUCAULT, M. (2001) *Los Anormales*, Bs. As. FCE.-
- FOUCAULT, M. (2003) *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona, Gedisa.
- FOUCAULT, M. (2008) *El Poder Psiquiátrico*, Bs. As. FCE.-
- GEERTZ, C. *Géneros Confusos. La Refiguración del pensamiento social*.
- GOFFMAN, E. (1998) *Estigma, la identidad deteriorada*. Amorrortu Edit. Bs. As.
- GOFFMAN, E. (2000) *Sociología de la situación*, en *Genealogía del poder* traducción de Félix Díaz, Edic. La Piqueta, Madrid.
- GOFFMAN, E. (2001) *La presentación de la persona en la vida cotidiana*. Edit. Amorrortu. Bs.As.
- GRIGNON, C. Y PASSERON, J. (1991) [1989]: "*Simbolismo dominante y simbolismo dominado*", en *Lo culto y lo popular. Miserabilismo y populismo en sociología y en literatura*, Nueva Visión, Buenos Aires.-
- GUTIERREZ, A. (1994) *Pierre Bordieu, las prácticas sociales*. Centro Editor de América Latina, Bs. As..
- GUTIERREZ, A. (2010) Prólogo a Pierre Bourdieu, "*El sentido social del gusto*", *elementos para una sociología de la cultura*. Buenos Aires: S. XXI.
- ISLA, A. – MIGUEZ, D. (2003) *Heridas Urbanas, Violencias sociales y transformaciones sociales en los noventa*. Buenos Aires: Edit. Ciencias. Flasco.
- ISLA, A. (comp.) (2009) *En los márgenes de la ley, Inseguridad y Violencia en el cono sur*, Buenos Aires: Paidós.
- KESSLER, G. (2004) *Sociología del delito Amateur*, Buenos Aires: Paidós.
- LÓPEZ, A. L. "*El "Proceso de reforma legal e institucional del sistema penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires (2000-2009)"*" Tesis para optar por el título de Magíster en Ciencias Sociales, inédito.
- MAIER, J.B.J. (1989) *Derecho Procesal Penal Argentino* tomo 1 (vol b) *Fundamentos*. Edit. Del Puerto. Bs. As. 433/444.
- MAUSS, M. (2009) *Ensayo sobre el don*. Katz editores, conocimiento, Bs. As.

- MOREIRA, M. (2001) Antropología del Control Social, Edit. Antropofagia.
- NEUMAN, E. (1991) *Los que viven del delito y los otros. La delincuencia como industria.* Nueva Criminología. S.XXI. Edit.
- OSSORIO Y FLORIT, (1965) El Alma de la Toga, Buenos Aires, Edit. La Ley.
- PAVARINI, M. (1983) Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, Ed. S. XXI, México.
- PITCH, T. (2003) *Responsabilidades Limitadas, Actores, conflictos y Justicia Penal.* Edit. Ad-hoc, Bs. As.
- PLATT, A. (2001) *Los "salvadores del niño" o la invención de la delincuencia,* Ed. S.XXI, México.
- RODRÍGUEZ, E. (2002) La Radicalidad de las Formas Jurídicas. Justicia Participativa. La experiencia de los Escarches. Edic. Grupo La Grieta, Julio.
- SAÍN, M. (2008) El Leviatan Azul, Policía y Política en Argentina. Buenos Aires: Edit. Siglo XXI.
- SOZZO, M. (1999) *¿Hacia una superación de la táctica de sospecha? Notas sobre la prevención del delito e institución policial,* en CELS, *Las detenciones, facultades y prácticas policiales en la Ciudad de Buenos Aires,* Documentos de trabajo, Bs. As.
- SUTHERLAND, E. (1993) *Ladrones Profesionales,* Ediciones La Piqueta, Madrid.
- TISCORNIA, S. (2008) *Activismo de los Derechos Humanos y Burocracias Estatales.* Edit. Del Puerto- CELS.
- VERGÉS, J. (2009) Estrategia judicial en los procesos políticos Anagrama, Barcelona.
- VILLALTA, C. (2003) *Una filantrópica posición social: los jueces en la justicia de menores.* En *Burocracias y violencia, Estudios de antropología jurídica.* Sofía Tiscornia comps. Facultad de Filosofía y Letras UBA, Antropofagia, Bs As..
- ZAFFARONI, E. R. (2002) Derecho penal Parte General. Buenos Aires: Ediar.

## **LA LEY Y SUS LABERINTOS**

Acerca de la trama de relaciones de poder en el  
proceso de reforma legislativa bonaerense en materia  
de infancia.

**Ana Laura López**

*“Es fundamental no ceder a la tentación de confundir las palabras con las cosas, de mixturar los nombres que inventamos con la realidad que otros vivencian. Imaginar esas “otras realidades” y explorar el espacio simbólico que nos separa de ellas sería el punto de partida de cualquier programa sensato para la promoción de los derechos humanos”*

*Fonseca y Cardarello (1999: 5)*

## **Presentación**

Este artículo propone reconstruir, desde una perspectiva crítica, el proceso de reforma legal del sistema de control socio-penal para niños y adolescentes en la Provincia de Buenos Aires<sup>1</sup>.

Para ello, el texto se inicia con un recorrido histórico y conceptual sobre el universo de prácticas institucionales sobre la infancia “minorizada”, que la normativa en disputa abordaba. Este recorrido se realizará desde una perspectiva meta-jurídica, es decir, sociológica. A continuación se presentarán los principales conceptos y ejes de análisis que fueron seleccionados para abordar el proceso de producción de estas normativas, para finalmente avanzar en el análisis concreto de dicho proceso, en tanto objeto de investigación<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> En el caso del estudio del control social formal, el paradigma crítico *“desplaza su mirada hacia la definición del crimen y del criminal y hacia la operativa selectiva, criminalizante y violenta del sistema penal”* (Uriarte, 2000: 95. Al respecto ver también Baratta, Melossi, Pavarini, De Leo, entre otros)

<sup>2</sup> Este artículo se basa en una investigación realizada en el marco de una Beca de formación doctoral del CONICET, que fue plasmada en la Tesis de Maestría: *“Proceso de reforma legal e institucional del sistema penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires (2000-2009)”* (Maestría en Investigación, Facultad de Cs. Sociales, UBA), entregada en Abril de 2010

El análisis se emplaza en el campo de la sociología jurídica y del sistema de control social formal<sup>3</sup>, atendiendo a las tramas y complejidades del proceso de disputa librado para la producción y puesta en vigencia de un cuerpo normativo que desplazó al andamiaje jurídico que desde hacía un siglo regulaba las relaciones entre los niños, los adultos y las instituciones estatales<sup>4</sup>. Este desplazamiento supuso la incorporación de los más jóvenes dentro de la categoría jurídica de sujeto de derechos, espacio de nominación técnica que hasta entonces le era rehusado a este grupo poblacional-etario. Antes que adicionar apreciaciones valorativas automáticas al reconocimiento jurídico de dicha condición, resulta interesante inscribir este proceso en la expansión progresiva que ha tenido el derecho (de primera generación principalmente) sobre diferentes colectivos históricamente excluidos de la misma. Desde esta perspectiva, Supiot (2007) analiza la función antropológica del derecho en las sociedades contemporáneas, ya no desde una perspectiva jurídica sino como un modo de construcción de entramados sociales, que constituyen al *homo jurídicus*, figura desde y a partir de la cual se establecerán las luchas por el sentido y la materialidad o contenido de las formas jurídicas en tanto categorías de relacionamiento burocrático-estatal, o en términos de Correa (1997:

<sup>3</sup> Siguiendo a Tamar Pitch, se considera a la normativa referenciada dentro del concepto amplio de Control Social: *“El concepto (de control social) cumple dos funciones interconectadas. Primero, sirve para identificar aquellos procesos que producen simultáneamente “consenso” y “coerción” (...) En segundo lugar, exhibe las interconexiones entre procesos que operan de diferentes maneras y con diferentes objetivos: la intervención sobre el “abandono” y la pobreza, las políticas de salud, la psiquiatría y las políticas criminales y de orden público”* (Pitch, 2003: 50). Según esta autora, el control social no identifica un objeto específico sino que constituye un punto de partida conceptual. Para entender la producción de control social hay que tener en cuenta tres áreas o procesos: el del derecho o justicia penal, la de las agencias de distribución de servicios y recursos sociales y el de los grupos o movimientos sociales como productores de nociones de lo “bueno” y “lo normal”, confrontado con tales instituciones.

<sup>4</sup> Para ello se adoptará el enfoque de la sociología jurídico-penal propuesto por Baratta, que diferenciado de la filosofía del derecho, de la ciencia jurídica y de la criminología, se aboca al estudio de: *“los comportamientos que presentan una reacción ante el comportamiento desviado, los factores condicionantes y los efectos de esta reacción, así como las implicaciones funcionales de la misma respecto de la estructura social global”* (2002: 15).

19) "*un discurso propio de la modernidad*"<sup>5</sup>. En esta línea, el filósofo italiano Giorgio Agamben (2002) contribuye a la relativización de la condición jurídica con su distinción entre *fuera de ley* y *valor de ley*, así como el concepto de *estado de excepción*<sup>6</sup>, en tanto perspectivas de abordaje que resultan hábiles para desarticular la mirada lineal sobre las normativas jurídicas, es decir, para perforarlas y ubicar su fisonomía como un producto históricamente moldeado por sentidos, relaciones de poder, habilitaciones e in-habilitaciones varias. Ello quiere significar que, aún con la dificultad para implementar su legislación, el reconocimiento *jurídico* de los niños como sujetos forma parte de un patrón histórico de construcción de relaciones sociales entre grupos subalternos (y concomitantemente a la propia formación histórico-discursiva de la figura del niño), que establece continuidades y readaptaciones estratégicas con los modelos jurídicos precedentes, sedimentados éstos en las prácticas y la cultura, así como en relación a un contexto social y económico específico, que durante las últimas décadas atestigua una serie de mutaciones en dirección al establecimiento de técnicas de gobierno neoliberales, que reestructuran buena parte del campo estatal, en especial sobre cuestiones penales (Wacquant, 2000).

### **Antecedentes históricos y conceptuales: Patronato... ¿estás ahí?**

La historia de "los derechos" es también la historia de las heterogéneas luchas políticas libradas para su reconocimiento, implicando su consagración la ampliación de los repertorios discursivos en *clave* al acervo semántico del sistema socio-político y judicial contemporáneo. Retomando el análisis efectuado por Karl Marx en "La Cuestión Judía", por sí mismo este reconocimiento solo equipara la igualdad de todos los sujetos en el plano jurídico -abstracto-, logrando ocultar tras su enunciado desiguales condiciones materiales

<sup>5</sup> "*Lo moderno del derecho moderno consiste, en esta estrategia discursiva en virtud de la cual los seres humanos, los de carne y hueso, quedan convertidos en ciudadanos; es decir, en entidades lingüísticas a quienes el discurso del derecho les "otorga derechos subjetivos"*" (Correas, 1997: 8).

<sup>6</sup> "*El estado de excepción, que era esencialmente una suspensión temporal del ordenamiento sobre la base de una situación real de peligro, adquiere ahora un sustrato espacial permanente que, como tal, se mantiene, sin embargo, de forma constante fuera del orden jurídico normal*" (2002: 196)

de existencia, histórica, social y económicamente producidas, y naturalizadas.

Y al analizar el caso específico de los más jóvenes, es importante destacar, tal como señaló Ariés (1981), que la invención del niño como categoría social representada como un sujeto dotado de características heterónomas específicas que lo diferencian del mundo adulto solo será reconocido a partir del S. XVI y XVII, cuando comienzan a identificarse diferencias propias de los niños inexistentes en las sociedades tradicionales, que suscribían tratamientos especiales solo para los períodos de mayor fragilidad física, luego de lo cuál se los consideraba “hombres en miniatura”<sup>7</sup>.

Sin embargo, el avance en la concepción del niño como sujeto necesitado de cuidados especiales no conllevó al reconocimiento de sus derechos (lógicamente, en cuanto la categoría de derechos no comportaba la significación explicitada más arriba, en tanto código de agregación social de ese momento histórico) sino su objetualización o cosificación, traducida ésta en la “incapacidad” del niño para opinar, decidir o disentir con las autoridades familiares, escolares o tutelares (Donzelot, 1979)<sup>8</sup>. Así, el niño era considerado un ser “incompleto” y por tanto carente de racionalidad y sentido propio.

Esta relación de asimetría entre el mundo adulto y el mundo infantil cristalizada en el modelo tutelar ha sido ampliamente investigada (Ariés, 1981; Donzelot, 1979; Resta, 2008; Bustelo, 2007; García Méndez, 1991; Platt, 2001, entre otros) en los ámbitos locales e

<sup>7</sup> Sobre la temática, aunque con algunas discrepancias con Ariés, puede consultarse: *Historia de la Infancia* compilada por De Mause (1973), que ilustra los cambios en las relaciones paterno-filiales, aspirando al rango de “teoría psicogénica”. También el clásico libro de Donzelot (1979), *La policía de las familias*. Para conocer las relaciones hacia el interior de la educación, Durkheim y su *Educación moral*. También la *Historia de la Infancia* de Boaventura Delgado. Para enfocar y complementar el enfoque de Elías (1968) en la relación adultos-niños bajo el prisma de “los procesos de individuación” y Piaget, al proporcionar una referencia muy acertada en *El Criterio Moral en el niño* (1984).

<sup>8</sup> Donzelot (1979) afirma en su análisis sobre el *Complejo Tutelar* que el trabajo social, el psicoanálisis, la medicina y el educador, en tanto cuerpo de “especialistas en las patologías de la infancia” terminaban constituyéndose en “especialistas de la patología social” y “muñeca” múltiple del aparato penal de la justicia de menores, donde se entremezclaban sin distinción tratamientos asistenciales con tratamientos penales, a través de tres tipos de saberes: inquisitivo, clasificatorio e interpretativo.

internacionales. En Argentina, con la modificación del Código Civil de 1871 (Código de Velez Sarfield), el Estado incorporará la figura de la *patria potestad*, constituyendo ésta la primer intrusión soberana sobre el espacio hogareño, el cual era considerado hasta entonces parte del ámbito privado y cuyo gobierno se delegaba en forma exclusiva al buen padre de familia bajo la estructura socio-vincular partriarcial.

Algunas décadas después, y ya avanzado el proceso de construcción del estado-nación, se sanciona la normativa que constituye el ejemplo local más emblemático en cuanto al control social sobre la "infancia desviada": la Ley de Patronato (Ley Agote de 1919). Bajo la figura de la patria potestad como facultad natural del padre pero también del Estado en los casos que se considere necesario, esta ley inaugura el dispositivo del "Patronato de Menores", que tendrá por efecto la construcción del niño desviado, es decir: del menor tutelado<sup>9</sup>. Este dispositivo puede ser entendido como parte de una episteme<sup>10</sup>, ya que a partir del uso que de dicha ley hizo el sistema judicial y las élites dominantes se inicia el proceso de "minorización" selectiva sobre un determinado sector de la infancia considerado en "riesgo moral o material", modelo conocido como el de la "Situación Irregular"<sup>11</sup>. Este modelo establecía la necesidad de identificar la disfuncionalidad de determinados niños (y de sus familias) que, en tanto se consideraban "en riesgo" y un peligro para la sociedad, eran desplazados del ámbito

<sup>9</sup> Cillero Bruñol (2000: 49) agrega que: "Las leyes de menores, a diferencia de lo que aparentan, no se estructuran a partir de la legítima diferenciación jurídica entre adultos y no-adultos, sino en una radical separación de dos tipos de infancia: la que tiene sus derechos satisfechos debido a la protección familiar, y aquella que no los tiene".

<sup>10</sup> Episteme es el conjunto de relaciones capaces de unir, en una época dada, las prácticas discursivas que dan lugar a figuras epistemológicas, a ciencias, y eventualmente a sistemas formalizados.

<sup>11</sup> El artículo 21 describe la "situación de riesgo moral y material" como "abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por parte del menor de actos perjudiciales por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego, con ladrones o gente viciosa o de mal vivir o que no habiendo cumplido 18 años vendan periódicos, u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o negocios públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores, o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud". Esta conceptualización da sustento a toda una concepción de la infancia conocida como "doctrina de la situación irregular" (Daroqui y Guemureman, 2001a: 16)

de potestad familiar para su “protección” e ingresados bajo tutela estatal a un amplio archipiélago de instituciones para su tratamiento tutelar por “represión/compasión” (García Mendez, 1991; Daroqui y Gumureman, 1999; 2001a). Claro que esta “protección” se consideraba un bien hacia el menor, y nunca un castigo<sup>12</sup>. En términos concretos, quienes se constituyeron como la clientela exclusiva del sistema judicial de menores han sido los hijos de los sectores pobres o excluidos, según las características de cada período histórico, que por diferentes razones no se encuadraban en los patrones de normalización y dominación social: los hijos indóciles, peligrosos y desviados provenientes de los sectores marginales o de la “mala vida” han aplicado para constituirse en “menores”, sujetos a la disposición tutelar de la mano del saber medico-psiquiátrico y del positivismo criminológico que los atenderá selectivamente, en tanto representaban para el proceso de consolidación del estado-nación una amenaza política en términos de defensa social<sup>13</sup>.

Según explica Zapiola (2008), si bien la Ley de Patronato fue impulsada por el médico y diputado conservador Dr. Luis Agote, debió esperar para su aprobación en la cámara legislativa más de cuatro años. Este hecho resulta un interesante punto de contacto con el proceso histórico de sanción legislativa en materia de infancia analizado aquí sobre la Provincia de Buenos Aires, 90 años después. Asimismo, la autora señala que, por un lado, paradójicamente a la unilateral

<sup>12</sup> El tratamiento tutelar significa que la función de potestad sobre el devenir de un joven -detentada por la figura del Juez de Menores- durará el tiempo que este considere suficiente, en un horizonte de incertidumbre, es decir, cuando el juez entienda que el joven ha reconocido su falta en el caso de los actos delictivos y haya demostrado que el tratamiento tutelar ha surtido su efecto expiator.

<sup>13</sup> Menores ha sido una *“categoría que para el cambio de siglo era de uso corriente entre las elites políticas e intelectuales de la nación para designar a los niños y jóvenes considerados ajenos a las pautas de comportamiento, localización espacial, educación, trabajo, sexualidad y relación con los adultos aceptables para su edad”* (Zapiola, 2008: 2). En el año 1937 se crea en la Provincia de Bs. As. el “Fuero de Menores” o “Tribunales de Menores”, por ley 4.664 del 3 de enero de ese año. La misma fue derogada por el Decreto Ley 10.067/83, sancionado durante los últimos espasmos de la dictadura. Ésta reproduce a nivel local los lineamientos de la ley nacional 10.903 del año 1919, conocida como Ley de Patronato o Ley Agote. Una de las introducciones más importantes es que cambia la figura de la “visitadora” por la del “asistente social” con título habilitante y la del auxiliar psicólogo como un nuevo saber (Vitale, et al, 2006: 5).

asociación en la bibliografía que ha tenido esta ley con el diputado conservador que la impulsó (Dr. Agote), después de cuatro intentos y varios años, la misma solo pudo ser aprobada por el circunstancial apoyo que el bloque "no conservador" radical, alineado con el Presidente y máxima autoridad del poder ejecutivo, Hipólito Yrigoyen, quien confirió -Semana Trágica mediante- por vía de decreto presidencial que se trate el proyecto en Cámara, generando una alianza coyuntural en clave de defensa social<sup>14</sup> entre sectores -en apariencias- ideológicamente distantes. Por otra parte, y como explicación complementaria al punto anterior, la autora sostiene que, a contrapelo de lo que la literatura académica sostiene en forma hegemónica, esta ley no estuvo inspirada tanto en la importación de teorías higienistas<sup>15</sup>, de la medicina y psiquiatría sino en la necesidad de establecer dispositivos de control social luego de los hechos de la Semana Trágica. No obstante, en un trabajo previo, Guemureman y Daroqui (1999) analizan esta cuestión no en términos de "primacía" de las necesidades del orden político o de la importación de teorías científicas-académicas, sino justamente en clave de imbricaciones y articulaciones históricas entre ambas, para el desarrollo vernáculo del gobierno biopolítico de los niños-menores.

Asimismo, es interesante señalar que el estudio historiográfico de Zapiola (2008) refleja que esta modificación radical en términos legislativos refrendaba y mantenía en alguna medida las prácticas sociales instaladas por entonces en manos de las elites filantrópicas y damas de beneficencia de las clases altas<sup>16</sup>. Sin embargo, ello no disminuye la marca que establecerá el poder soberano en la construcción *estadocéntrica del sujeto infante, colonizado por saberes medico*

<sup>14</sup> "El concepto de defensa social tiene subyacente una ideología cuya función es justificar y racionalizar el sistema de control social en general y el represivo en particular" (Pavarini, 1983: 49)

<sup>15</sup> Algunos de sus exponentes más notables fueron José María Ramos Mejía, Agustín Álvarez, Carlos Octavio Bunge y José Ingenieros. Al respecto ver Terán (1987).

<sup>16</sup> "La Ley de patronato amplió los poderes del estado sobre ciertos niños en detrimento del derecho de patria potestad -que a partir de su sanción fue redefinida como el conjunto de derechos y obligaciones de los padres- pero mantuvo un sistema de atención de los menores tutelados en el que se combinaban las actuaciones de particulares, instituciones de beneficencia y instituciones oficiales" (Zapiola, 2008: 14).

*jurídicos que determinarán el perfil del “buen menor”*<sup>17</sup>. El carácter biopolítico de esta legislación fue signado por el principio del “peligro político”, que estructurará una matriz específica en torno a la construcción de un “enemigo político y biológico” definido por las leyes de Defensa Social (7.029 del año 1910) y la Ley de Residencia (4.144 del año 1902), especialmente consagradas al extranjero-inmigrante-anarquista. Articuladas bajo el modelo de control social imperante de fines del S.XIX y principios del S.XX, la “trinidad legislativa” conformada por las leyes 4.144, 7029 y 10.903 contribuirá a la concreción de dicho proceso<sup>18</sup>. De allí que la bibliografía existente en la materia coincide respecto de la función histórica que tuvo la “Ley Agote” de Patronato de Menores como parte del despliegue de dispositivos de normalización y disciplinamiento del estado-nación hacia determinados sectores y la incorporación de masas de inmigrantes al modelo de dominación de las élites hegemónicas<sup>19</sup>.

Desde un enfoque histórico-jurídico, García Méndez (1991) distingue dos etapas en la historia del derecho e infancia. La primera,

<sup>17</sup> La denominación “estadocentrico” es tomada como categoría de la corriente de los estudios subalternos de la India (Sen, Ghua). Esta producción estadocéntrica del cuerpo infantil se inscribe en el contexto de retracción del estado respecto de las propagandizadas políticas de inmigración, nacientes de la necesidad de inserción en el mercado mundial con el desarrollo del modelo agro exportador que aprovisionaría de alimentos a Europa. Sabido es que las masas que migraron en el marco de este proyecto de consolidación del estado-Nación no fueron las esperadas por los mentores políticos de dicha propagandización, proliferando la expansión de las ciudades a un nivel tal que provocó rápidamente hacinamiento, enfermedades, inquilinatos, y, al mismo tiempo, la concentración y articulación de algunos sectores populares en organizaciones anarquistas. Este proceso decantaría en la sanción de la Ley de Defensa Social (Ley 7.029), principal propiciadora de las expulsiones de inmigrantes: *“El Estado, a fines del siglo XIX y principios del XX, desplegó dos grandes líneas de acción hacia la niñez y adolescencia: la consolidación y expansión del asilo como dispositivo de control para efectuar la tutela del Estado y la creación de la escuela pública -con la sanción de la ley 1.420-. Esta última, “...permitió que los niños adquirieran por igual valores, símbolos y tradiciones que requería el funcionamiento del Estado Nación, es decir “homogenizar” las posibles diferencias existentes entre los niños, teniendo en cuenta el importante número de niños migrantes o hijos de migrantes”* (Ponce, S/F: 3).

<sup>18</sup> Sobre esta temática es muy interesante el aporte realizado por Lila Caimari en “Apenas un Delincuente” y por Rosa del Olmo en “El positivismo en Argentina”, así como los trabajos de Terán y Gargarella.

<sup>19</sup> Baratta señala como parte del campo de la sociología jurídica al: *“estudio de la acción directa o indirecta de grupos de interés en la formación y aplicación del derecho”* (2002: 12).

de 1919 a 1939, en la cual se introduce un tipo de especificidad del derecho de menores, creándose la justicia de menores como fuero particular del aparato judicial, y una segunda etapa que se inicia en 1990 con la sanción de la CDN y que, según este autor, aún continúa vigente. Tal como se explicó ut supra, lo que se conforma en cada período como la llamada "cuestión social" permite identificar a los destinatarios de las políticas de control. Desde este enfoque sociológico, Daroqui y Guemureman (2001a) identifican al interior de estos dos pliegues históricos del derecho, tres procesos histórico-sociales: el primero, ya esbozado más arriba, es el correspondiente a la expansión del sistema capitalista, que durante las tres primeras décadas del siglo XX produce por su propia inercia nuevos colectivos y nuevas problemáticas políticas y sociales<sup>20</sup>. Ello desatará estrategias de control, clasificación e identificación de "colectivos problemáticos" por parte del estado y las agencias de control social en un sentido amplio. Así, por y a través de prácticas discursivas y tipos específicos de saber, *"durante casi un siglo se fue construyendo al «sujeto menor», y ello implicó su complemento indispensable que fue el de "construir un pensamiento y una práctica tutelar" que se constituyeran hegemónicos y por tanto atravesaran las relaciones sociales "de la minoridad"* (Daroqui y Guemureman, 2001a: 21).

Para estas autoras, el segundo período histórico-social se iniciará en la década de 1940, en sintonía con el despliegue del estado de bienestar, donde surgen "otras protecciones" en el campo laboral y de las políticas sociales. Bajo este nuevo modelo de integración salarial en el marco de las instituciones del *welfare*, los sectores populares serán integrados al régimen asalariado fordista, reformulándose las estrategias de control social<sup>21</sup>. A partir de allí las intervenciones estatales ya no se orientarán -como en el periodo precedente- a la neutralización y eliminación del enemigo biológico y político, sino a la compensación de las consecuencias del sistema capitalista de

<sup>20</sup> Como ejemplo de esta idea resulta ilustrativa la descripción que realiza Marx en el Capítulo XXIV ("La acumulación originaria") de "El Capital" o el texto "La invención de lo social" de Donzelot (2007).

<sup>21</sup> *"El fordismo, como cultura social, se generó en un modo de producción centrado en el obrero fábrica. La disciplina de la fábrica se trasladó y se extendió al tejido social. En tal sentido, el derecho del siglo XIX pudo adecuar sus previsiones y disposiciones como elemento de organización de la sociedad de bienestar, actuando como hilo conductor entre la disciplina de la fábrica y la disciplina de la sociedad, porque el tiempo y el espacio de la vida social se consideraban todavía vinculados a los tiempos y espacios del trabajo productivo"* (Bergalli, 1997: 184).

producción social y económica. Aunque ya se había instalado en el período precedente, desarrolló a partir de esta década su mayor esplendor, consolidando los procesos de industrialización y ampliación de las instituciones de protección social, en un modelo “integracionista” de corte populista que primó en América Latina: *“las políticas sociales conjuntamente con las leyes existentes establecerán las estrategias de control necesarias para reducir los niveles de conflictividad en un momento histórico de afianzamiento de colectivos sociales organizados”* (Daroqui y Guemureman, 2001a: 22).

En este segundo período se crean en 1938 los primeros Tribunales de Menores: *“Los menores de entonces fueron los hijos de esos pobres, eran errores del sistema que seguían constituyendo una amenaza. La legislación entonces vigente continuaba operando como soporte del tratamiento de la “niñez minorizada”. La clave política fue la creación y expansión de otros dos pilares del Patronato: la multiplicación de tribunales de menores a lo largo del territorio nacional y de las agencias técnico administrativas (consejos del menor, direcciones del menor, etc.)”* (Daroqui y Guemureman, 2001a: 22). Asimismo, Chavanneau (2008) lo explicará como parte de la histórica “trinidad” en la disputa por el gobierno de los niños: *“La necesidad de creación de tribunales de menores continuó debatiéndose, como continuación de los conflictos de décadas pasadas entre las esferas administrativa y judicial y sin que cesaran los reclamos de organizaciones privadas”* (Chavanneau, 2008)<sup>22</sup>. Con la creación de los Tribunales de Menores y con la herramienta de la disposición tutelar sobre los niños “menores” (en tanto clientes específicos de las mallas de la justicia de menores), la figura del “buen padre de familia” se expande y corporiza en los jueces de menores, que ejercerán dicha tutela (patria potestad) como *homo pater* de los niños “menores”, gobernando y corrigiendo sus cuerpos y almas, con el afán de “protegerlos”, a través de la práctica de sustracción del ámbito familiar a todos los niños que se consideraran en tal situación por parte de las autoridades o los ciudadanos moralmente calificados<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Para Foucault, el *“gobierno de los hombres por los hombres”* o por sobre grupos tal como los niños, mujeres o indígenas, supone cierta forma de racionalidad: *“la cuestión consiste en conocer como están racionalizadas esas relaciones de poder”* (1996: 204)

<sup>23</sup> En efecto, es interesante que los requisitos para ocupar el puesto de Juez durante las primeras décadas del patronato eran los de tener más de 30 años, ser casado, tener autoridad moral y otros atributos que distaban sustancialmente de criterios de idoneidad jurídica: *“Bastaría por otra parte revisar cualquier sentencia de los jueces de menores*

En síntesis, el control penal de la minoridad en Argentina surge a fines del siglo XIX y principios del XX (Larrandart, 1991) configurando una matriz de intervención específica que se constituye a partir de dos preceptos fundamentales: a) los discursos de tutela y protección por "riesgo moral/situación irregular" y b) los principios de peligrosidad y defensa social frente a la potencial acción delictual de niños y jóvenes en *situación irregular* (García Méndez, 1991; Daroqui y Guemureman, 1999). Lo tutelar como protección y lo correccional como curación se implementó como esquema sobre el que se montarían las intervenciones hacia estos sujetos *menores* que representaban un *peligro y amenaza* para la sociedad, en virtud de su *riesgo moral*. De este modo se da forma a una construcción política en términos de gubernamentalidad (Foucault, 1991a): la figura del *menor* y con ella los *procesos de minorización* (García Méndez, 1998) operados sobre un amplio sector de la infancia se nutrieron fundamentalmente de los sectores populares y la inmigración de principios del S. XX (Daroqui y Guemureman, 1999) como fracción de la población sobre la que se despliega el control socio-penal por excelencia dentro de un modelo de dominación por integración de masas.

Así, se afianza en este período el modelo de fijación en espacios cerrados para la corrección y resocialización de "menores" abandonados o en riesgo: *"La utilización del aparato de la administración de justicia en forma sistemática para este estrato poblacional ha estado desde siempre directamente vinculada a la ausencia de políticas públicas de promoción y desarrollo. La presencia activa del Estado en la promoción de derechos, podría haber contribuido a desvincular a estos sujetos de la estigmatización que conlleva su nominación como 'menores en situación de riesgo' o 'en peligro moral y material'"* (Guemureman y Daroqui, 2001a: 37-38).

## **La problematización del modelo tutelar: nuevos léxicos, ¿nuevos modelos?**

*obligados a valorar la inmadurez, la capacidad de entender y querer de un menor, su ser social (...) rozan comunes prejuicios culturales (...) Hay mucho mas que solo el inevitable vicio de "juzgar" en el juego de las clasificaciones pedagógicas que atribuye y vincula una identidad"* (Resta, 2008: 41). Se destaca que a partir de esta particular formación histórica, el fuero de menores ha sido considerado un "fuero menor o devaluado" por los demás actores del poder judicial.

Hacia fines de la década del '60 (y con especial vigor desde la década del '80) se inicia un nuevo período en términos jurídicos y sociales, donde se debate la cuestión social de la infancia y juventud en relación a los marcos normativos y andamiajes institucionales en general y sobre el control socio-penal en particular. Estas esferas se encontraban en un *interregno* (García Méndez, 1991) desde la creación del sistema de Patronato de Menores. Desde lo jurídico se inicia el proceso de discusión de un nuevo modelo conocido como de “Protección Integral”, que supone el reconocimiento de una serie de derechos a los niños, que pasan de ser considerados “objetos de protección” a “sujetos de derechos”<sup>24</sup>. Los niños, en tanto grupo subalterno atraviesan, una vez más a partir de esta década, un nuevo proceso histórico-jurídico de traducción de sus particularidades en clave a derechos humanos específicos<sup>25</sup> tal como ocurrió con otros grupos históricamente subordinados del pacto aparentemente universal de la modernidad, establecido en base a la exclusión<sup>26</sup>. En

<sup>24</sup> “La “protección integral” quiere evitar la construcción social que separa a los menores de los niños y se dirige a los niños y adolescentes como sujetos con derechos humanos originarios, con la finalidad de evitar su marginalización y de reintegrar a los “menores” en desventaja o infractores, lo más pronto posible, al sistema normal de la infancia y la adolescencia” (Baratta, 2004: 41).

<sup>25</sup> Tal como analiza Marx en “La Cuestión Judía”, en su versión inicial, plasmada en la declaración francesa de los derechos del hombre, el modelo de DDHH esta circunscripto solo a la noción blanca, masculina, propietaria y occidental. Desde la perspectiva crítica de los DDHH Correa sostiene que: “El discurso de los derechos humanos, el tradicional, el que comienza con el relato de la naturaleza humana, es el mismo tipo que el de los mitos antiguos. Tales como los mitos griegos. En éstos, hay siempre una narración, que no corresponde con alguna “verdad” histórica” (Correas, 1997: 23). En esta línea pueden ubicarse, entre otros, a Fonseca y Cardarello (1999), quienes critican el modelo de infancia “absoluta” que se descontextualiza. Estas autoras proponen el concepto de “frentes discursivos” que producen las negociaciones de diferentes grupos de poder que operan y conforman la configuración de lo estatal.

<sup>26</sup> Este pacto “fue un pacto entre individuos del género masculino, adultos, blancos y propietarios para excluir del ejercicio de la ciudadanía en el nuevo Estado que nació con el pacto, a mujeres, niños, personas de color y desposeídas, es decir, propietarios de nada más que de su fuerza de trabajo” (Baratta, 2004: 43). La relatividad socio-histórica del concepto de ciudadanía da cuenta de las complejidades contextuales de su propia definición, que excede por mucho las nominaciones técnico-jurídicas, para constituirse *en y a través* de las prácticas ejercidas por las instituciones así como por los “sujetos ciudadanos”. Desde la antigua Atenas y el Imperio Romano, las definiciones del “ciudadano” se constituyeron a partir de la alteridad, es decir, se “era” ciudadano en oposición a categorías sociales excluidas

este caso, con la dificultad adicional que implica que la figura del niño refiere a sujetos en desarrollo progresivo, por lo que siempre han sido "otros" sujetos quienes han creado los movimientos en nombre de sus derechos<sup>27</sup>.

No obstante, a fin de evitar una lectura plana de los movimientos del plano normativo-jurídico, es necesario destacar el contexto socioeconómico en el que se inscriben estos movimientos. En efecto, las profundas transformaciones en los modos de producción social, el avance del capital financiero en detrimento del capital industrial y el consecuente desmembramiento del patrón salarial como modo hegemónico de agregación social (Castel, 1997) producen profundas transformaciones en la estructura social y económica, desplazando hacia los márgenes de la desafiliación social a cada vez más amplios sectores de la población, transformados en mano de obra superflua para la reproducción del capital. Estos procesos de producción de pobreza y precarización sociolaboral producirán un núcleo duro de excluidos permanentes y, por tanto, impactarán en nuevas formas de conflictividad social y nuevas respuestas del sistema de control social y penal a dichos fenómenos. Avanza así desde los años '70 un creciente proceso de judicialización de la pobreza<sup>28</sup>. A partir de esa década, y

como "no ciudadanos", generalmente en base a criterios de género, linaje, etarios, por posesión material o jerarquía estamental, entre otros, que han perdurado por varios siglos. En este contexto, se actualiza la pertinencia crítica del marxismo respecto de las ficciones jurídicas que organizan un conjunto encriptado de representaciones simbólicas como derechos asignando una igualdad jurídica "idílica" en la medida en que sostiene como iguales a personas con profundas diferencias en el acceso a los capitales materiales, simbólicos y culturales. Para Bourdieu, la universalización ha sido un movimiento que ha implicado su monopolización por alguno y, por derivación, la desposesión de todos los demás, "mutilados así de su humanidad".

<sup>27</sup> En este despliegue, se erige un problema central: la representación de los "intereses del niño". En este sentido, Spivak (1985) toma a Deleuze para trabajar el concepto de representación en dos sentidos: por un lado como un "hablar por otro" (nivel socio-político) y por el otro el de re-representación. Respecto del primer uso, del representar como hablar-por-otro, se vale en la modernidad de un instrumento por excelencia, la Ley, como "*constitución ideológica del sujeto dentro de las formaciones estatales*".

<sup>28</sup> El encasillamiento de algunos niños en la categoría de menores en "riesgo material o moral" ha resultado un dispositivo que licuó la diversidad y naturaleza de las problemáticas que los miembros más jóvenes de la sociedad padecen y las docilizó en una matriz apta para las vacantes del circuito asistencial-penal. En este sentido, la justicia y el andamiaje infanto-institucional ha servido para, montado sobre las

principalmente en los '80 y '90 la crisis del estado de bienestar y la apertura del neoliberalismo consolidarán la denominada “nueva cuestión social”: exclusión sociolaboral, aumento de pobreza, pauperización, desmembramiento del patrón de integración social salarial, etc.<sup>29</sup> En el ámbito local, durante los '70 y '80 la dictadura militar impondrá un modelo híbrido corporativo-liberal, de progresiva reducción de las funciones del estado social. Las aperturas democráticas de los '80, junto con los pactos internacionales firmados en esa década inaugurarán un nuevo período en la historia de los derechos y las protecciones especiales que coincide, no obstante, con el “fin del estado de providencia”<sup>30</sup> y la creciente pauperización de amplios sectores sociales. Estallan así las categorías sociales y económicas que inspiraron los modelos de control social a inicios de siglo, para plantearse un nuevo panorama, sobre el cual el modelo del patronato no podría ya resultar eficiente, más allá de las consideraciones jurídicas y sociológicas que legitiman el cambio legislativo en cuanto al tratamiento de las problemáticas que atraviesan a “cierto” sector de la infancia, ampliado exponencialmente en Argentina a partir de la apertura neoliberal (Consenso de Washington) y el brutal aumento de las desigualdades sociales.

Retomando el plano jurídico, en 1989 se produce un importante punto de inflexión con la CDN<sup>31</sup> por parte de la Organización de las Naciones Unidas, a través de UNICEF, en tanto agencia específica, creada luego de los crímenes de lesa humanidad post segunda guerra mundial. La CDN, que desde el análisis de algunos

categorías del menor y del niño, administrar la desigualdad y la exclusión social, a través de la gestión judicializada de los más pobres.

<sup>29</sup> Para Foucault (1991b) se asiste a la “*desinversión*” del estado de providencia, reformulando sus funciones y objetivos.

<sup>30</sup> El estado de providencia, “*permitió controlar el doble movimiento de individualización y de interdependencia que actúa en las sociedades industriales*” (Supiot, 2007: 219)

<sup>31</sup> Existen varias normativas anexas, tal como: Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil y Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad, entre otras. Al respecto se advierte: “*Solo si se comprende esta función histórica esencial de las declaraciones de derechos, es posible llegar a entender también su desarrollo y sus metamorfosis en nuestro siglo*” (Agamen, 2002: 150)

juristas asume un importante grado de abstracción, generalidad y puntos ambiguos (tal como la definición de "concepción") logra el consenso de la mayor parte de los países que lo suscribieron<sup>32</sup>. Según Restá (2008), la misma define una serie de derechos que "naturalizan" el carácter biopolítico del orden social, reconociendo derechos al grupo etario que representa cuantitativamente la mayor población mundial cuando -paradójicamente- las condiciones materiales de vida del 96% de los niños violan esos derechos sancionados. En Argentina, la CDN fue ratificada en 1990, incorporada a la Constitución Nacional con la reforma de 1994 (Art. 75 inc. 22) y transformada en Ley Nacional recién en el año 2006 (Ley 26.061 de Protección Integral).

Así, durante las últimas décadas del S. XX, al compás de la fuerte crítica discursiva y conceptual a los principios del Patronato de Menores, se produce un creciente proceso de reconocimiento y sobre-enunciación de derechos, en paralelo al aumento exponencial de sus violaciones. Este fenómeno, según Restá, grafica que la historia de los derechos de los "menores" es, a contraluz, una historia que mide el aumento de normas y de su violación en una convivencia que no cuestiona al orden jurídico vigente ni transforma las condiciones de reproducción estructural capitalista que necesariamente coloca a una importante cantidad de sujetos en el pleno incumplimiento de sus derechos. En esta misma línea Uriarte se pregunta: "*¿Qué discursos en la praxis institucional -y en la teoría- están dando cobertura a la violación de los derechos humanos? (...) ¿Qué hojarasca discursiva impide una mejor visualización de la afectación de los derechos humanos en el sistema penal juvenil?*" (2000: 92). Según Marí, el discurso jurídico "entrelaza y criba" un entramado de discursos que operan en el campo semántico del derecho que delimitan y fijan sus condiciones. Así, la norma y el *estado de excepción* (Agamben, 2002) se encuadran en la praxis del sobre-reconocimiento de los derechos, donde la condición de nuda vida que afecta a una amplia cantidad de niños y adolescentes pervive con la enunciación y celebraciones rituales burocráticas de sus derechos crecientemente sancionados por tratados internacionales, leyes nacionales y provinciales: "*Encontramos el conocido "campo" desmesurado de los derechos de la infancia (...) Leyes, convenciones internacionales, constituciones se han hecho progresivamente cargo de los derechos de la infancia y han sancionado tutelas. Tan*

<sup>32</sup> Este tratado es el de mayor adhesión mundial, con escasas aunque emblemáticas excepciones, tal como EEUU.

*fuerte fue la juridización de la tutela, como tan carente ha sido la praxis, casi en reforzar la estructural debilidad que ningún derecho no podía nunca colmar”* (Resta, 2008: 14). La extensión de los derechos al compás del incremento de su violación es particularmente palpable en el caso de la infancia, y para ello basta recordar el carácter procesual de la norma y el caso: *“En el caso de la norma jurídica, la referencia al caso concreto supone un “proceso”, que incluye siempre a una pluralidad de sujetos y culmina, en última instancia, en la emisión de una sentencia, es decir de un enunciado cuya referencia operativa a la realidad está garantizada por los poderes institucionales. Así pues, el planteamiento correcto del problema de la aplicación exige que esta sea transferida con carácter preliminar del ámbito lógico al de la praxis”* (Agamben, 2002: 56). Por ello, y retomando las críticas que realiza Agamben a la noción ingenua de “derechos”, es necesario resquebrajar los mascarones discursivos que funcionalmente obturan una lectura integral de los modos de gestión de grupos humanos para abandonar la pretensión de los derechos del niño como elementos que solo “fallan en su aplicación”, para comprender el despliegue concreto de su carácter biopolítico en tanto: *“Se trata de prácticas de real dominio, no sobre los intereses pero si con respecto a la vida de aquellas categorías mancomunadas por la fragilidad estructural (...) Ser hombres no siempre es una condición necesaria y suficiente para ser objeto y sujeto de humanidad; imaginemos si basta para ser titulares de aquellos derechos inalienables y fundamentales como los “derechos humanos”. **Esto nos recuerda cuan metafísica es la gramática de los derechos humanos; se descubre temprano, frente a estas fragilidades de los derechos fundamentales a “reconocerse como hombres” son producidas por la misma humanidad. Y debería ser siempre la misma humanidad quien debiera reconocerlos y tutelarlos”*** (Resta, 2008: 15-17 -el resaltado es propio-).

A fin de proponer una lectura crítica cruzada entre corpus jurídico normativo y contexto social y económico, es interesante pensar el proceso de avance normativo en clave a la CDN en el caso latinoamericano a partir de una lectura que la interpele en tanto construcción socio-histórica que, más allá de su texto visible, propone categorías que definen igualdades universales que se pretenden instaurar, sin embargo, en contextos sociales y económicos

profundamente desiguales<sup>33</sup>. A su vez, el arraigo cultural al modelo del patronato como esquema de percepción instalado en los actores da lugar a una *dualidad* (y no por ello necesaria contradicción) en la convivencia de la doctrina de la situación irregular y la de protección integral (Daroqui y Guemureman, 1999), es decir, una situación híbrida o "situación irregular encapsulada" (Uriarte, 2000: 98) que, lejos del antagonismo bajo el cual el modelo jurídico de inicios de los 90' lo pretendió exhibir, denota algunas rupturas pero una cantidad considerable de continuidades. Para Uriarte, en las praxis institucionales se produce un "*complejo entramado de discursos que operan en el campo semántico, que lo determinan y fijan sus condiciones (...) Andar solo por el campo de los fines explicitados de las instituciones de control social juvenil es caminar por un mundo virtual*" (2000: 92). Este mismo autor sostiene que con la superación del paradigma tutelar se evidencia que el sistema penal juvenil es punitivo, infringe dolor y reduce el espacio social así como restringe derechos, asistiendo al "descubrimiento" de la pena juvenil (2000: 96)<sup>34</sup>.

En el campo en el cual se despliegan las prácticas y los discursos de los diferentes actores que integran las agencias de control penal juvenil, la tensión resulta palmaria: si bien por un lado "deben" responder a los principios de la CDN y leyes específicas en esa línea, por otro, hallan su justificación, expansión y competencia a través de fundamentos sustentados en buena parte bajo la exacerbación de los principios de "defensa social" y peligrosidad, propios de las sucesivas "olas de inseguridad". Durante los últimos años, éstas recurrentes y

<sup>33</sup> En este sentido, Tilly (2000) sostiene que los procesos sociales no pueden entenderse sino desde un enfoque relacional de estructuras macro y micro constantemente vinculadas, en cadenas, jerarquías, tríadas, organizaciones y pares categoriales. En esta configuración, los mecanismos de adaptación y emulación garantizan el status quo de las desigualdades entre explotadores y explotados.

<sup>34</sup> Para Beloff: "*donde con mayor claridad se plantea lo que podría considerarse como "cierta" continuidad entre el antiguo modelo de la situación irregular y el de la protección integral, es en el área que se relaciona con las personas menores de dieciocho años que cometen delitos*" (1998: 1). Cillero Bruñol sostiene que en las reformas jurídicas en materia de infancia no han primado argumentos humanistas ni correccionalistas educativos, sino en la falta de garantías o "reglas claras" en clave al niño como "sujeto de derechos" frente al poder punitivo del estado, lo cual produjo que: "*Por el revés de este movimiento de reforma, en una especie de tensión permanente, se encuentra siempre latente la articulación difusa de los defensores de la represión y del establecimiento de sistemas más duros e ilimitados de control punitivo*" (2000: 67)

espasmódicas “alertas sociales” se acompañan de propuestas de tolerancia cero, encierro y segregación (Pegoraro, 2000; De Marinis, 2004; Bergalli, 1997; Pratt, 2006; Garland, 2005). Así, las demandas de mayor “seguridad” tal como la Nueva Penología (Daroqui, 2003)<sup>35</sup>, reactivan ciertos principios de defensa social que nutrieron el nacimiento de los modelos de justicia de menores, aunque con algunas modificaciones propias de la *modernidad tardía* (Bauman, 2005) o de las *sociedades de la excedencia* (De Giorgi, 2006).

El análisis sobre la reforma de la legislación y del sistema penal de menores en la Provincia de Buenos Aires aquí desarrollado propone problematizar el marco de derechos humanos del niño en el cual se estableció el debate para analizar la noción de “sujeto de derecho” en tensión con la de “sujeto peligroso”, como categoría que define el problema de la *juventud precarizada* (Kokoroff, 2006) o el *ejército juvenil de recambio* (Daroqui y Guemureman, 2001a: 318) como problemática de *gobierno* (Foucault, 2003)<sup>36</sup>.

Así, una lectura crítica de estas reformas supone analizarlas ya no en forma lineal con arreglo a las denominadas garantías procesales, sino en relación y funcionalidad respecto de los procesos sociales macro de exclusión, precarización e inflación de los sistemas penales, (De Marinis, 2004; De Giorgi, 2005; Bergalli, 1997; Pratt, 2006) como respuesta indirecta a las problemáticas sociales emergentes, producto éstas de las profundas transformaciones en la estructura social, económica y política que impulsó la introducción del modelo neoliberal instrumentado desde la década del '70. Estas

<sup>35</sup> “Un rasgo central del nuevo discurso es el reemplazo de la descripción moral o clínica del individuo por un lenguaje actuarial de cálculos probabilísticos y distribuciones estadísticas aplicadas a la población (...) La Nueva Penología no tiene como referencia al castigo ni a la rehabilitación. Se refiere a la identificación de grupos difíciles de controlar” (Daroqui, 2003: 6). Al respecto también ver: Feeley y Simon (1995).

<sup>36</sup> “La juventud ha devenido, en tiempos modernos, una condición distinta, denotada por atributos contradictorios: es un estado cada vez más deseado, un valor en sí mismo, aunque, al mismo tiempo, es una condición concreta de marginalidad social y dependencia económica prolongada. Es un problema en sí mismo: lugar de innovación y autenticidad, pero también de incertidumbre precariedad y riesgo” (Pitch, 2003: 162). En el caso de los jóvenes, las preocupaciones de los programas penales juveniles suelen estar asociadas a la necesidad de incorporarlos al “mundo del trabajo”. Actualmente, la pena se enfrenta a la docilización de los sectores pobres juveniles al régimen de trabajo precario y flexible, tal su tarea histórica en relación al aparato productivo.

transformaciones en la estructura social se articulan estratégicamente con la consolidación del sistema penal como soporte para la "gobernabilidad de la exclusión", en un progresivo desplazamiento del *estado del welfare* hacia el *estado penal*<sup>37</sup> (Wacquant, 2000; Garland, 2005).

En este contexto, los procesos de gestión diferencial de *colectivos problemáticos* (De Marinis, 2004), perfilan a determinados "jóvenes" como problema de gobierno por excelencia, calificándolos como "en riesgo potencial", en la medida que invaden la *zona de vulnerabilidad social* (Castel, 1997; 2004) o *inseguridad ontológica* (Young, 2003)<sup>38</sup>.

Así, distanciado de la estratégicamente ambigua "protección" que estipulaba como eje de intervención el patronato para aquellos sujetos considerados disfuncionales a los patrones de agregación social, el nuevo modelo penal juvenil de inicios del SXXI propone una compleja y también ambigua racionalidad pseudo pedagógica y jurídica denominada "responsabilización" para los infractores más jóvenes de la ley que sean seleccionados por el sistema penal. Foucault advertía en *Vigilar y Castigar* que "*si el principio de la detención penal no ha sido sometido seriamente jamás a discusión, se debe sin duda a que tal sistema carcelario enraizaba profundamente y ejercía funciones precisas*" (1989: 275).

En este sentido, los interrogantes acerca de las funcionalidades del sistema penal juvenil en el SXXI deben considerar la penetración de dichas coyunturas en la *racionalidad, usos, efectos y configuraciones estratégicas* (Foucault, 1991a) que operan desde el control socio-penal juvenil en tanto campo de saber-poder que enlaza y acopla modos

<sup>37</sup> Para Wacquant, se trata del: "*borramiento del Estado económico, debilitamiento del Estado social, fortalecimiento y glorificación del Estado penal*" (2000: 22)

<sup>38</sup> Para Castel, los excluidos son "coleciones" y no colectivos, unidos por la carencia como eje distintivo de la "*desocialización de los individuos*", que no implica estar fuera de lo social (nadie lo está) sino fuera de los mecanismos de integración hegemónicos. A través de una "*descalificación masiva*" se asiste al "*retorno de las clases peligrosas*". En particular sobre los jóvenes dice: "*Hacer de algunas decenas de miles de jóvenes, a menudo más perdidos que malvados, el núcleo de la cuestión social, convertida en la cuestión de la inseguridad que amenazaría los fundamentos del orden republicano, es realizar una condensación extraordinaria de la problemática global de la inseguridad*"(2004: 62-72)

específicos de control bajo un dispositivo históricamente determinado por relaciones de poder y funciones estratégicas concretas<sup>39</sup>.

Analizar las reformas legales y el despliegue de las agencias en tanto *dispositivos* que asumen modos específicos de *relleno estratégico* o sobredeterminación estructural permite analizar el sentido histórico y sociológico del sistema penal y asistencial para los más jóvenes.

Para finalizar este apartado de encuadre conceptual y contextual se sostendrá que uno de los principales desafíos para la producción de conocimiento crítico en la actualidad es el de hacer visible el *significado* histórico que asuman las flamantes categorías de la protección integral de derechos y del derecho penal juvenil, cristalizado éste último en agencias judiciales y archipiélagos institucionales de vigilancia y control.

### **El proceso de reforma legal en la provincia: caminos sinuosos y capitalización de sentidos discursivos**

El análisis de todo proceso de reforma legislativa e institucional ilustra aspectos técnico-legales, pero también factores políticos, culturales e ideológicos que se insertan en un campo (Bourdieu, 1995) específico e históricamente determinado de relaciones de poder, fuerza y dominación; suerte de orquesta no digitada por un centro o vector sino resultante de las pujas, intereses, posiciones y coyunturas que definen la dinámica propia de ese campo, dando por resultado un particular proceso socio-histórico, que invita a lecturas meta-normativas, es decir, al análisis sociopolítico.

Este enfoque entiende al derecho como una construcción particular, que se inserta dentro del juego social. En este sentido, y atendiendo a que el proceso aquí analizado es un proceso de “producción de derecho”, se parte de la noción de derecho como una

<sup>39</sup> Por dispositivo se entiende un conjunto heterogéneo de discursos, prácticas, reglamentaciones, leyes, procedimientos, medidas administrativas, instalaciones arquitectónicas, diseños institucionales etc. que conforman una “red” entre “lo dicho” y lo “no dicho” (Foucault, 1991b) posible a través de una racionalidad y una estrategia de relaciones de fuerza que soportan y son soportadas por un tipo específico de saber, es decir, “*inscripto en un juego de poder pero ligado a bormes de saber*”. Son históricamente determinados y responden a una “urgencia” que se presenta como posición estratégica dominantes en un primer momento, bajo un “objetivo estratégico” que luego pasara a un segundo momento de “sobredeterminación estructural” y “relleno estratégico”.

construcción social en la que: *"las condiciones y límites que constituyen el derecho en su relación con el poder son invenciones históricas, dependen del contexto cultural, de las relaciones de fuerza sociopolíticas, de las tecnologías sociales de poder disponibles"* (Medici, 2009: 182)

Dichos procesos, reflejan aspectos del entramado social en toda su historicidad, es decir, con actores concretos, sectores determinados, intereses contrapuestos y, extensivamente, dan lugar a un juego de interrelaciones e interdependencias recíprocas que configuran escenarios muchas veces de difícil comprensión. A esta complejidad es a la que el análisis social pretende contribuir a través de la elucidación de las lógicas y supuestos que operan y que se traducen en ocurrencias que deben ser restituidas al contexto para honrar su comprensión.

En el caso particular aquí analizado, acerca del proceso de reforma legal e institucional en materia de infancia en la PBA, se disputan profundos cambios técnico-legales en la concepción y regulación de la relación entre el Estado, la sociedad civil y un grupo poblacional específico: los integrantes más jóvenes de la sociedad. Como se señaló en el acápite precedente, esta serie relacional (estado-sociedad-niños) ha sido objeto de numerosos estudios e investigaciones que denotan el carácter histórico y socialmente construido de la figura del *niño*, siempre constituida desde una mirada *adultocéntrica* que lo conforma, a través de las prácticas discursivas, en un particular sujeto-objeto sobre el que se despliegan dispositivos de saber-poder. En concordancia con las diferentes concepciones sobre este colectivo, se han establecido diversos archipiélagos de discursos y prácticas institucionales estatales para su intervención. La regulación de la relación entre estos actores, y específicamente la regulación en torno al mundo infantil es un aspecto crucial dentro de los mecanismos de control social (Pitch, 2003; Donzelot, 1979), entendiendo que éstos mecanismos son desplegados tanto en la órbita de lo público como de lo privado, penetrando y constituyendo formas y prácticas culturales (Clifford, 1991; Geertz, 1991; De Certau, 1996)<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> "El caso de los derechos de las mujeres, los enfermos mentales y los jóvenes han sido excepciones para el sistema de justicia penal que tienen en común que: *"hacen evidente el modo en que el derecho (y los derechos) surgen históricamente"*. Estas excepciones son *"terreno privilegiado"* de las ciencias humanas, como saberes no jurídicos: *"la tarea de estas ciencias ha sido la de argumentar una carencia*

En este caso, la lucha por los derechos del niño ha sido un proceso protagonizado por diversos actores del mundo adulto, que exhiben entre sí distancias políticas, ideológicas y de intereses que no necesariamente se condicen con los denominados "intereses de los niños", en tanto colectivo social, pero que se legitima, a modo de economía del "don" en virtud de luchar por derechos nobles, altruistas, tal como se significa socialmente a aquellos que competen a la infancia<sup>41</sup>.

No obstante, los puntos de vista y posiciones que asumen los actores en este proceso pueden ser analizados en términos *ideológicos*, entendiendo que éstas nociones también comportan intereses sectoriales, acceso y disposición de recursos institucionales y técnicos, alianzas estratégicas, coyunturas sociales y económicas. Es decir, las posiciones y argumentos que se despliegan no se corresponden a modelos culturales unificados y coherentes, sino que también demuestran ambivalencias y contradicciones en torno a las terminologías y la significación del derecho (Pitch, 2003).

Para analizar las modificaciones en las leyes que regulan la situación de la infancia en la PBA se ha otorgado a éste como objeto de estudio el carácter conceptual de "proceso", entendiendo por ello una dinámica longitudinal de relaciones de fuerza y posiciones al interior de un campo (bajo codificaciones estratégicas de relaciones de fuerzas en confluencia con una producción discursiva sobre la realidad)

*de racionalidad -o más bien, explorar las condiciones que limitan o eliminan una responsabilidad percibida como la propiedad innata del individuo" (Pitch, 2003: 161).*

<sup>41</sup> En este punto es ineludible la referencia al movimiento de *"Los salvadores del niño"* que titula la clásica obra de Platt sobre el movimiento norteamericano filántropo-moralista que se inicia con la creación de los Tribunales de Menores en Illinois. En esta investigación, el autor da por tierra el mito de la función humanizadora del movimiento pro salvación del niño y exhibe también sus articulaciones con otros actores e intereses y una particular vinculación con la economía política. Eran moralistas, correctivistas y darwinistas; defendían la familia, lo doméstico femenino y la disciplina. La educación se presentaba románticamente (educación industrial con destrezas corporales de clase baja y valores morales clase burguesa). Fue un movimiento "redentor" que "cosificó a la juventud", intentando regular sus comportamientos: *"Los redentores del niño de ninguna manera deben ser considerados libertadores ni humanitarios: sus reformas no anunciaban un nuevo sistema de justicia sino más bien facilitaban las políticas tradicionales que se habían ido desarrollando informalmente en el siglo XIX (...) sus actitudes con los jóvenes delincuentes eran en gran parte paternalistas y románticas, pero sus decretos iban respaldados por la fuerza (...) suponían la armonía de los intereses entre los "delincuentes" y los organismos de control social"* (Platt, 2001: 187).

que ha dado por resultado una forma específica de resolución técnica en la materia analizada. En relación al concepto de campo, Bourdieu sostiene que: "No es posible entender la dinámica de un campo sino mediante el análisis de su estructura y, de la misma manera, tampoco podemos comprender esta estructura sin el análisis genético de su constitución y de las tensiones entre las posiciones que lo constituyen, o entre éste campo en su conjunto y otros campos, en especial el del poder" (1995: 57)

Se propone analizar este proceso de reforma legal como un *dispositivo* (Foucault, 1991b), donde se vinculan elementos heterogéneos que, en su formación histórica, terminan por signar un tipo específico de racionalidad que no se condice linealmente con sus enunciados, sino que asume una posición estratégica dominante con efectos y usos específicos. Dicho proceso se inscribe bajo un imperativo estratégico: la gestión de determinados *colectivos problemáticos* en el marco de sociedades de creciente exclusión social, que exceden los encuadres posibles en la lógica del patronato judicial de la "cuestión social" de la infancia. De tal modo, este proceso termina por fin hallando en la producción específica de las normas de protección de derechos la paradójica posibilidad de descomprimir la atención social (denominada hasta entonces como asistencial) en una arena administrativa más difusa, compleja y volátil de acceso a las protecciones sociales.

En este sentido, aunque el proceso de cambio legislativo fue apuntalado discursiva y doctrinariamente hacia la garantía de derechos de los más jóvenes, en su despliegue asumió -como relleno estratégico- por una parte la profesionalización y expansión del sistema penal juvenil y, por la otra, la disolución y diseminación institucional de los accesos y recursos a la garantía de derechos sociales y económicos (llamados antaño "necesidades asistenciales"), como contracaras del mismo proceso. Si bien el primer y principal objetivo estratégico impulsado por los actores de la reforma se orientó a consolidar un acceso en términos de derechos para las cuestiones sociales, podríamos sostener que en la sobredeterminación funcional (inherente al relleno estratégico) de este dispositivo terminó por consolidar la fase penal y distender la asistencia social, en consonancia con la tendencia a la progresiva retracción del estado del welfare y la creciente penalización de las funciones del estado (Waquant, 2000; De Giorgi, 2006). En este esquema teórico, ello es posible no por una planificación previa, sino

por el juego de poder en el que se inscribe el devenir de todo dispositivo.

A modo de adelanto de conclusiones, sostendré que este complejo proceso exhibe dos cuestiones fundamentales: por un lado, el período analizado (2000-2007) se dirimió bajo un encapsulamiento jurídico descontextualizado que fetichizó la terminología de los derechos, provocando una masa hipertextual en torno a categorías como “paradigma de la protección integral”, “interés superior del niño”<sup>42</sup> y “sujeto de derechos” que, a modo de *efecto* han sido -paradójicamente- etiquetas polifuncionales sobre las cuales se montaron diversas posturas y que también han permitido la descomposición del *complejo tutelar*, y la composición de un *complejo de derechos*. Éste último, se convertirá en la *matriz jurídico-conceptual* o episteme jurídica<sup>43</sup> en la que la niñez será abordada y reinterpretada por el programa neoliberal. La descontextualización de dichas nociones jurídicas respecto de las transformaciones del capitalismo y de la relación estado-sociedad, en la desinversión del estado social y el avance del estado penal, resultan centrales para comprender el devenir de las mismas. En otras palabras: aún cuando los debates en torno a las nuevas leyes de infancia apuntaban a una infancia “plagada de derechos”, estos discursos han penetrado a lo largo de los años que duró el proceso en las categorías de percepción y enunciación de todos los actores del campo, ganando por fin legitimidad pero finalmente produciendo en el archipiélago institucional una expansión del sistema penal juvenil y una retracción del sistema asistencial de atención a la infancia: “Cada campo define y activa una forma específica de interés, una **illusio** específica como reconocimiento tácito del valor de las apuestas propuestas en juego y como dominio práctico de las reglas que lo rige” (Bourdieu, 1995: 80)

<sup>42</sup> “Cada decisión tomada en el interés superior del niño parece justa desde cualquier punto de vista, pero nunca sabremos si en el interés del niño” (Resta, 2008: 74). A su vez, parecería difícil conciliar esta noción con la de responsabilidad penal, aunque autores como Bruñol lo intentan desde el razonamiento jurídico de tipo hermenéutico sobre la CDN como límite al poder punitivo del Estado y los efectos adversos de la sanción, abandonando las connotaciones paternalistas/autoritarias.

<sup>43</sup> Se entiende aquí que el derecho es un régimen de producción de verdad con “su correspondientes figuras de saber-poder, lo que podríamos llamar una episteme jurídica” (Medici, 2009: 183)

Así, podemos ubicar en términos históricos la reactualización de los plafones discursivos en torno a la infancia problemática, que bajo el "peligro político" inspiraron la creación del sistema de patronato (Daroqui y Guemureman, 2001a) y en la actualidad se reactualizan bajo los principios "securitarios" y de "peligrosidad y riesgo social", aún en el marco de las garantías y los derechos de los más jóvenes. Por eso, antes que una expansión del sistema de protección social-asistencial sobre los niños, el complejo proceso de reforma termina dotando de garantías procesales a los más jóvenes frente a la capacidad represiva del estado, pero al mismo tiempo desmantelando y haciendo aún más volátiles las estructuras de garantía de derechos positivos. Ello es posible en tanto, como señala Domenech: *"El Patronato fue cuestionado, además, cuando el Estado de Bienestar y la modernidad que lo acunaron, había cedido frente a políticas que relegaron, desregularon y precarizaron el trabajo (...) Tantos nuevos derechos para los niños contrastan fuertemente con una infancia desvalida, escindida y victimizada, en un proceso de modernización excluyente, que se mostró generoso al sancionar nuevos derechos y avaro al momento de cumplirlos (...) en una singular y armónica esquizofrenia cultural"* (2008: 218-9). Resulta sugerente para explicar esta idea tomar el axioma de Donzelot en "El complejo Tutelar". Este autor sostiene que en la intervención sobre las clases "menos favorecidas" se identifica a la "infancia patológica" en su doble aspecto: la infancia en peligro (por carencia de atención en los cuidados, crianza y educación) y la infancia peligrosa (la de la delincuencia). En la actualidad, la intervención se orienta con solidez hacia quienes integran esta segunda (la infancia peligrosa), diluyendo la categoría de infancia en peligro en espacios menos estructurados<sup>44</sup>.

El objetivo de indagar la particular genealogía de este proceso intenta impugnar las "narraciones de origen", camino analítico que permite hacer de la concepción técnico-categorial de niño disputada en este proceso sea rápidamente relativizada, máxime en los términos del purismo jurídico en los que se planteó. El análisis genealógico permite visualizar los intereses por detrás de los regímenes de producción de verdad. Desde este punto de vista, la reforma legal -emplazada en una

<sup>44</sup> Se entienden como espacios "menos estructurados" o difusos en cuanto no se le corresponden políticas y programas con encuadres institucionales, recursos materiales y humanos que permitan inferir una política pública que promueva la materialidad necesaria para el goce de dichos derechos, más allá de su declamación.

lucha de *verdades jurídicas*- terminó por acoplarse con una notable ausencia de control institucional y falta de información, encapsulada en un *blindaje jurídico discursivo* que generó en el plano semántico las condiciones de posibilidad para la dilución del plano socio-asistencial y la tecnificación y expansión del plano penal juvenil.

## **Notas metodológicas**

En términos metodológicos, para la re-construcción del proceso de reforma legal como objeto de estudio y su posterior análisis sociológico, se ha organizado el trabajo en diferentes etapas, que a modo de capas geológicas, fueron acoplándose y complejizando en cuanto a su lectura e interpretación. En el momento inicial se relevó y sistematizó cronológicamente el movimiento secuencial (y su conformación como entramado normativo) de leyes, normativas, recursos de apelación, medidas cautelares, decretos, resoluciones, acordadas y demás producciones documentales oficiales del período analizado (2000-2007). Estas fuentes fueron trianguladas y complementadas con otros datos secundarios, especialmente escritos, artículos y documentos elaborados por actores judiciales, gremiales, especialistas y académicos que trabajan en la temática. Una vez realizado este paso, se logró conformar un mapa del proceso, que organizó en secuencias temporales los movimientos legislativos, administrativos y judiciales en la materia. A partir de dicho mapa se avanzó con una guía de pautas de entrevista que indagaba específicamente sobre las articulaciones nodales de dichos procesos, sobre sus desplazamientos y ajustes, en especial todos aquellos que no podían ser comprendidos a partir de la fuente o soporte empírico documental. Una vez establecidas las prioridades de lectura de la secuencia mapeada, se inició un proceso en extremo artesanal de búsqueda, rastreo y selección de informantes clave que pudiesen aportar desde sus experiencias personales y profesionales, datos e información que complejice la lectura del material documental. Así, se buscó entrevistar de modo formal y/o informal o confidencial, a los actores involucrados de modo protagónico en dicho proceso.

La selección y conformación de la muestra de informantes clave atendió a dos criterios fundantes -en tanto decisión

epistemológica- y un tercer criterio coyuntural -en términos de accesibilidad-. Los dos primeros criterios fueron: actores que representen a los tres poderes del estado (judicial, legislativo y ejecutivo) y también actores de la sociedad civil (movimientos sociales, sindicatos y académicos) que también participaron de uno u otro modo de dicho proceso. El tercer criterio, involuntario al diseño o estrategia metodológica, se instauró a partir de la accesibilidad a los informantes.

Cabe advertir que el largo proceso de reforma legislativa aquí analizado no puede ser explicado simplemente por lo que ocurrió durante esos años en la cámara legislativa provincial, sino que ésta solo resulta un observable, un soporte institucional, que delata procesos más amplios que se dirimen por fuera del recinto, es decir, en la interacción entre los actores del poder judicial, del poder ejecutivo, organismos internacionales, organizaciones de la sociedad civil, especialistas, académicos, militantes sociales, etc. Cada quien, según transcurra el tiempo y las coyunturas asumirá diferentes posiciones y adaptará y significará para sí el código comunicacional hegemónico de dicho campo, es decir, el léxico distintivo del *discurso* sobre los derechos de los niños. Uno de los principales hallazgos en la arqueología de los documentos, fue que este léxico, se transformó en una acción comunicativa<sup>45</sup> (Habermas, 1987) común a todos los actores, aun cuando éstos presentaban posturas antagónicas entre sí. El uso indistinto de las categorías de los derechos del niño fue un primer indicador para problematizar e intentar "ver más allá" de sus significantes. Aún así, al abordar las entrevistas resultó insuficiente cualquier taxonomía para clasificar a los actores, ya que los mismos presentaban múltiples inscripciones (por yuxtaposición o circulación institucional) a lo largo del proceso. Ello significa que, dentro del campo de disputa por la sanción de las normativas pueden identificarse actores del poder judicial pero que también comportan trayectorias e inscripciones de activismo/militancia en movimientos sociales, en gremios o en universidades. Asimismo ocurre con representantes del poder ejecutivo (que han pasado previamente por el poder judicial o viceversa) y de los gremios vinculados a la temática, en tanto activistas,

<sup>45</sup> La acción comunicativa, se define como "una interacción mediada por símbolos", tiene como núcleo fundamental las normas o reglas obligatorias de acción que definen formas recíprocas de conducta y han de ser entendidas y reconocidas intersubjetivamente.

trabajadores de los organismos técnicos o militantes de movimientos sociales por los derechos de los niños. Ello constituyó un desafío metodológico a la hora de sistematizar y clasificar los discursos de los actores entrevistados para comprender o dotar de inteligibilidad sociológica y política a este proceso de reforma normativa.

Entre los entrevistados, la forma de presentarse como actores involucrados en la temática sobre infancia aludió siempre a una referencia biográfica personal, escindida de sus inscripciones institucionales. Ello resultó un dato transversal y significativo: se presentaban como “ciudadanos”, “personas”, “abogado/as”, “militantes” interesados personalmente en la temática, desde grupos de voluntariado, ongs, organizaciones gremiales o profesionales. En todos los casos se identifican como parte de un movimiento no estructurado (y heterogéneo) de personas involucradas en la temática, pero sin agregación o representatividad institucional, aún cuando parte sustancial de sus acciones se enmarcaban en espacios institucionales.

A fines descriptivos y para mejor entendimiento del lector, se incluirá en el próximo acápite una síntesis cronológica sobre los “hechos” aquí analizados (2000-2007), que puede facilitar sustancialmente la lectura analítica que se presenta a posteriori.

## **El proceso: Breve cronología de los hechos**

El 28 de Diciembre del año 2000, la legislatura bonaerense sanciona por unanimidad la Ley 12.607 de “Protección Integral de los Derechos del Niño y el Joven”, que dos meses después será suspendida por una medida cautelar interpuesta por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCJBA) en base al recurso de inconstitucionalidad que presentara el entonces Procurador de la Suprema Corte. De tal modo, luego de unos pocos días de derogada, se restablece la vigencia el Decreto-ley provincial de Patronato de Menores (Decreto 10.067/83), fiel representante del modelo tutelar basado en la “situación irregular” y la “carencia moral o material”.

Transcurridos dos años desde la aplicación de dicha medida cautelar sobre la flamante ley de infancia, el 14 de Mayo de 2003, la SCBA resuelve la cuestión de fondo (acerca del pedido de inconstitucionalidad), declarando la constitucionalidad dicha ley, y por

tanto habilita su aplicación en el ámbito de la provincia. No obstante, 13 días después, el 27 de Mayo de 2003, la legislatura bonaerense (aquella que, con varios de los mismos legisladores en funciones, había sancionado sobre tablas dos años antes dicha ley por unanimidad) suspendió nuevamente la entrada en vigencia de la ley 12.607 por considerar que no estaban dadas las condiciones para la compleja implementación que suponía este cambio normativo e institucional. Por ello, a través de la sanción de la ley 13.064 se suspende por 180 días la aplicación de la 12.607, lo cual conlleva, una vez más, al mantenimiento del decreto-ley de Patronato de Menores. Transcurrido el plazo de suspensión estipulado en la ley 13.064, la legislatura vuelve a sancionar otra ley, la 13.162 del 08 de Enero de 2004, que proroga por otros 90 días la suspensión de la Ley 12.607.

El 29 de Diciembre de 2004, cuatro años después de la sanción de la 12.607, la legislatura bonaerense, sin motivos manifiestos que denoten la inviabilidad de la ley aprobada en el año 2000, sanciona una nueva ley en materia de infancia, que deroga al Patronato y a la ley antes aprobada por dicha cámara, es decir, la 12.607. Así nace la ley 13.298 "Ley de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños", que, como su antecesora, avanza en la des-judicialización de las problemáticas de niños y niñas de índole social-asistencial, para transferir la atención primaria de dichas problemáticas fundamentalmente a las familias, los organismos técnicos administrativos y las organizaciones de la sociedad civil, bajo un esquema de "co-responsabilidad". En su artículo 1 establece que la Ley tiene por objeto: *"la promoción y protección integral de los derechos de los niños, garantizando el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento legal vigente, y demás Leyes que en su consecuencia se dicten"*.

No obstante, transcurrido un mes de la sanción de la Ley 13.298, y luego de un día de su entrada en vigencia, el 07 de Febrero de 2005 la Procuradora General de la SCBA presenta un nuevo pedido de suspensión (aplicación de medida cautelar) como anticipo de una futura presentación para pedir la inconstitucionalidad de la ley, exposición que finalmente nunca sería presentada. Pocos días después, el 11 de Febrero de 2005, el Poder Ejecutivo apela esta medida con un recurso de reposición, el cual es contestado el 16 de Marzo de 2005 por la SCBA, que decide sostener la suspensión de la Ley 13.298 (Res. 6) y

llamar a una Audiencia Pública entre las partes, que nunca fue celebrada.

Mientras que la ley 13.298 se encontraba suspendida por la medida cautelar de la SCBA, el Poder Ejecutivo provincial, en paralelo, comienza a reglamentar la norma como forma de corregir las deficiencias técnicas de la normativa que señalaba la presentación de la procuración. En esta “impronta reglamentista” del Poder Ejecutivo, el 07 de Marzo de 2005 se promulga el Decreto 300/05, que coloca al Ministerio de Desarrollo Humano (actual Ministerio de Desarrollo Social) como autoridad de aplicación en materia de infancia, bajo la ley 13.298, por entonces suspendida. Para fines del 2006, específicamente el 28 de Diciembre, se sanciona la ley provincial 13.634 (estipulando su entrada en vigencia para el 1/12/07, aunque será aplicada en forma gradual recién a partir de julio de 2008), que resulta complementaria de la 13.298, deroga el patronato (ley provincial 10.067), elimina los Tribunales de Menores y modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial y la del Ministerio Público (dando respuesta en alguna medida a las objeciones antepuestas por el Poder Judicial acerca de la inconstitucionalidad de la norma y de la falta de reglamentación específica). Dicha ley crea el Fuero de Familia y el Fuero Penal Juvenil, avanzando en la separación de causas sociales-asistenciales y penales. Estos fueros son reglamentados por el Decreto 151/07 del 13 de Febrero de 2007, creándose el “Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil”, complementariamente con las Resoluciones Ministeriales 166/07, 171/07 y 172/07. Es de vital importancia en términos contextuales señalar que el 28 de Septiembre de 2005, el Congreso Nacional aprueba la Ley 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” que marca un punto ineludible para el avance de la legislaciones provinciales en materia de infancia. Mientras, la ley provincial de infancia acorde a la Protección Integral aún se hallaba suspendida. Sin embargo, a dos meses de la sanción de la ley nacional de infancia, y probablemente con el impulso contextual que ésta significó para el avance de las legislaciones provinciales en el marco de la CDN<sup>46</sup>; el 14 de Febrero de 2007 y luego

<sup>46</sup> En este punto es fundamental señalar que la Nación no fue pionera en el avance legislativo sobre cuestiones de infancia en el marco de la CDN. Antes que la nación, otras localidades han celebrado legislaciones propias según lo estipulado en el Art. 4

de dos años de suspensión, la SCBA emite acordadas reconociendo la constitucionalidad de la Ley 13.298, emitiendo el 28 de Febrero de 2007 la Resolución 55 que levanta la medida cautelar que pesara sobre la ley 13.298 y "*declara extinguida la controversia por abstracta*". No obstante, una semana después, el 08 de Marzo de 2007, la Procuración General de la Suprema Corte presenta un nuevo recurso de revocatoria *in extremis* a la Res. 55, argumentando que se conformaba un vacío legal para los procedimientos penales y los órganos en el período de transición, que no estaban creados ni planificados por parte del poder ejecutivo. Diez días después, el 18 de Abril de 2007, por primera luego de los dos pedidos anteriores (que fueron aceptados por el máximo tribunal) la SCBA rechaza el pedido de la Procuradora dando fin a la Ley de Patronato de la Provincia de Buenos Aires, y poniendo en vigencia la ley 13.298, luego de este largo y sinuoso camino de controversias político-institucionales. La implementación de dicha normativa, no obstante, no se desarrollaría exenta de problemas y nuevas controversias.

Descripto sucintamente este período y sucesión de medidas, se continuará desarrollando en el próximo acápite el análisis sociológico del proceso de reforma legal.

### **Acerca de la noción de estado y el fetichismo de los derechos del niño**

Antes de iniciar la lectura del material empírico, resulta necesario definir la noción de Estado que trabajaremos aquí, en tanto resultará una categoría recurrentemente empleada en el análisis. Para ello, se descartan las nociones clásicas (normativistas) de Estado, adscribiendo a éste ya no como un ente monolítico, coherente, homogéneo y consolidado, sino como un resultado (y nunca un *a priori*) de relaciones de fuerza e interacciones.

En esta línea, para Bourdieu (1996) el Estado es el resultado de un proceso de concentración de diferentes especies de capital

de la CDN, como Mendoza en 1995, Chubut en 1997, Ciudad de Buenos Aires en 1998 y Neuquén y Salta en 1999, entre las principales (Al respecto ver Boloff, 2007). No obstante, la Ley 26.061 tiene importancia en el avance de la implementación política y simbólica de los Derechos del Niño en Argentina.

(coercitivos, económico, simbólico) que crean un tipo específico de meta-capital estatal, que asume una forma histórica, en tanto campo de poder donde detentores de diferentes tipos y proporciones de capital luchan generando un modo específico de reproducción. Para Foucault, *“el estado no tiene interior (...) no es otra cosa más que el efecto móvil de un régimen de gubernamentalidad múltiple”* (1996: 209). Este enfoque intenta abandonar la mirada fetichizada del Estado. Al respecto Taussig (1996: 146) explica que: *“a lo que apunta la noción de fetichismo de estado es a la existencia y realidad del poder político de esa ficción, su poderosa insustancialidad”*<sup>47</sup>.

Asimismo, me gustaría tomar la noción de *fetiche* para pensar los derechos que en este proceso se han “disputado” como nociones. En la separación del significante y del significado (es decir, en su sobre-determinación estructural) la representación adquiere poder propio, eficacia simbólica por sobre lo representado, es decir, valuada por fuera de las condiciones materiales de inscripción en lo social<sup>48</sup>. El carácter fantasmagórico del fetichismo para Marx es el hecho de que las relaciones socioeconómicas de producción y distribución sean borradas o conjuradas al olvido para presentarse como partes intrínsecas de un objeto (mercancía). Esta operación, permitiéndonos pensar metafóricamente a los derechos como “cosas”, ha sido articulada en la impronta “ofensiva” de la lucha por las nuevas legislaciones en materia de infancia. La sacralización de los “derechos del niño” como categoría eficaz para reconvertir el destino de niños y niñas en condiciones socioeconómicas desfavorables, operó como condición de posibilidad para su imposición discursiva por sobre las condiciones materiales de producción social que originan dichas asimetrías. En un interesante trabajo sobre la condición de la infancia en Brasil, Fonseca y Cardarello sostienen como hipótesis de trabajo que: *“El frente discursivo” -fruto de la negociación entre diversos grupos de interés trabajando en torno de un mismo tema- es un arma de doble filo (...). Si los activistas de los derechos humanos no mantienen un cierto distanciamiento en*

<sup>47</sup> La característica actual del fetiche para este autor es que la *“predominancia del significante sobre lo significado es una cierta materialización: materialización por inscripción”* (1996: 161)

<sup>48</sup> *“Lo moderno del derecho moderno, consiste en haber organizado la mediatización de los integrantes de la sociedad civil, a través de una ficción que llamamos Estado, la cual existe, solamente en la voz de los funcionarios públicos, y de una estrategia discursiva que llamamos derecho subjetivo”* (Correas, 1997: 12)

*relación a este juego discursivo, corren el riesgo de articular programas que no solo no alcanzan sus objetivos, sino, peor que eso, producen nuevas formas de exclusión"* (1999: 1).

Desde este punto de vista, el cambio de categorías de clasificación legal no puede más que producir nuevas complejidades bajo nuevas taxonomías, antes que nuevas realidades. Para el caso de los niños, que durante casi un siglo han sido *sujetos al* estado desde una condición que los eximía de ser portadores de derechos, también es interesante pensar este proceso de producción de derechos a partir de la noción del fetichismo del estado (Gordillo, 2006): *"esta perspectiva implica alejarnos del paradigma weberiano del Estado como símbolo de la racionalidad burocrática"* y pensar a los derechos del niño como formas fetichizadas que dirimen bajo sí formas de entender y gestionar la relación entre el estado, la sociedad civil y los niños. Esta fetichización de los derechos ha conferido -al modo que señala Marx en el fetichismo de la mercancía- a la figura de la CDN como un enunciado que la reifica y confiere entidad propia (casi mágica) en forma separada de las relaciones sociales que se establecen detrás de sí<sup>49</sup>. De allí, que la eficacia enunciativa del "paradigma de los derechos del niño" termina generando un valor de intercambio en la disputa político-discursiva de los actores que tiene la capacidad de soportar -y allí radica el interés en pensarlo desde la óptica del fetichismo- muy diversas concepciones acerca de los modos deseables para dicha relación social. Así, el proceso se signó por una fetichización de los enunciados con la propiedad de: *"registrar la representación más de lo que es representado, el modo de significación a expensas de la cosa significada"* (Taussig en Gordillo, 2006: 192) lo cual impostó para los actores "ofensivos" (es decir, aquellos impulsores del cambio legislativo)<sup>50</sup> una fé casi mágica en este modelo

<sup>49</sup> Desde una postura crítica sobre este instrumento, otro autor sostiene: *"Basta simplemente con ver la Declaración Universal de los Derechos del niño, adoptada por la ONU, para saber que la infancia ya es una especie en curso de desaparición: "Tengo la posibilidad de decir no...", "Tengo el derecho a saber que soy..." "Tengo el derecho a una alimentación conveniente y equilibrada..." "Todo el mundo debe protegerme contra las brutalidades mentales y físicas..." "Tengo el derecho a cantar, bailar, jugar, desarrollar mis subvenciones para mi mayor felicidad..." Nunca se ha entendido una declaración tan hueca, dónde de más se ridiculiza al niño, es un delirio jurídico de los adultos"* (Baudrillard, 2000: 5)

<sup>50</sup> La categoría de "ofensivos" refiere a aquellos que avanzaron en pos del cambio legal. Este término es utilizado en sintonía con lo que Beloff -retomando a Platt- llamó

que luego, en la implementación del nuevo sistema, volvería bajo el efecto de desencantamiento o frustración, todos ellos sentidos que marcaron la cadencia de este segmento de actores en la puesta en vigencia de las normativas<sup>51</sup>. Ello supone advertir que las estrategias de producción y reproducción del campo del derecho están *“recíprocamente determinadas por los procesos de reproducción y cambios sociales de la sociedad como un todo”* (Kant de Lima, 2005: 89). El campo del derecho, al decir de Bourdieu, no resulta entonces una expresión de voluntades sino una “imposición de autoridades”, donde los contextos socio-históricos y económicos más amplios juegan un factor ineludible, que resultó sistemáticamente omitido en la producción de discursos que impulsaron la reforma.

En cuanto a la literatura que han hegemonizado el campo de producción académica sobre derechos de infancia, se destacan los estudios del campo jurídico-doctrinario. Sobre la temática de las reformas legislativas en la región, cabe destacar un trabajo reciente de Beloff (2008), quien sostiene que los cambios se debieron a 4 factores principales: 1) el impacto de la cooperación internacional orientada a la materia durante las últimas décadas, 2) el desmembramiento del estado de bienestar y la reformulación de las instituciones públicas, 3) el proceso de transformación del área de justicia de los países, 4) la reformulación legal que se concentró en la justicia penal juvenil, de la mano de campañas de ley y orden, principalmente en atención al problema de la “delincuencia juvenil”.

el movimiento de “reformadores” entendiendo por este al *“conjunto de personas que entendían que el sistema tutelar para menores era completamente inadecuado y obsoleto tanto en términos empíricos cuanto teóricos y que, por lo tanto, era preciso construir desde cero una respuesta completamente nueva tanto para proteger a los niños necesitados de ayuda como para sancionar a los infractores (...) En América Latina la Convención sobre los Derechos del Niño fue considerada implícitamente como un instrumento casi mágico”* (2008: 73-79)

<sup>51</sup> *“Las prácticas jurídicas, en tanto tales, son interpretaciones de interpretaciones, re examen de producciones de sentido. No existe, como lo pinta el fetichismo jurídico la norma u el orden normativo en su realidad y objetividad y luego su interpretación. Las normas y el orden jurídico son ya siempre un cierto régimen de enlace histórico entre significantes y significados”* (Medici, 2009: 188)

## **Análisis de la reforma legal en la PBA: acerca del problema de investigación**

*“La producción de leyes está más relacionada con los conflictos que afloran en el plano cultural, científico, ideológico y político. En este sentido, constituye uno de los aspectos de lucha por la hegemonía en sentido gramsciano, o de la legitimación de poder” - Daroqui y Guemureman (2001a: 242)*

Este eje de trabajo asumió una génesis particular en tanto se inicia como problema de investigación a partir del “descubrimiento” involuntario del inédito y prolongado proceso de reforma legislativa, donde se traman la dimensión política del derecho y la racionalidad política de la legalidad, en tanto sensibilizó: *“prácticas jurídicas históricas (...) indisociables de una determinada forma de racionalidad que las hace inteligibles, las organiza y les fija objetivos”* (Medici, 2009: 183).

Las inauditas características que asumió el largo y sinuoso proceso de reforma legal mereció que este aspecto -inicialmente estipulado como elemento secundario de una investigación sobre el campo penal juvenil- asuma una vital relevancia para comprender las cuestiones relativas al gobierno de los jóvenes interceptados por el sistema penal en la provincia con mayor población de Argentina. Podríamos preguntarnos: ¿Qué resulta posible reconstruir con los siguientes elementos: 6 leyes, 6 años y medio y 4 pedidos de suspensión (3 efectivizados en medidas cautelares)? Nada más ni nada menos que el largo y sinuoso proceso de reforma legislativa de infancia de la PBA.

A partir del trabajo de rastreo, sistematización y análisis de documentos así como de realización de entrevistas a diversos actores es que se arribó a una interpretación sobre este proceso, a saber<sup>52</sup>:

<sup>52</sup> *“Los hechos no hablan por sí solos; son envueltos en una trama antes que recogidos, producidos en relaciones mundanas más que en contextos controlados. Esta conciencia creciente de la contingencia poética y política del trabajo de campo (...) refleja en un sentido textual más concreto de la ubicación del etnógrafo”* (Clifford, 1991: 89)

El período de análisis que constituye este eje de investigación comprende desde fines del año 2000 (sanción de la primera ley de infancia) hasta el año 2008, momento en que comienza la puesta en marcha la nueva legislación (Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil).

En términos esquemáticos, señalaré que el campo de disputa en el cual se dirimieron las reformas puede dividirse en dos grandes posiciones que, ad hoc, he dado en llamar los “defensivos” y los “ofensivos”. Los primeros, se conforman con el conjunto de actores que resistirán activamente (a través de diferentes estrategias, tramas argumentales y recursos técnico-burocráticos) a la derogación del régimen de Patronato de Menores y, por otra parte, dentro de los “ofensivos” englobaré a quienes han promovido activamente la derogación del régimen de patronato en pos de la sanción de leyes acordes al modelo de la CDN (al respecto ver gráfico 1). Trazada una primera y gran línea divisoria de posiciones en el campo analizado, cabría entonces señalar cuáles fueron los tres pilares o “ejes de tensión” que atravesaron el proceso de debate: a) cuestiones financieras públicas, en relación a los recursos económicos necesarios, b) la concepción sobre quien debe gestionar el gobierno de los niños con problemáticas socio-económicas y c) principios de legalidad y derechos. Sobre estos tres pilares ha pivoteado el debate durante aquellos años, alineándose los diferentes actores en uno u otro espacio de posiciones.

GRÁFICO 1  
Proceso de Reforma Legal en Materia de Infancia - PBA



Para ello, se presentará la caracterización de los principales actores que he identificado en el proceso de disputa y una mínima descripción de los antecedentes de la ley 12.607 y el contexto nacional. Luego, y a fin de organizar la exposición en lo central del análisis, he

subdividido el período en dos tramos: uno correspondiente a debate sobre la ley 12.607 (2000-2004) y otro similar correspondiente al período de la Ley 13.298 (2005-2008).

En términos esquemáticos, se señala que en el período 2000-2004, correspondiente a la Ley 12.607 que he denominado "*la ley que no pudo ser*", se caracterizó por la sanción inesperada por los principales actores de una normativa particularmente ideal en términos técnicos (desde la óptica del purismo jurídico). Esta ley, extremadamente ajustada a los lineamientos de los organismos internacionales<sup>53</sup> y a la doctrina jurídica en materia de derechos humanos del niño, fue sin embargo impulsada sin consenso político ni acuerdos contextuales con los principales actores que debían ponerla en marcha, en especial el poder judicial y los municipios<sup>54</sup>. En este período, el frente "ofensivo" de reformadores de la ley estaba conformado principalmente por "expertos", técnicos y universitarios que lograron amalgamar sus intereses en la nueva ley con una particular coyuntura legislativa, en la que ésta cumplía una función simbólica, con expectativas de ser capitalizada políticamente por algunos actores gubernamentales pero que, como el devenir lo señala, resultaba claramente inviable en el contexto. Esta norma, es resistida por el frente "defensivo" que conforma con especial vigor el poder judicial en una primera instancia y el poder legislativo en una segunda, dando respuesta a una suerte de "división de resistencias" en diferentes momentos que, también impulsada por parte del poder ejecutivo, se instala de modo no-explicito. En un tercer lugar podemos identificar una gama heterogénea de actores de organizaciones, universidades y técnicos que se pronunciaran a favor del cambio legislativo, pero no bajo las condiciones materiales en las que este se planteaba, y considerando que

<sup>53</sup> "En el ámbito del derecho, vimos que el proceso de apropiación de la misma coincidió con la apertura democrática del país y la crítica intensa al modelo hegemónico conocido como "situación irregular", principalmente desde los ámbitos académicos y desde los organismos internacionales como UNICEF. En los demás ámbitos, el proceso comienza en la misma época y se caracterizó por legitimar prácticas que ya se hacían o como motor para crear nuevas ideas, prácticas, etc." (Magistris, et al, 2009: 5). Beloff (2007) indica que, desde su sanción, la CDN ha tenido un bajo impacto normativo directo pero un alto impacto político, comunicacional y simbólico.

<sup>54</sup> En este punto es muy interesante el planteo de Fonseca y Cardarelo para el caso de Brasil, donde se destaca la inadecuación del derecho a los contextos y culturas locales. Las autoras sostienen: "*las organizaciones internacionales tienden a promover un modelo abstracto de infancia, calcado en preocupaciones y prioridades que son históricamente circunscriptas a países de Europa y América del norte*" (1999: 5)

el cambio institucional podía iniciarse antes que la sanción de una nueva ley. No obstante, este tercer sector “crítico” fue minoritario y de bajo perfil, polarizándose la discusión mediática, judicial y académica entre “ofensivos” y “defensivos”.

En el frente defensivo correspondiente a la ley 12.607 se establece una alianza estratégica no voluntaria o mentada, es decir, una alianza por convergencia coyuntural de intereses, entre la denominada corporación judicial, algunos sectores de los gremios de trabajadores estatales (tanto del organismo técnico como del poder judicial) y el nivel municipal del poder ejecutivo, es decir, los intendentes de la provincia. En este primer foco de resistencia convergen diferentes intereses y preocupaciones que, a modo de un heterogéneo frente defensivo (en cuanto a los intereses que perseguían entre sí), logran frenar la nueva legislación y mantener el status quo en materia de infancia<sup>55</sup>.

En un segundo período, correspondiente a la Ley 13.298 (2005-2008) se reconfigura el campo de fuerzas, fortaleciéndose el frente “ofensivo” a través de la incorporación de algunos gremios, la conformación de movimientos sociales por los derechos de los niños que intensifican la difusión del nuevo modelo jurídico legitimándolo discursivamente, la presión internacional sobre Argentina en materia de normativas y los cambios de posiciones en el poder ejecutivo provincial, correspondientes al cambio de gestión. Esta nueva configuración de fuerzas, no obstante, negociará la sanción de una ley incompleta técnicamente que, claro está, creará las condiciones de posibilidad (el margen de maniobra) para que el activismo judicial desde su rol defensivo pueda seguir dilatándola, cuestión que resultaba en alguna medida necesario en tanto el poder ejecutivo (que durante este período resulta un activo miembro del frente “ofensivo”) no podía garantizar los fondos presupuestarios para el cambio. No obstante, los siguientes años de suspensión de la nueva normativa (13.298) se caracterizaron por un lento pero persistente movimiento que he denominado “impronta reglamentista” por parte del poder ejecutivo

<sup>55</sup> Respecto de la no convocatoria de “aquellos que tenían experiencia” en el proceso de reforma legal en el continente americano, Beloff sostiene: *“¿Cual fue el boomerang de esta crítica externa? Como era previsible, el resultado fue que los operadores del complejo tutelar clásico desarrollaran una defensa corporativa de sus propias practicas e instituciones, y adoptaran, al mismo tiempo, el nuevo discurso oficial de los derechos fundamentales de los niños”* (2008: 73-74)

que, a fuerza de acuerdos y decretos avanzó en la normativización de los "espacios de incertidumbre" que la nueva ley tuvo que ceder para su nacimiento. Asimismo, esta nueva ley ya no cuenta con la resistencia activa de los municipios en cuanto concede no transferir de modo obligatorio la gestión y atención de las problemáticas de la infancia que su antecesora imponía, a la vez que se comienzan a transferir fondos provinciales a dichos actores. Así, en este el período se da un proceso particular: el frente defensivo, concentrado en cuanto a visibilidad pública en el poder judicial, vira su discurso argumental adquiriendo con creces en sus presentaciones judiciales las categorías propias del paradigma de la protección integral para sostener la suspensión de las normativas que avanzan en este mismo sentido. Así, se produce un efecto de fetichización sobre el discurso de los derechos del niño, alimentado en gran medida por las "narrativas hegemónicas" (Fonseca y Cardarello, 1999: 41) que instauró el consenso académico sobre la impertinencia del modelo jurídico del patronato<sup>56</sup> y el activismo de los organismos internacionales. Este proceso de fetichización hallará su límite con el agotamiento de las pujas entre los actores y las presiones internacionales y nacionales para avanzar en la normativa, junto con la creciente presión del movimiento por los derechos del niño que logra robustecerse y sumar adhesiones<sup>57</sup>. Luego de este período, una vez dirimida la batalla legal y con la implementación de las nuevas normas e instituciones en el año 2007/8, el proceso de implementación traerá aparejado un efecto de "desilusión" profunda para el frente "ofensivo", que identificará la reapropiación de las categorías de los derechos en términos de readaptación a las viejas prácticas, bajo una "apropiación meramente retórica" (Beloff, 2008: 74)<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Uno de sus principales exponentes sostenía: "En cuanto al mundo jurídico, éste se encuentra frente a una disyuntiva de hierro. Su pretendida autonomía se ha transformado en pura ideología (...) Necesitamos jueces que puedan concentrarse en la resolución de conflictos graves, y no más en ejecutores de una ilusión de política social" (García Mendez, 1991: 13).

<sup>57</sup> Presentando los resultados sobre una investigación sobre las ongs que trabajan con niños, se sostenía: "la introducción de la noción a partir de la incorporación de la Convención ha quedado en el ordenamiento jurídico-legal limitada a la concepción de niño como sujeto de derecho, sencillamente a un niño cuyas acciones resultan sometidas al sistema jurídico-político imperante o a la frase repetida por todos de que el niño tiene derechos" (Magistirs, et al, 2009: 7)

<sup>58</sup> "En efecto, hoy en toda América latina, tanto las organizaciones de la sociedad civil como todos los operadores estatales en materia de infancia utilizan un lenguaje de protección a la infancia en

Estos movimientos de apropiación de categorías se forjan como “aparatos ideológicos del estado” en términos de Althusser y, paradójicamente, encapsularán el debate en un “blindaje discursivo”, en tanto las desgastadas categorías de la protección integral de derechos esbozadas para el avance de la garantía de derechos para los más jóvenes terminan permitiendo el aumento del despliegue penal sobre los menores de edad<sup>59</sup> y -a contrapelo de sus objetivos enunciados- un proceso de deriva institucional para la atención de problemáticas socio-asistenciales (políticas sociales)<sup>60</sup>. Dicha complejidad se instala en un campo de desconcierto para los actores que perdura aún hoy, al momento de escribir estas líneas. Es dable pensar que una buena parte de este proceso se explica por la construcción de pujas discursivas donde se fetichizó el “discurso de los derechos del niño” como un discurso intrínsecamente “bueno” en contraposición al discurso el “patronato”, como un discurso intrínsecamente “malo”. Acaso se deba, como definió Platt a una *“interpretación sentimental de la historia”* (2001: 201).

Algunos de los principales actores en disputa durante el proceso analizarán -años después- el campo de posiciones que protagonizaron bajo esta diáda. Triangulando éstos con el esquema ya presentado en el Gráfico 1, se destaca que uno de los principales rasgos de dicho proceso fue la asignación de connotaciones valorativas a esquemas de gestión de poblaciones gestados en períodos socio-económicos e históricos profundamente disímiles. Ello tuvo como efecto la conversión de las nociones del “complejo de derechos” en lo que Althusser denomino “aparatos ideológicos del estado”<sup>61</sup>,

*términos de derechos humanos. Sin embargo, quienes allí trabajan sigue haciendo exactamente lo mismo (...) pero ahora con una narrativa completamente diferente*” (Beloff, 2008: 74).

<sup>59</sup> El instituto de la prisión preventiva y sus plazos tendrá un impacto anverso en la tasa de prisionalización esperada.

<sup>60</sup> *“la proliferación de categorías no deja de tener sus peligros (...) las ventajas de una categoría deberían ser idealmente un avance para el campo entero. Sin embargo, la composición del campo –los pesos relativos atribuidos a las diferentes categorías- no es inocente. Cuando determinadas categorías avanzan, otras son designadas para quedar atrás”* (Fonseca y Cardarello, 1999: 6)

<sup>61</sup> El derecho funciona como: *“una autentica superestructura ideológica -en el sentido marxiano- que legitimo la implantación de un sistema social sobre el cual, desde el Estado, se ha ejercido un control implícito y explícito”* (Bergalli, 2005: 189). En el texto *“Quince años de la CDN en Argentina”* Beloff analiza los fallos Vervitsky y Maldonado de la CSJN y concluye que la CDN exhibe una: *“incorporación casi ritual al texto de las sentencias”* (2007: 16) sin analizar jurídicamente sus vinculaciones con los casos planteados.

expandiéndose y transformándose en categorías semánticas de transacción discursiva hegemónica en el marco de la masificación de la exclusión social de las era post-fordista.

### **Quiénes juegan: acerca de los actores involucrados**

Existe una matriz interpretativa muy instalada en el ámbito de las temáticas de infancia provincial, suerte de silogismo o *cliché*, que señalaba al poder judicial como el actor que se resistía a la reforma legal y el poder ejecutivo como quien la impulsaba. Dicotomizadas así las posiciones, en la diada "pro patronato" - "pro derechos del niño", resultaba más o menos fácil razonar la disputa como un conflicto de división de poderes. Con el trabajo de entrevistas, se pudo identificar que tal distinción no resultaba explicativa ni se consustanciaba cabalmente con los hechos analizados. Antes bien, la división técnica formal resultaba insuficiente para comprender las alianzas tácticas entre los actores, que no actuaban en todos los casos de forma unificada con arreglo a estas divisiones. Inmersa en la sospecha de la insuficiencia de pensar el problema como un mero conflicto entre "los poderes del estado" (según la matriz del principio republicano de división de poderes en legislativo, judicial y ejecutivo, según versa la historia del contractualismo clásico) se rastreó material bibliográfico que permita otras lecturas sobre la imagen instalada acerca del problema de las leyes de infancia como un mero "conflicto entre poderes". En "El mito de la separación de los poderes", Althusser sostiene: "*¿Quién no conoce la teoría que pide que en todo buen gobierno se distinga rigurosamente el legislativo del ejecutivo y del judicial? (...) Montesquieu alcanzaría, para algunos, la esfera de lo político como tal, y mostraría su genio en una teoría del equilibrio de los poderes, tan bien dispuestos que el propio poder resulte el límite del poder*" y agrega: "*se trata, en su mayor parte, de una ilusión histórica (...) Ha habido una escuela de juristas, particularmente a fines del siglo XIX y comienzos del XX, que tomaron como pretexto cierto número de fórmulas aisladas de Montesquieu para asignar a éste un modelo puramente imaginario (...) de un verdadero mito: el mito de la separación de poderes (...) modelo teórico puramente imaginario*" (Althusser, 1974: 119). Para el autor, en su reinterpretación de Montesquieu, no se trataba de separación sino de "*combinación, de fusión y de enlace de los poderes*" (1974: 121). Así

como el verdadero problema sería la combinación y el enlace, para Althusser se trata, ante todo: *“de un problema político de relaciones de fuerzas, en vez de un problema jurídico que concierne a la legalidad y sus esferas”* (1974: 122). Por ello, para el análisis sociopolítico y jurídico resulta más sugerente analizar cuales son las injerencias de un poder sobre otro, o las combinaciones posibles entre sí, que es sin dudas la matriz que con mayor nitidez podría encuadrar este supuesto conflicto entre poderes del estado.

### **El rol de los gremios y las organizaciones sociales. Del perfil defensivo hacia el ofensivo: la construcción de un campo de disputa político**

Durante el período previo a la sanción de la ley 12.607, el peso y nivel de organización de los movimientos sociales por los derechos del niño fue relativamente débil, y concentrado principalmente en figuras de perfil técnico, es decir, juristas, académicos, algunos funcionarios judiciales, del organismo técnico y especialistas.

Si bien constituía materia de reclamo recurrente la precarización de la condición socio-económica e institucional entre quienes trabajan en instituciones con niños y del fuero de menores, para el momento de la sanción de la ley 12.607 no existía un frente de organizaciones capaz de presionar desde la sociedad civil y sumarse al frente “ofensivo”. Antes bien, los informantes consultados recuerdan una fuerte reactividad de algunos sectores del gremio de minoridad y del judicial. Allí se dirimían cuestiones de status y reconocimientos laborales, tanto simbólicos como materiales, expectativas y temores sobre el futuro laboral.

La inexistencia de la institucionalidad requerida por la nueva ley, el temor por la subsistencia de fuentes de trabajo de los operadores, la falta de recursos financieros y las improvisaciones terminó por generar una “restauración conservadora”. Algunos de los impulsores de la nueva legislación explican como, a partir del 2003, reorientaron su estrategia al incorporar a la mesa de debate y difusión a los gremios y sindicatos, intentando consolidar este frente, que fue finalmente un elemento de relevancia política para vigorizar la sanción de la siguiente ley.

Para Agosto del año 2004 se crea el "Foro por los Derechos de la Infancia de la Provincia de Buenos Aires", que aglutina un frente de organizaciones territoriales y sociales, de base y sindicales (judiciales, docentes, trabajadores del estado, etc.), con una fuerte presencia de la Central de Trabajadores Argentinos (CTA), que avanzan en la difusión masiva de las nuevas leyes, generando un movimiento reconocido en toda la provincia.

Así, en el período posterior a la sanción de la ley 12.607 el campo de fuerzas gremiales se re- direcciona produciendo una fuerte sinergia hacia la militancia territorial de la nueva ley, estableciendo mesas de diálogo y acuerdos con el poder ejecutivo que poco a poco lograrán generar el nivel de consenso y presión social por el cambio normativo que no existió en la gestación de la ley 12.607. Así, los gremios comienzan a descomprimir su resistencia, en especial la que arrastraba fuertes sensibilidades luego de la reforma procesal de adultos<sup>62</sup>. Por último, podríamos sumar en este conjunto a un actor que no ha tenido visibilidad política explícita pero si un fuerte trabajo de *lobby* en la resistencia a la nueva ley. Se trata de los hogares asistenciales (religiosos, laicos, etc.) que alojaban niños con orden judicial de internación y por los cuales, bajo convenio con el organismo técnico, perciben un subsidio por cada vacante. Fue recurrente en las entrevistas realizadas la referencia a estos actores como opositores al desmantelamiento del sistema de patronato en tanto atentaba contra la captación de recursos públicos por parte de estas instituciones. No obstante, estos actores no han tenido una intervención visible en el proceso analizado.

### **El Poder Judicial: entre la corporación y el activismo, tensiones y resistencia defensiva**

<sup>62</sup> La PBA se realizó en 1997 la reforma procesal penal que dio por resultado el actual código de procedimiento (Ley 11.922, BO 23/1/97) que modernizó la justicia penal introduciendo garantías procesales, aunque esta reforma no alcanzó a los menores de edad, a quienes se les siguió aplicando el proceso penal inquisitivo de la Ley 3.589/86. Esta reforma se vivió de un modo "traumático" para los trabajadores judiciales, según emerge de las entrevistas realizadas.

Este actor es a primera vista el más claramente identificable. Durante todo el período, fue el poder judicial quien asumió el costo público de la suspensión de las leyes de infancia, alimentando una imagen consolidada en el área acerca de la resistencia de la corporación judicial al desplazamiento de sus funciones sobre el área asistencial minoril. Aún cuando parte de ese análisis resulta válido, no lo es en su totalidad.

Al indagar en los actores, se descubre efectivamente que una parte importante del poder judicial (principalmente aquellos agentes con mayor antigüedad en el sistema) aducen que los “otros” actores desconocen la temática y que “los que saben” son los jueces y asesores de menores. Ello propone una lectura en términos de reserva de saberes que funcionaba como impulso para desconocer la legitimidad de otros actores en la disputa legislativa. Asimismo, una parte del poder judicial consideraba que la pérdida de competencias asistenciales (lo cual los dejaba solo con competencias penales) de los jueces de menores significaría una pérdida del principio de especialidad. Esta postura fue duramente criticada por los académicos, especialistas y activistas de la nueva legislación. Si bien la postura del poder judicial no fue homogénea (en efecto, algunos de los más visibles activistas del frente “ofensivo” pertenecen al poder judicial), es interesante señalar que en las entrevistas se reitera el “deber” corporativo por el cual muy pocos sectores del poder judicial se mostraron abiertamente a favor de la reforma.

La lectura de algunos entrevistados apunta, más que a un conflicto por la división de poderes, a una “división de roles” en la necesidad de frenar las normativas por parte del poder ejecutivo y también del judicial, a modo de alianza implícita<sup>63</sup>.

En síntesis, durante el proceso de reforma el poder judicial ha sido quien asumió públicamente el costo político más visible en la suspensión de las leyes, ello resultante de la combinación de alianzas estratégicas no públicas con el poder ejecutivo, combinadas con la resistencia de los sectores más conservadores de la denominada corporación judicial, que se impusieron por sobre el reducido sector del poder judicial que no se alineaban en esa postura. No obstante, y

<sup>63</sup> En un artículo sobre la temática de las leyes de infancia en la provincia, Domenech aclara: *“Pensar que las dificultades sólo atraviesan a quienes las enuncian tal vez sea engañoso”* (2008: 237)

según las entrevistas realizadas, aún en el desborde de trabajo que atravesaban los tribunales de menores, la principal materia de confrontación con las nuevas leyes era el abandono de las facultades asistenciales del fuero, sin dudas uno de los elementos de interés por el área que vinculaba a parte importante de los actores con mayor antigüedad en el fuero de menores<sup>64</sup>.

### **Los municipios: La resistencia silenciosa, el inesperado aliado de la corporación judicial**

Un elemento de escasa visibilidad "pública" pero fuerte presión interna en el poder ejecutivo de cara a la reforma legal fue la denominada "Liga de los Intendentes" conformada por algunos de los más emblemáticos intendentes municipales del conurbano bonaerense que rechazaban la nueva ley en tanto esta significaba el traspaso a la órbita municipal de la atención de las cuestiones socio-asistenciales hacia la infancia, históricamente relegadas al nivel provincial de gobierno en el complejo de instituciones del Patronato. Para los gobiernos locales, asumir la responsabilidad por la "cuestión social" dentro de los procesos de precarización laboral y agudización de los procesos de exclusión social resultaba un foco central de resistencia.

Así, se sella en el período de la ley 12.607 una "alianza no mentada" entre la resistencia judicial y la municipal: los primeros para no perder sus facultades en la materia, y los segundos, para no asumirlas. Este punto se destraba en dos negociaciones que atraviesan la nueva ley, 13.298: por un lado la transferencia de los fondos de fortalecimiento a los municipios y por otra parte el cambio técnico por el cuál ya no resulta obligatorio asumir esta función a los gobiernos locales sino que se los "invita" a adherir vía convenio, que de no celebrarse sería suplido por la estructura provincial. Este último punto, sin dudas, constituyó uno de los principales desencantos de los movimientos por los derechos del niño durante la implementación del

<sup>64</sup> Algunas entrevistas han dado cuenta de jueces de menores que se jubilaron frente a la reforma del fuero de menores en fuero de responsabilidad penal juvenil por dos razones: 1) veían disueltas en esta reorganización sus funciones de "asistencia social" a la niñez y 2) carecían de los conocimientos jurídicos necesarios para ejercer su cargo bajo los procedimientos de la justicia penal.

nuevo sistema. Al respecto, Lescano analiza el caso de la provincia y señala que: *“La proclamación del nuevo paradigma se inspiró excesivamente en la crítica de las instituciones del Patronato de Menores y careció de una precisa vocación expositiva de sus normas, que flaco favor hizo a la construcción de nuevas prácticas y respuestas alternativas”* (2008: 8).

### **El Poder Ejecutivo provincial: doble discurso y perfil de gestión, una historia poco lineal**

Sin dudas, el actor más complejo para analizar en este proceso fue el poder ejecutivo, encapsulando en esta definición a la cabeza de la gobernación bonaerense y a los titulares del organismo técnico administrativo (OTA) en materia de infancia.

A diferencia del proceso de reconversión política que atraviesan los sindicatos y organizaciones sociales en función de la conformación de “frentes de organizaciones” por los derechos del niño, y a diferencia del (aún sin ser homogéneo) permanente activismo del poder judicial en la resistencia a la implementación de las normativas, es destacable que el posicionamiento del poder ejecutivo ha sido por demás variable en este proceso, condicionado por las líneas políticas de las gestiones a cargo. Durante el período de gobierno de Eduardo Duhalde (1991-1995 // 1995-1999) el proceso de reforma legal aún se encontraba en un estado embrionario, con algunas reuniones y trabajos por comisiones signados por un doble movimiento de: a) fomento de avance en comisión y b) frenos en la cámara legislativa. Así, este período mantuvo un perfil ambivalente entre el avance en aquellos marcos normativos que se suponían deseables y esperables para los organismos internacionales y ámbitos académicos, pero con una estricta limitación en cuanto a las posibilidades de traducir esos movimientos en cuerpos normativos. Lejos del avance en la ley nacional y de la mediatización de la temática, aún la condición jurídica de la infancia no formaba parte sustancial de la agenda de gobierno provincial.

El siguiente mandato, breve en tiempo pero correspondiente a la sanción de la Ley 12.067, es el del Gobernador Ruckauf, quien asume desde diciembre de 1999 hasta su renuncia, en enero de 2002, inmediatamente después del estallido de la crisis social, política y

económica de fines del año 2001. Durante ese mandato, el organismo técnico (denominado por entonces "Consejo Provincial del Menor") estuvo a cargo de María Laura Leguizamón desde 1999 hasta mediados del año 2000, cuando se realiza la intervención del organismo, hasta fines del año 2001. La intervención estuvo a cargo de Irma Lima, ex jueza de menores, conocida entre los entrevistados por su perfil mediático. Durante la gestión de la Dra. Lima -que fue la gran impulsora mediática- se avanzó en la sanción de la ley de infancia, hecho que quedó asociado a su figura en la memoria de todos los actores que han sido consultados.

Esta gestión tuvo, un carácter bifronte: por un lado impulsa y logra la sanción de una ley de infancia acorde a los estándares de derechos deseables (en la escandalosa sesión del 28 de Diciembre de 2000 que tuvo por protagonista a la Dra. Lima) y por otra parte durante la misma gestión se recrudecieron las condiciones materiales de detención de los adolescentes en comisarías y la línea dura del gobernador, célebre por sus declaraciones de "hay que meter bala a los delincuentes", así como las denuncias internacionales sobre violación de derechos humanos sobre personas menores de edad en la PBA. En síntesis: este período de gestión "bifronte" exhibe con claridad lo que he dado en llamar "el fetichismo de los derechos del niño", suerte de ilusión óptica que se depositaría en la adjudicación de derechos y garantías a la vez que permitiría que se sancione una ley que por su complejidad y nivel de transformación requeriría acuerdos institucionales, recursos financieros estipulados y un programa de implementación operativa que no existían<sup>65</sup>. En simultáneo a la sanción de una ley técnicamente de avanzada en la garantía de derechos, este período se destaca por el agravamiento y profundización de la violación de los derechos humanos de los menores de edad capturados por las mallas de la justicia, tal como puede rastrearse en los informes anuales del CELS y demás organismos de DDHH. Ello supone dos lecturas: por un lado una particular configuración de fuerzas entre una línea de "gobernanación manodurista" que se servía simbólica y políticamente en incorporar figuras que atenuaran la crítica de sus detractores y, por otra

<sup>65</sup> *"Lo importante es que, como en el caso de los mitos, estos discursos fundan actitudes morales, y justifican discursos normativos. Al tiempo que descalifican otros. Los mitos enseñan. Transmiten formas de ser, pero más de deber ser (...) El derecho moderno está plagado de mitos"* (Correas, 1997: 24)

parte, la confluencia y coagulación de éste fenómeno con las expectativas de los operadores académicos (juristas, activistas intelectuales y de organizaciones) que impulsaron su sanción, sin contar con la fuerza política y la base de consenso social e institucional suficiente para evitar el inmediato derrumbe del corpus normativo sancionado<sup>66</sup>.

En el siguiente período, el análisis del actor “poder ejecutivo” es el correspondiente a la gestión de Felipe Solá en la gobernación (2002 - 2007) y bajo la conducción de la Dra. Cristina Tabolaro en el OTA. Desde la perspectiva de los entrevistados, el gobernador Solá se caracterizó por un bajo perfil público en materia de infancia, y un margen de maniobra amplio para sus funcionarios del área. En efecto, si bien la Dra. Tabolaro no tuvo gran protagonismo mediático, es recordada por los actores entrevistados como una funcionaria que trabajó fuertemente en esta dirección. En términos de los actores, esta funcionaria fue quién “impulsó la implementación de la reforma”.

El personaje del poder ejecutivo que fue mediáticamente influyente en el debate durante el período intermedio entre la ley 12.607 y 13.298 fue el Dr. Juan Pablo Cafiero, quien luego de ocupar la cartera de seguridad asumió funciones en el Ministerio de Desarrollo Humano. Desde ese cargo Cafiero resultó para los referentes consultados un importante activista en pro de la implementación legislativa.

Aún con diferentes lecturas sobre lo “genuino” del interés del ministro, lo cierto es que todos los actores consultados coinciden en que este período cronológico, avanza en la conformación de la nueva ley a través del establecimiento de alianzas estratégicas con sindicatos, organizaciones y académicos (aspecto que careció la gestión anterior y la génesis de la ley 12.607) dotó al período de transición entre la ley 12.607 y la 13.298 de un rol proactivo en cuanto al poder ejecutivo. La última etapa de dicha gestión, la he dado en llamar “la impronta reglamentista” ya que avanza en la reglamentación de aquellos aspectos técnicos que debieron ser cedidos, como paradójica condición de posibilidad-imposibilidad, para la sanción e inmediata suspensión de la ley 13.298.

<sup>66</sup> Sobre el análisis de este mismo proceso, Chavanneau concluye que: *“Cuando no hay acuerdos políticos, ni construcción de conocimiento, ni estudio de factibilidad técnica para que esos roles nuevos puedan ejercerse, (...) se consolida una alianza donde mejores leyes pueden convertirse en buenas intenciones”* (2008: 207)

Finalmente, la subsiguiente gestión del poder ejecutivo comenzará una vez ya vigente la ley 13.298, es decir, ya en la gestión del actual Gobernador Daniel Scioli, que se caracterizó por la retracción en los avances efectuados por la gestión anterior y el freno sustancial a la implementación material de las normativas de promoción y protección a la vez que el avance en ajustes legislativos que endurezcan el campo penal juvenil<sup>67</sup>.

En síntesis, durante el período analizado el poder ejecutivo asume posiciones divergentes en cada gobernación, que marcan distintas cadencias y configuraciones de fuerzas en el proceso de reforma legal, siendo el período 1999-2002 de fuertes contradicciones y fetichización de los derechos, y el segundo (2003-2007) de una construcción de alianzas y estrategias de avance que, sin embargo, fueron condicionadas por una débil voluntad de asignación de recursos financieros que doten de institucionalidad los nuevos marcos legales, posibilitando así su prorrogación y finalmente su puesta en marcha bajo precarias condiciones materiales e institucionales.

En otras palabras, para explicar la puesta en vigencia de las leyes luego de los períodos de suspensión, los diversos puntos de vista de los actores expresan la gestación de un escenario que había comenzado a construirse varios años antes de la sanción de la ley; referencias que también expresan de algún modo las estrategias de apropiación del sentido y el protagonismo de la conquista de nuevas leyes progresistas en materia de infancia. Esta reflexión resulta pertinente para poner de manifiesto que la reconstrucción histórica del proceso de reforma legal e institucional, que desde una perspectiva sociológica he intentado analizar como objeto de estudio, dista de pretender hallar la verdad o de descubrir la versión fiel de los hechos. Lejos de dicha pretensión, este recorrido apuesta a articular diversas fuentes, poner en juego discursos, representaciones y modos diversos en que los actores protagonistas comprenden y significan el proceso, a la vez que adicionar una línea interpretativa propia sobre el mismo.

Por eso, es esta solo una de las posibles formas de construir y narrar el período, que se adscribe a la línea teórica interpretativa, a la vez que propone una lectura sobre un proceso complejo y multilineal

<sup>67</sup> Aquí resulta ineludible la referencia al peculiar Código de Contravenciones que en 2009 impulsó el Gobernador, que fijaba en 14 años la edad para poder ser detenido por figuras estigmatizantes, ambiguas, retrogradas y desajustadas a derecho.

que, claro está, es solo una de las lecturas posibles, sin pretender rango de verdad en términos epistemo-positivistas.

En los próximos dos apartados se analizará en detalle los movimientos del campo analizado en relación a las normativas para cada período (2000-2004 / 2005-2007).

### **Primer período (2000-2004): Inicio y fin de la 12.607, la “ley que no pudo ser”**

La ley 12.607 se aprobó sobre tablas, es decir, sin debate parlamentario ni planeamiento en cuanto a las nuevas instituciones que debían comenzar a regir al octavo día hábil luego de la sesión, esgrimiendo como únicos fundamentos los de su propia impulsora, suerte de *discurso épico y trascendental* sobre los beneficios -casi en abstracto- que la nueva norma comportaría para los jóvenes (al respecto ver Diarios de sesiones parlamentario).

La sanción de la 12.607 activó inmediatamente un fuerte “activismo judicial” de los sectores que se sentían avasallados por los cambios que la normativa imponía. Aún cuando podrían considerar secundariamente que no se encontraban las condiciones materiales para la implementación, en particular los asesores de incapaces y los jueces de menores se mostraban preocupados por las facultades históricas sobre materia asistencial de “menores” que desaparecerían con la nueva ley.

Así, la ley 12.607 solo 2 meses después de ser sancionada, puntualmente el 21 de Marzo de 2001, fue suspendida por una medida cautelar interpuesta por la SCBA en base al recurso de inconstitucionalidad que presentara el Procurador<sup>68</sup>. Básicamente, desde el Poder Judicial se argumentaban tres tipos de cuestiones: 1) La afección al principio de división de poderes<sup>69</sup>, 2) La restricción al acceso a la justicia para los niños y 3) La subordinación al ejecutivo que

<sup>68</sup> El Procurador objetaba específicamente los artículos 1, 29, 31, 32, 33, 38 inc. D y e, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 70, 73, 75, 80, 81, 82, 83, 84, 188, 189, 190, 191, 192.

<sup>69</sup> Al respecto de esta medida Beloff sostiene: *“probablemente Montesquieu se sentiría incómodo de ser invocado en apoyo de una posición que en la práctica reclama la vigencia de un sistema inquisitivo”* (2003: 81)

emanaba de las funciones asignadas al Ministerio Público en esta nueva ley. Textualmente, en su pedido de inconstitucionalidad a la ley 12.607, el procurador argumentaba: *"El interés que nos mueve no es el de contradecir en general, sino la necesidad de recurrir a la última "ratio" del orden jurídico en cuanto se presenta en la especie la afectación institucional por las disposiciones atacadas"* (Conf. Doct. Causa I-1.553, "procuración general", Res. 11-II-92). En este marco, sostenía que: a) El Código Civil define como responsables de intervención promiscua al Ministerio Público en todo asunto de menores, con el fin de asegurar justicia (lo cual el procurador entendía que se hallaba en riesgo bajo los parámetros de la ley 12.607), b) Se alteran y desconocen las garantías constitucionales del orden federal, privando al Ministerio Público de la intervención en la protección de derechos de menores: *"la pretensión está llamada a visibilizar la actuación del Ministerio Público en todo lo que compete a la tutela de los menores e impedir la vigencia de normas que obstruyan su funcionamiento, y con ello el cumplimiento institucional llamado a satisfacer en nuestra organización social"*, c) Consideró que esta ley afectaba el orden legalmente constituido del Procurador General para actuar como representante de los intereses sociales y "guardianes de la legalidad", según el marco constitucional y el Estado de Derecho: *"Como cabeza del Ministerio Público (...) me veo obligado a demandar contra los preceptos de la ley nro. 12.607 antes citados, por lesionar principios, garantías y derechos constitucionales (...) so pretexto de la "Protección Integral" de los niños y jóvenes de la Provincia de Bs. As., introduce un sistema atentatorio de los principios republicanos de gobierno materializados en las exclusivas y excluyentes competencias de cada uno de los poderes del Estado"*, d) Cuestionó que la restitución de derechos pueda ser ejercida por el órgano ejecutivo: *"la ley subvierte estas competencias y sustrae la materia asistencial de la órbita del poder judicial atribuyendo a órganos administrativos el "restablecimiento" de los derechos de los menores frente a su "amenaza o violación", contrariando así la definición material del concepto de "determinación de los derechos" por parte del poder judicial y a la debida intervención del Ministerio Público, llamado por la ley de fondo a ejercer la representación de los incapaces en "todo" asunto que los involucre. (...) en aras de una pretendida protección, la ley concede al órgano administrador la potestad de restringir derechos fundamentales del menor sin ningún contralor ni anoticiamiento a la justicia, lo cual resulta contrario a nuestro esquema constitucional vigente,* e) Reclamó por el rol de "meros auxiliares" del Poder Ejecutivo que la nueva ley establece para el Ministerio Público y el Poder Judicial: *"lo que trastoca las funciones propias*

de cada uno de los poderes del Estado, **poniendo en riesgo el orden político-institucional** (...) El poder judicial y el Ministerio Público son ignorados, y consecuentemente cercenados en sus funciones esenciales de tutela de los derechos reconocidos de las personas y garantes del orden público”, f) Entendía que la ley vedaba el acceso de los niños a la justicia: “Los derechos de los niños derivan de su condición de persona, en consecuencia los dispositivos legales que establezcan para su protección son complementarios -nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de los derechos reconocidos a toda persona (...) Sin embargo, discriminándole respecto de los mayores, la nueva ley veda a sus destinatarios el “acceso irrestricto a la justicia” para el logro de la “determinación de sus derechos” por parte de su Juez Natural en el marco de las garantías del debido proceso (...) debe rechazarse toda hermenéutica que cierre el camino a la jurisdicción, por tratarse de una garantía que se erige en uno de los pilares básicos del Estado de Derecho”, g) Contradecía el Código Civil y a las funciones del Ministerio Público: “Y ante el agravio que la ley causa a la institución, encuentro obligado recordar lo que es toda obviedad jurídica: El Código Civil frente a la incapacidad de hecho que impide a los menores actuar personalmente, estructura todo un sistema de representación, valiéndose de la Patria Potestad o en su caso de la Tutela (...) Desconoce la nueva ley que el Ministerio Público de Menores “es parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial (...) en que los incapaces demanden o sean demandados (...) so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación”, h) Se menoscabaría las funciones de los Asesores de Menores: “ignorar su intervención ante los órganos administrativos, mantenerlo expectante a ser instado por ellos cuando lo crean oportuno, o colocarlo en situación de auxiliar para cumplimentar sus decisiones, como, perfila su actuación la nueva ley, no obstante, colmarlo de obligaciones pero coartando su esencia de su competencia resulta un menoscabo al Ministerio Público Pupilar que se proyecta en la afectación directa de la debida defensa del mismo niño y joven que la ley intenta amparar”.

En síntesis, el recurso manifestaba que: “La ley 12.607 establece una mecánica dirigida (...) a la protección y promoción del niño y jóvenes amenazados o violados en sus derechos. Y establece una organización y procedimientos incompatibles con el concepto de discernimiento de los derechos de los

*menores que históricamente le cupo al Poder y al Ministerio Público*"<sup>70</sup>.

Desde un punto de vista teórico-conceptual, la implementación del "complejo de derechos" -por sus alcances previstos normativamente- requería una masa de recursos financieros mayores a la necesaria para el "complejo patronal". Sin embargo, para muchos actores la disputa incluyó que se interprete la carencia de recursos financieros inherente a buena parte de las áreas de gobierno, como parte de una resistencia ideológica que naturalizaba funciones delegadas a un andamiaje institucional judicial.

Fue necesario, en el letargo de las pujas institucionales y políticas, que transcurran dos años desde la aplicación de dicha medida cautelar, para que el 14 de Mayo de 2003, la SCBA resuelva por el Acuerdo 2078 la cuestión de fondo (acerca del pedido de inconstitucionalidad) declarando la constitucionalidad de la ley 12.607, al decir de Mary Beloff, en un fallo "*tardío pero dichoso*" (2003) aunque también, con voto dividido.

En este fallo, el voto de la mayoría de la Suprema Corte (Dres. Negri, Salas, De Lázzari, Hitters y Kogan) se inclinó por la constitucionalidad de la ley y la minoría (Dres. Pettigiani, Roncoroni y Soria) hizo lugar al pedido del Procurador, entendiéndolos últimos que la ley era inconstitucional<sup>71</sup>. Entre quienes votaron por la

<sup>70</sup> Según Tiscornia, la calidad jurídica y el estado jurídico aparecen como "*ficciones coyunturales para hablar del honor*" (2007). Según Dougals: "*Para mantener su forma cualquier institución necesita legitimarse mediante una fundamentación específica en la naturaleza y en la razón; luego facilita a sus miembros un conjunto de analogías con que explorar el mundo y justificar la índole natural y razonable de las normas instituidas, y así consigue mantener una forma identificable y perdurable*" (1996: 163)

<sup>71</sup> El voto a favor del pedido de inconstitucionalidad alegaba que el acceso a la jurisdicción estaba garantizado solo retóricamente en virtud de la falta de la regulación de los recursos judiciales. Sostenía que en el caso de derechos vulnerados, inexorablemente, debía intervenir el Poder Judicial: "*Solo cuando el llamado Servicio de Protección discrecionalmente entienda que no ha recaído solución a la petición formulada dará intervención al órgano judicial competente, aunque imponiendo a este una suerte de actuación subsidiaria al único efecto de facilitar la continuidad de la intervención administrativa (...) Conforme establece el art. 40 se trata de casos en que el menor ha sufrido amenaza o violación de sus derechos, lo cual debe ser inexcusablemente motivo de intervención judicial (...) La vocación expansiva e invasiva de facultades del poder judicial campea, a lo largo de toda la ley*" (Juez Pettigiani). El Juez Ronconi alegó que son facultades exclusivas del Poder Judicial las medidas compulsivas de abrigo, careciendo de debido proceso y sin reglas para su aplicación, más que el criterio de la autoridad administrativa.

constitucionalidad de la ley, cabe destacar lo pronunciado por Hitters en cuanto, si se negara la validez de la norma, ha de: *“encubrirse retrógradas transgresiones a las garantías reconocidas en nuestra Constitución”* (citado en Villaverde, 2008).

En resumidas cuentas, los principales argumentos de la SCBA en relación a la presentación del Procurador fueron que: a) No se ven afectados en la ley 12.607 el principio constitucional de división de poderes en tanto el Poder Ejecutivo interviene en primera instancia para la resolución de cuestiones asistenciales y que es legítima en cuanto se estipula en dicha ley una instancia de revisión judicial final, b) Esta intervención primaria del poder administrador no resulta la única y última resolución de los conflictos en la medida en que permanece abierta la posibilidad de posterior instancia judicial, c) Da cuenta de la necesaria desjudicialización de las problemáticas infantiles en el marco del nuevo sistema y la legitimidad de legislar en dirección a la desmonopolización de la competencia del poder judicial en la materia, intensificando las intervenciones administrativas, d) Sostiene que no existe ninguna norma constitucional que imponga la intervención del poder judicial en las causas asistenciales con personas menores de edad involucradas y e) No existe un derecho adquirido por parte del Poder Judicial para mantener una determinada política en torno a las problemáticas infantiles. Específicamente sobre este punto mencionaba: *“no existe norma constitucional que imponga la intervención del Poder Judicial en causas asistenciales con referencia a menores. Sin embargo, parece relevante asimismo aclarar que tampoco existe un derecho adquirido a mantener una determinada política en la problemática del menor (en el caso, la establecida por el derogado decreto ley 10.067), ya que como en el caso de cualquier norma de jerarquía inferior a la Constitución basta su derogación por la Legislatura local para que ella desaparezca del ordenamiento jurídico vigente”*.

Así, este período de la ley 12.607 se cierra con la negociación de un cambio de referente en el costo político y simbólico de la suspensión, que es asumido ahora por la legislatura bonaerense en la posterior suspensión de las leyes por vía legislativa. Mientras, comienzan a gestarse algunos cambios de estrategia de los actores “ofensivos” que, en confluencia con el cambio de gestión en el poder ejecutivo, generarán una nueva coyuntura para el segundo período del proceso, correspondiente a la ley 13.298.

## Nueva ley ¿nuevos conflictos? Albures de la 13.298

Al igual que su antecesora, esta ley avanza sobre los principios de: 1) Desjudicialización en primera instancia de las problemáticas de infancia que no impliquen infracciones a la ley penal (desjudicialización de problemáticas socio-asistenciales), 2) Diferenciación de las competencias en materia asistencial y penal a través del desdoblamiento del sistema judicial de menores en el "Sistema de Promoción y Protección de Derechos" y "Sistema de responsabilidad Penal Juvenil", intentando diferenciar los hasta entonces fusionados "peligro moral y material", desplazando el primero al ámbito ejecutivo y el segundo al ámbito judicial penal 3) Desinstitucionalización de los niños y prevalencia de estrategias de reinserción familiar y comunitaria, 4) Reorganización institucional en base a municipalización de la atención de cuestiones relativas a la infancia, territorialización y descentralización, 5) Co-responsabilidad entre las agencias del estado, la sociedad civil y la familia (Lescano, et al, 2008). En términos técnicos estrictos, dicha norma se diferencia de la anterior en tanto crea un número considerablemente menor de órganos y asimismo pospone para una futura reglamentación varios aspectos, que no serán cubiertos en esta ley. Este punto constituirá, por un lado, el *leit motiv* de nuevas suspensiones judiciales, y por ende de la extensión de los plazos de la reforma; pero por otra parte, y según los actores entrevistados, será la condición de posibilidad para aprobar una norma con un futuro más prominente que la 12.607, es decir, de "la ley que no fue".

De la lectura del diario de sesiones parlamentario, es interesante observar que varios bloques partidarios, representantes de un muy amplio espectro de posiciones políticas e ideológicas, apoyan la normativa, aún cuando casi su totalidad reconoce que la ley exhibe deficiencias técnicas, pero que, "es la mejor posible" para esa coyuntura. Al mismo tiempo que reconocen sus debilidades como "un mal necesario" se impone para los diputados la aprobación del proyecto en cuanto la necesidad de dar fin al patronato y legislar en consonancia con los tratados internacionales. Asimismo, todas las intervenciones en dicha sesión (la última del año) señalan el deterioro e incapacidad del sistema de menores para atender las problemáticas de la infancia. Puede señalarse que, aún sin los discursos triunfalistas

que se esgrimieron en la sanción de la primera ley, esta nueva normativa nace a la luz del reconocimiento de problemas futuros (que en efecto tendrá) de técnica legislativa, plazos y recursos financieros, aunque ello tampoco alcanzaría en esta sesión para teñir la retórica que impulsa e inhibe a cualquier bloque de oponerse. En tal sentido, resulta tan potente la legitimación discursiva del paradigma de la protección integral y de los derechos del niño que, luego de varios años en los que se delata el conflictivo proceso provincial de transformación legal, aún con los reparos evidentes que se hacen frente a la ley, todos los bloques adhieren a ella, quizás con la certeza de su posterior devenir, que será nuevamente judicializado bajo la emblemática mimetización de la ley con el histórico tratamiento de su objeto de regulación, los “menores”.

No obstante, respecto de uno de los ejes de mayor conflictividad en torno a la reforma, específicamente el eje “financiero”, esta nueva ley y etapa en el proceso traerá aparejadas algunas modificaciones de suma relevancia. Ello refiere al rol de los municipios en la atención primaria y local de las problemáticas de infancia, cuestión que resultaba obligatoria en la ley 12.607 y que terminó por impulsar la resistencia de los municipios confluyendo con la del poder judicial. En esta nueva ley, una de las observaciones refirió a que los municipios asumirían en forma gradual (no obligatoria) las competencias establecidas por la ley y en la medida en que el ejecutivo asigne los fondos presupuestarios necesarios.

Sobre este punto es importante señalar que desde el año 2004 (en virtud de la ley 13.163 sancionada el 30 de diciembre de 2003 y publicada en el BO del 19 al 23 de Enero de 2004) la PBA descentralizó los denominados “Fondos de Fortalecimiento de Programas Sociales” (cuya operatoria se reglamentó por el decreto 609/04), que consta de recursos financieros transferidos desde el gobierno provincial a todos los municipios bonaerenses, calculados en base a un índice compuesto, resultante de un conjunto de indicadores, entre ellos y como más importante el nivel de NBI de cada distrito.

De tal modo, este artículo sintetiza la descompresión de uno de los puntos de mayor conflictividad en torno a la ley 12.607, que sin embargo terminó durante el período 2000-2004 opacado por el protagonismo burocrático-mediático que desplegó del poder judicial, claro protagonista “visible” de la resistencia al desmantelamiento del sistema judicial de menores.

La incorporación explícita en el articulado de la participación activa de las organizaciones no gubernamentales en el marco del modelo de coparticipación, será un punto considerado como conquista para los movimientos de derechos del niño pero que, según la hipótesis de trabajo de este artículo, tendrá unos efectos bien diferentes a los esperados (democratización, consolidación de la atención a la infancia, etc.) en tanto permitió diseminar responsabilidades y contribuir a un efecto diluyente en el sistema de protección de derechos bajo la nueva órbita territorial y administrativa.

Las declaraciones y fundamentos de la sesión parlamentaria resultan especialmente pertinentes como analizador del discurso que pretendió, desde el "frente ofensivo", avanzar con la nueva ley. En este discurso se alude con especial prevalencia a los "niños no delincuentes" que el fuero de menores atrapaba y judicializaba. Se alude a un sujeto inocente, construyendo como valor de disputa política el niño "víctima", es decir, "no delincuente" para el cual se estipulan estrategias territoriales y multi-sectoriales de intervención<sup>72</sup>. Sin embargo, son "estos" niños aquellos para los que se producirán menor cantidad de dispositivos, programas, planes y operadores en el marco de la implementación de la ley, donde los municipios solo estuvieron "invitados" a tomar las responsabilidades, a la vez que se delegó implícitamente -por desatención- una parte de la gestión a las organizaciones sociales, principio de supuesta democratización, considerado como una conquista por los movimientos de derechos del niño, que encontró en la implementación de la ley su máxima aporía.

Aún así el razonamiento jurídico se impondrá, una vez más, como fundamento para el freno de la normativa, amalgamando una serie heterogénea de elementos y obstáculos para su realización que, sin embargo, nuevamente encuentran en los debates de doctrina jurídica, su expresión visible y su herramienta táctica de disputa.

<sup>72</sup> Los modelos de corresponsabilidad extendida (escuela, familia, comunidad) "olvidan" que la justicia es la única que puede imponer sanciones por la fuerza. En cambio, el sistema socio-asistencial requiere de mínima voluntad y de una interacción que conforme ese control social. Si esta diferencia no está clara se corre el riesgo de exportar nuevamente el modelo carcelario fuera del sistema penal: *"Las relaciones complejas entre la justicia punitiva, y los sistemas asistenciales constituyen como hemos dicho, un proceso circular cuyos resultados, además de la producción de cronicidad, pueden ser el abandono y su correlato, la peligrosidad social (...) cuando el abandono se representa como un problema ingestionable asume la forma de disturbio o de peligrosidad"* (Pitch, 2003: 186).

En síntesis, los argumentos en este período se centraron en la falta de articulación para la transición, la falta de reglamentación, creación de órganos administrativos competentes y de recursos financieros derivados del ejecutivo así como la falta de aprobación del presupuesto para dicha implementación, cuestiones de conocimiento de los propios legisladores, según consta en algunas de las intervenciones del diario de sesiones.

El impulso de esta nueva ley tampoco contaba con un grado sustentable de consenso entre los poderes del estado, que se tradujo en la medida de suspensión y el largo e intrincado período posterior de reuniones, pujas, acuerdos y desacuerdos, en una disputa que si bien ya llevaba varios años; necesitaría algunos más para concluir.

En síntesis, fallos relevantes como Verbistky y Maldonado, el incendio en la comisaría de Quilmes <sup>73</sup>, las observaciones internacionales sobre la situación de los menores de edad en la PBA y la sanción de la ley 26.061 confluyen en un marco de presión para los funcionarios judiciales y ejecutivos en pos de la descompresión del altercado, que luego de varios años resultaba desgastante para los actores, a medida que se agotaban las tácticas de disputa.

Aunque resulte atendible y razonable la preocupación planteada por la estratégica falta de previsión técnica, legal e institucional para la transición, que de modo paradigmático atravesó a todo el proceso de reforma y puja por las nuevas leyes de infancia, generando las condiciones de posibilidad para que el poder ejecutivo no realice las asignaciones presupuestarias pero mantenga un discurso

<sup>73</sup> En el mes de octubre del año 2004 los calabozos N° 1 y 2 de la Seccional Primera de Quilmes, destinados a alojar menores de edad, se incendiaron. Como consecuencia de dicho incendio nueve jóvenes fueron internados en los servicios de terapia intensiva de distintos establecimientos (Hospital I. Iriarte de Quilmes, Clínica del Niño de Quilmes, Htal. de Gonnet de La Plata); cuatro jóvenes fallecieron y los cinco restantes fueron dados de alta habiendo padecido lesiones de diferente consideración. En ese momento se dicta la Resolución 1623/04 del Ministerio de Seguridad, entonces a cargo del Dr. León Arslanián, que prohíbe el alojamiento de personas menores de edad en comisarías, ratificando la Acordada 2768/97 de la Suprema Corte de Justicia de la PBA. Asimismo, el Ministerio de Desarrollo Humano, entonces a cargo del Dr. Juan Pablo Cafiero, saca la disposición 1212/04 que acota las demandas de internación ya que establece en uno de sus Anexos, los “Lineamientos para la tramitación y la gestión de ingresos de adolescentes con causas judiciales penales en el sistema internativo”. También este tipo de alojamiento es prohibido para menores a partir del Fallo Verbitsky de 2005.

“pro derechos del niño” y que en simultaneo la corporación judicial logre sucesivas “restauraciones conservadoras” bajo suspensiones judiciales; aún así resulta notable en este punto de saturación de la disputa argumental que los asesores de menores, aquellos que luego de la suspensión de la ley 12.607 se arrogaron la “natural” representación de los intereses de los menores de edad, algunos años después aún resistieron la implementación normativa, solo que virando el argumento a la estratégica disfuncionalidad de la transición normativa. Ello, una vez más, exhibe lo complejo y poco lineal del proceso en cuanto a las coyunturas, intereses, confrontaciones ideológicas e institucionales, así como las deficiencias estructurales que se amalgamaron el devenir de los años que duró el proceso analizado.

En forma complementaria, algunos de los actores evaluaron este desenlace como una última negociación política en virtud del agotamiento de la disputa y la creciente presión contextual<sup>74</sup>.

En este sentido, al cambio de coyuntura dado por la ley nacional, los fallos emblemáticos y el crecientemente cuestionado sistema de menores (incendio de la comisaría de Quilmes, hacinamiento y denuncias de violencia institucional crecientes)<sup>75</sup> se adiciona la ampliación y consolidación del frente de organizaciones y movimientos sociales que, a diferencia del período correspondiente a la ley 12.607, se posicionaban como un actor político de mayor peso en la confrontación discursiva acerca de las nuevas normativas.

De tal modo, luego de casi siete años la nueva normativa provincial en materia de infancia comienza a regir en términos

<sup>74</sup> Para el año 2007 el Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria presenta un extenso y detallado informe a un representante del Comité Interamericano por los Derechos del Niño que tendrá un fuerte impacto massmediático en el ámbito internacional de los derechos humanos. En dicha oportunidad algunos representantes del Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia presentará un informe similar donde se destacan las crecientes violaciones a los derechos humanos en comisarías y otros lugares de encierro para jóvenes y el carácter declarativo de la sanción normativa local. Para más detalle ver: *“Informe para la AUDIENCIA DEL 127º PERÍODO DE SESIONES DE LA CIDH “Situación de los niños, niñas y adolescentes privados de libertad en Argentina”*, Martes 06 de marzo de 2007.

<sup>75</sup> Según estadísticas del órgano judicial de la provincia, desde el segundo semestre de 2004 al primero de 2006 hubo 1.483 denuncias por *“malos tratos físicos y psíquicos, y apremios en perjuicio de menores tutelados en institutos y seccionales policiales de la provincia de Buenos Aires”*.

formales, aunque su implementación institucional sería gradual y abarcaría hasta fines del año 2008 en el ámbito penal. Analizado en perspectiva, y despojada de las lecturas binarias o dicotómicas que al observador inicial se le imponen, es dable sostener que el proceso analizado ha sido sinuoso y complejo, en tanto la reforma legal bonaerense en materia de infancia ha resultado un fenómeno inédito, y claramente impensable en reformas legales de otras materias. Ello denota un claro trasfondo meta-jurídico que señala la vigorosa disputa por el “gobierno” de la infancia (de *cierto* sector de la infancia) que ha dejado en evidencia las luchas políticas entre corporaciones y actores, donde no se podría distinguir sectores “correctos” e “incorrectos” sin que ello represente una lectura ingenua. En cambio, la mirada debe posarse en el plano político más llano, donde los tan enunciados derechos del niño, y los niños en definitiva, no ocupan un lugar central. En cambio, las formas fetichizadas del derecho de los niños se han erigido como claves comunicacionales en procesos de reorientación de las propias funciones, alcances y posibilidades de gestión de lo social por parte de las agencias estatales, en consonancia con un contexto socio-económico e histórico distante de aquel que vio nacer al modelo del patronato. No obstante, este contexto más amplio resulta una clave de lectura para los efectos y rellenos estratégicos que la reforma condensará, justamente más allá de sus fines declarados o previstos por los actores “ofensivos”. En cuanto a los recursos tácticos, este proceso ha exhibido el uso de lo jurídico en su cabal dimensión política e ideológica, funcionando en cada período bajo múltiples orientaciones, no siempre lineales ni univocas, pero no por eso incoherentes. La preocupación que signó la reconstrucción sociológica de este proceso en tanto objeto de estudio se orientó a profundizar, a través de fuentes documentales y el propio relato de los actores, la inteligibilidad de las complejas tramas y relaciones que lo han hecho posible. Así, el gobierno sobre determinadas poblaciones, en este caso “ciertos” niños, configura un ejercicio de poder y control social al que ha sido dificultoso renunciar por parte del poder judicial aunque también, ganada la batalla legal por parte de los movimientos por los derechos del niño y algunas gestiones del poder ejecutivo, es posible afirmar que ello no ha generado el avance sustancial en el mejoramiento de las condiciones de vida digna y acceso a los derechos humanos para dicho grupo, sino -como se sostuvo al inicio- a la rigidización y expansión del

sistema penal juvenil y la disolución de la atención social y asistencial a la infancia en el ámbito del poder ejecutivo; caracterizado por la falta de información, la escasa capacidad de exigibilidad de cumplimiento y la volatilidad de dispositivos con insuficiente grado de profesionalización. Así, la reforma en materia de infancia robustecerá el sistema penal y debilitará el sistema socio-asistencial. Sin dudas, y como sostiene Caldeira: *"aunque los derechos humanos sean en teoría un valor universal, en verdad son cultural y políticamente interpretados (...) depende de cómo se articula políticamente el concepto en contextos específicos"* (2007: 415). Al desafío de nuevas articulaciones políticas y culturales se enfrentan las leyes de infancia en la provincia, operaciones que difícilmente puedan concretarse sin la asignación de recursos financieros, humanos y técnicos, además de la merma en las brechas de desigualdad social. Sino, quizás las formas fetichizadas nos seguirán encandilando con artificios de un mundo de derechos sin sujetos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALTHUSSER, L. (1974) *El mito de la separación de los poderes*, en "Montesquieu: la política y la historia", Ed. Ariel, Barcelona.
- AGAMBEN, G. (2002) *Homo Sacer II. Primera parte. Estado de excepción*, Ed. Nacional, Madrid.
- Ariés, P. (1981) *La vida familiar en el Antiguo Régimen*, Ed. Taurus, España
- BARATTA, A. (2002) *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Ed. S.XXI, Bs. As.
- BARATTA, A. (2004) *Infancia y democracia*, en García Méndez, E. y BELOFF, M. (comps.) "Infancia Ley y Democracia en América Latina", Ed. Temis, Bogotá.
- BAUDRILLARD, J. (2000) *Pantalla total*, Ed. Anagrama, Barcelona.
- BAUMAN, Z. (2005) *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, Ed. Paidós, Bs. As.
- BELOFF, M. (1998) *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*, en García Méndez, E. y Beloff, M. (comp.) "Infancia. Ley y democracia en América Latina", Ed. Temis, Bogotá-Bs. As.
- BELOFF, M. (2003) *Un fallo tardío pero dichoso (Comentario a la sentencia 1.2278 "Procurador General de la Corte Suprema de Justicia v. Provincia de Buenos Aires*, en Revista "Derecho de Familia", Ed. LexisNexis-Abeledo-Perrot, Bs. As.
- BELOFF, M. (2007) *Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina*, en Bovino, A.; Courtis, C. y ABRAMOVICH, V. (comps.), "La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito interno. Balance y perspectivas: 1994-2005", Ed. del Puerto, Bs. As.
- BELOFF, M. (2008) *Reforma legal y derechos económicos y sociales de los niños: las paradojas de la ciudadanía*, presentación en el IV Séminaire "Perspectives régionales: intégration économique et une protection sans discrimination des droits sociaux et économiques dans les Amériques", organizado por el Centre d' Études sur le Droit International et la Mondialisation, Montreal, Université de Quebec, 25/11/2005
- BERGALLI, R. (1997) *La caída de los mitos (Algunos datos para ilustrar la relación entre post-Modernidad y secuestros institucionales). Apuntes para la discusión*, en "Secuestros Institucionales y Derechos Humanos", Ed. Ma. Jesús Bosch, Barcelona

- BERGALLI, ROBERTO (2005) *Relaciones entre control social y globalización: Fordismo y disciplina. Post-fordismo y control punitivo*, en "Revista Sociologías", Año 7, N°13, Porto Alegre
- BOURDIEU, P. Y WACQUANT, L. (1995) *Respuestas: por una antropología reflexiva*, Ed. Grijalbo, México.
- BOURDIEU, P. (1996) *Espíritus de Estado. Génesis y estructura del campo burocrático*, en "Sociedad", Revista de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires
- BUSTELO, E. (2007) *El recreo de la infancia: argumentos para otro comienzo*, Ed. S.XXI, Bs. As.
- CALDEIRA, T. (2007) *Ciudad de Muros*, Ed. Gedisa, Bs. As.
- CASTEL, R. (1997) *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Ed. Paidós, Bs. As.
- CASTEL, R. (2004) *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, Ed. Manantial, Bs. As.
- CHAVANNEAU, S. (2008) *Comentario a la ley 12.607 de protección integral de los derechos del niño y del joven de la provincia de Buenos Aires*, en BELOFF, M. (comp.) "La protección a la infancia como derecho público provincial", Ed. Ad Hoc, Bs. As.
- CILLERO BRUÑOL, M. (2000), *Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva*, en "Revista Justicia y derechos del niño" N°3, UNICEF, Fondo de las NU para la Infancia, Bs. As.
- CLIFFORD J. (1991) *Retóricas de la antropología*, Jucar Universidad, Barcelona
- CORREAS, O. (1997) *El discurso de los derechos humanos*, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", UNAM, N°89, México
- DAROQUI, A. Y GUEMUREMAN, S. (1999) *Los menores de hoy, de ayer y de siempre. Un recorrido histórico desde una perspectiva crítica*, en "Revista Delito y Sociedad", N°13, Bs. As.
- DAROQUI, A. Y GUEMUREMAN, S. (2001a) *La niñez ajusticiada*, Ed. del Puerto, Bs. As.
- DAROQUI, A. Y GUEMUREMAN, S. (2001b) *La privación de la libertad en adolescentes y jóvenes: el purgatorio del encierro a la espera de la nada*, en "Revista Mayo", Dirección Nacional de Juventud, vol.2, N°1, Bs. As.
- DAROQUI, A. (2003) *Las seguridades perdidas*, en "Revista Argumentos", Facultad de Ciencias Sociales, UBA. N°2, Mayo.

- DOMENECH, E. (2008) *Infancias y Buenos Aires*, en Beloff, M. (comp.) "La protección a la infancia como derecho público provincial", Ed. Ad Hoc, Bs. As.
- DE CERTEAU, M. (1996) *La invención de lo cotidiano*, Universidad Iberoamericana, México.
- DE GIORGI, A. (2006) *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Ed. Traficantes de sueños, Madrid.
- DE MARINIS, P. (2004) *In/seguridad/es sin sociedad/es: cinco dimensiones de la condición postsocial*, en Muñagorri I. y Pegoraro J. (coords.) "La relación seguridad-inseguridad en centros urbanos de Europa y América Latina. Estrategias, políticas, actores, perspectivas y resultados", publicación del Instituto Internacional de Sociología de Oñati.
- DE MAUSE, L. (1973) *Historia de la infancia*, Ed. Alianza, Madrid
- DONZELOT, J. (1979) *La policía de las familias*, Ed. Pre-textos, Madrid
- DOUGLAS, M. (1996) *Cómo piensan las instituciones*, Ed. Alianza, España.
- FEELEY, M. Y SIMON, J. (1995) *La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones*, en "Delito y Sociedad", N°6-7, Ed. La Colmena, Bs. As.
- FONSECA, C. Y CARDARELLO A. (1999) *Derechos de los más y menos humanos*, em "Horizontes Antropológicos", Año 5, N°10, Mayo.
- FOUCAULT, M. (1989) *Vigilar y Castigar*, Ed. S.XXI, Bs. As.
- FOUCAULT, M. (1991a) *La gubernamentalidad*, en "Espacios de poder", Ed. La Piqueta, Bs. As.
- FOUCAULT, M. (1991b) *Saber y Verdad*, Ed. La Piqueta, Bs. As.
- FOUCAULT, M. (1996) *La vida de los hombres infames*, Ed. Altamira, Bs. As.
- FOUCAULT, M. (2003) *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (1991) *Prehistoria e historia del control sociopenal de la infancia: política jurídica y derechos humanos en América Latina*, en García Méndez E. y Bianchi C. (comps.), "Ser niño en América Latina. De las necesidades a los derechos". Ed. UNICRI-Galerna, Bs. As.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (1998), *Infancia, ley y democracia. Una cuestión de justicia*, en García Méndez, E. y Beloff, M. (comp.), "Infancia. Ley y democracia en América Latina", Ed. Temis, Bogotá-Bs. As.

- GARLAND, D. (2005) *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Ed. Gedisa, Barcelona
- GEERTZ, C. (1991) *La interpretación de las culturas*, Ed. Gedisa, México
- GORDILLO, G. (2006) *Fetichismos de la ciudadanía*, en "En el Gran Chaco. Antropologías e historias", Ed. Prometeo, Bs. As.
- GUEMUREMAN S. Y AZACARTE J. (2005a) *Informe sobre la cuestión legislativa en la Provincia de Buenos Aires*, en:  
<http://www.observatoriojovenes.com.ar> - Consultado el 06/09/08.
- HABERMAS, J. (1987) *La Acción Comunicativa*, Tomo I, Editorial Taurus, Madrid.
- KANT DE LIMA, R. (2005) *Policía, justicia y sociedad en el Brasil: un abordaje comparativo de los modelos de administración de conflictos en el espacio público*, en Tiscornia, S. y Pita, M. (ed.) "Derechos Humanos, tribunales y policía en Argentina y Brasil. Estudios de antropología jurídica". Facultad Filosofía y Letras (ICA) UBA / Antropofagia, Bs. As.
- LARRANDART, L. (1991) *Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia*, en García Méndez, E. (comp.) "Ser niño en América Latina: de las necesidades a los derechos", UNICEF, Bs. As.
- LESCANO, M. et al (2008) *¿La ley salvadora del niño? Discursos y prácticas que moldean la nueva normativa en materia de infancia en la provincia de Buenos Aires*, Ponencia presentada en las Jornadas de Sociología, UNLP
- MAGISTRIS, G.; ORTIZ LUNA, F. Y REINOSO, V. (2009) *Derechos Humanos de los más jóvenes. Entre discursos y prácticas*, en "Revista Margen", N°54, Junio.
- MEDICI, A. (2009) *Aportes de Foucault a la crítica jurídica. Derecho, normalización, interpretación*, en "Revista Derecho y Ciencias Sociales", FCJyS, UNLP, Abril.
- PAVARINI, M. (1983) *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Ed. S. XXI, México
- PEGORARO, JUAN (2000) *Violencia delictiva, inseguridad urbana: la construcción social de la inseguridad ciudadana*, en "Revista Nueva Sociedad", v. 167, N°1.
- PIAGET (1984) *El Criterio Moral en el niño*, Ed. Martínez Roca, España
- PITCH, T. (2003) *Responsabilidades limitadas. Actores, Conflictos y Justicia Penal*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As.
- PLATT, A. (2001) *Los "salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*, Ed. S.XXI, México
- PRATT, J. (2006) *Castigo y Civilización: una lectura crítica sobre las prisiones*

y los regímenes carcelarios, Gedisa, Barcelona.

PONCE, G. (S/F) *Los hijos invisibles del Estado: consecuencias en la vida adulta de la tutela estatal*, mimeo

RESTA, E. (2008) *La infancia berida*, Ed, Ah Hoc, Bs. As.

SPIVAK, G. (1985) *¿Puede el subalterno hablar?* en “Revista Orbis Tertius”, Año 6, N° 6

SUPIOT, A. (2007) *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Ed. S.XXI, Bs. As.

TAUSSIG (1996) *Maleficium. El Estado como fetiche*, en “Un gigante en convulsiones. EL mundo humano como sistema nervioso en emergencia permanente”, Ed. Gedisa, Barcelona

TILLY, CH. (2000) *La desigualdad persistente*, Ed. Manantial, Bs. As.

TISCORNIA, S. (2007) *Sobre el honor, el “estado jurídico” y el derecho a ser “Señora”*. *El caso de las Damas de la calle Florida (1948-1957)*, en BESSE,

J. Y KAWABATA, A. (comp.) “Grafías del ‘55. Otros repartos entre recuerdo y olvido”, Ed. de la UNLa, Serie Políticas de Memoria, Bs. As.

URIARTE, C. (2000) *Delincuencia Juvenil y Derechos Humanos*, en “Justicia y Derechos del Niño”, UNICEF, Santiago de Chile, N°2, Noviembre

VILLAVERDE, M. (2008) *Nuevo derecho de la infancia y la adolescencia en la Provincia de Buenos Aires. Parte I, Claves de interpretación de la reforma*, en <http://www.villaverde.com.ar> - Consultado: 24/7/08

VILLEGAS, P. (2005) *Más allá de las movidas legislativas... la corporación judicial y sus prácticas. El mejor reaseguro de que nada cambie*, en GUEMUREMAN (comp.) “Érase una vez... un tribunal de menores. Observatorio de demandas y respuestas en los tribunales de menores de la provincia de Buenos Aires”, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UBA, Bs. As.

VITALE, G. et al (2006) *Análisis histórico, legislativo y judicial en el tratamiento de la infancia*, en “Revista RAP. Actualidad Jurídica Provincial y Municipal Bonaerense”, N°23, Mayo

WACQUANT, L. (2000) *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Bs. As.

YOUNG, J. (2003) *La sociedad excluyente: exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, Ed. Marcial Pons, España.

ZAPIOLA, M. (2008) *La Ley de Patronato de 1919: una reestructuración parcial de los vínculos entre Estado y “minoridad”*, ponencia presentada en “Jornadas de Historia de la infancia en

Argentina, 1880-1960. Enfoques, problemas y perspectivas. UNGS, Los Polvorines, 18 de noviembre.

## **OTRAS FUENTES**

Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia (2007) Informe para la AUDIENCIA DEL 127° PERÍODO DE SESIONES DE LA CIDH "Situación de los niños, niñas y adolescentes privados de libertad en Argentina", Martes 06 de marzo de 2007

CELS -Centro de Estudios Legales y Sociales- (2003) *Situación de niños, niñas y adolescentes privados de libertad en la Provincia de Buenos Aires*, UBA-CELS-UNICEF, Bs. As.

Comité contra la Tortura, Comisión Provincial por la Memoria (2008) *El sistema de la crueldad III. Informe Anual*, La Plata

IDN (2004) *Subproyecto: Análisis de factibilidad económica de la implementación de la ley 12.607, Informe Final*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP-UNICEF

Kokoroff, M. (2006) Revista Ñ, 21/01/06

**“UNA CIENCIA PENAL DIFERENTE Y UNA  
RESPUESTA ESTATAL DIFERENTE  
FRENTE AL DELITO COMETIDO POR  
ADOLESCENTES”<sup>1</sup>**

**María Fernanda Saumell**

<sup>1</sup> Este trabajo fue presentado por la autora en el año 2009 en el Master “Sistema Penal y Problemas Sociales Comparados” que se dictó en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

## I. Introducción.

Este trabajo se propone analizar la problemática de los niños y jóvenes en conflicto con la ley penal, más concretamente el enfrentamiento de estos seres en estado de maduración, en su gran mayoría provenientes de bajos estratos sociales con notables y persistentes sufrimientos de violación de derechos sociales, al Sistema Penal<sup>1</sup> en su versión tanto estática como dinámica.-

En estudios anteriores he intentado hacer una descripción histórica del nacimiento de la justicia juvenil y su indisoluble vínculo con aquel modelo que metafóricamente denomina García Méndez como el “cadáver insepulto” de la “situación irregular o de protección”. Modelo que aun hoy sigue vigente sobre un fraude de etiquetas que legitima altos grados de violencia institucional.-

En el presente, centraremos el estudio del enfrentamiento del joven menor de dieciocho años al Sistema Penal en su visión estática y abstracta, es decir aquello que Bergalli (2003) conceptualiza como “...*la cual únicamente se advierten que los rasgos de generalidad, universalidad y abstracción que caracterizan al derecho (a las reglas jurídicas) moderno son los que distinguen a un concepto de sistema penal enajenado de otros momentos no estáticos*”. Aclara el reconocido el autor que “*la visión estática de sistema penal es aquella relacionada con la comprensión del mismo como un conjunto de normas penales, procesales, policiales, jurisdiccionales y ejecutivo-penales que son las que*

<sup>1</sup> BERGALLI, Roberto. “Sistema Penal y Problemas Sociales”, Ed. Tirant lo blanch alternativa, Valencia, Año 2003, Roberto Bergalli,, (coordinador y colaborador), pp 42/45

*permitirán describir el ámbito de actuación de las instancias de aplicación (las que luego se analizarán) del sistema penal*"<sup>2</sup>.-

Sin perder de vista el contexto actual, tanto local y nacional, respecto del trato legislativo que reciben los niños y jóvenes que infraccionan una norma penal, intentare fundamentar, desde disciplinas extrañas al campo jurídico, que es primordial diseñar y dispensar un trato desde la ciencia penal diferente al preestablecido para el adulto. El examen desde el derecho penal debe ser también distinto cuando la conducta que se somete a los estratos analíticos de la teoría del delito proviene de una persona en estado de maduración que aún no alcanzado la mayoría de edad, es decir que no tiene plena capacidad intelectual y comprensión de la sociedad y de las normas de convivencia en ellas imperantes.-

Los aportes conceptuales de la psicología evolutiva serán primordiales, como también la sociología y los estudios de carácter etnográficos que se hayan hecho en el marco de esa disciplina en esa franja etérea que frecuenta la justicia penal, toda vez que no descarto que al condicionamiento evolutivo inherente a un niño o adolescente debe anexarse el condicionamiento cultural que imposibilita una plena normalidad motivacional<sup>3</sup> o la comprensión de la criminalidad y la decisión de actuar conforme a ese entendimiento.-

Se afirma que un niño y adolescente tiene una capacidad psíquica en estado de evolución, y por ello cuantitativamente y cualitativamente distinta del adulto. Este dato de la realidad es insoslayable y para que no sea infringido el principio de igualdad ante la ley (CN, 16), la respuesta del Estado no solo debe ser cuantitativamente sino también cualitativamente diferente. Frente a ello procede hacerse la pregunta de si la respuesta penal es la más justa, adecuada, proporcional ante quien advierte sustanciales diferencias con quien alcanzó la mayoría de edad y tiene una capacidad plena de cognición, física, emocional y social para comprender el sistema social, legal y moral que sustenta el ordenamiento punitivo.-

En el estrato analítico de la culpabilidad Zaffaroni (2000) enseña que bien comprendido el principio de igualdad no es

<sup>2</sup> BERGALLI, ob., cit., pp 42 y 43

<sup>3</sup> MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal parte general", 5ta edición., Barcelona, 1998, p 556

constitucionalmente válido irrogar una respuesta talional fundada en el injusto nada más, pues debido a la diferencia entre los seres humanos y a la mutabilidad que es su esencia, el derecho penal siempre necesitó de un puente entre el injusto y la pena<sup>4</sup>.

Ese puente que menciona el autor no puede ser similar para todos. Si no es admisible que los sea para aquellos que están incluidos en una misma categoría de madurez cognoscitiva, emocional y física, con más razón no puede serlo respecto de aquellos que advierten biológica y psíquicamente un estado cuantitativamente y cualitativamente distinto.-

Todo indica que el estudio de la conducta se personaliza en el estadio de la culpabilidad en su función de enlace a una pena o respuesta punitiva justa y adecuada a la persona individual. En los estratos de la teoría del delito que anteceden los condicionantes individuales del sujeto tienen escasa importancia en la estructuración de la acción disvalioso pese a que ciertos indicadores subjetivos conforman la tipicidad (dolo y culpa) y sin consenso doctrinario también en la evaluación de la antijuricidad.-

En el caso de niños y adolescentes que no alcanzaron la capacidad plena de discernimiento, tanto cognitivo como social, y son sometidos a una justicia especializada, corresponde flexibilizar la injerencia de valoraciones sobre condicionantes biológicos y psicológicos producto de la reducida edad pero también los culturales que no pueden quedar reclusos en estos casos al estudio final de individualización del pena.

Un injusto culpable tiene que ser reflejo de la situación del niño o joven que debe trasladarse a la respuesta penal que acciona el Estado, ya sea en clave de responsabilidad penal, educativa, o, en un punto extremo, en el ámbito civil en razón que la pena no podrá alcanzar su objetivo legitimante de reinserción según la ley o aquel que sea más apropiado para reconocer o reestablecer los derechos elementales del niño.-

La respuesta a la pregunta sobre qué tipo de reacción es preferente en el supuesto de niños menores de 18 años, en términos concretos y proyectivos, no será posible responder en el marco de este

<sup>4</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio. "Derecho penal parte General", Edit. Ediar, Buenos Aires, Argentina, p. 350

trabajo, sin embargo, el mismo será un prelude para demostrar que asertivamente el Estado por medio de sus agencias tiene que reaccionar de otro modo y no puede perder de vista en ningún momento la condición individual de la persona de donde emana la conducta en juzgamiento.

## **II. La contribución de la psicología evolutiva para establecer la capacidad de culpabilidad del menor de 18 años.**

Las incompleta evolución madurativa del niño o el adolescente tiene que ser valorada en todos los estratos de la teoría del delito donde haya que meritarse la capacidad psíquica, ya sea en la acción, en la tipicidad y en la antijuricidad, empero, en la verificación de la culpabilidad la condición especial de persona en estado incompleto de maduración físico, intelectual, emotivo y social consigue mayor relevancia e incidencia en la consecuente respuesta penal.

Por ese motivo realizaré un central desarrollo expositivo sobre la capacidad de culpabilidad de los niños y jóvenes que carecen de un evolución plena de la facultad cognitiva y volitiva.

Es importante partir de la premisa que la capacidad de culpabilidad del niño y joven no es similar, ni cuantitativa ni cualitativamente, al adulto. Este antecedente sobrelleva a que la reacción ante la infracción indefectiblemente no pueda ser de igual entidad. De ser equivalente la destinada al niño o joven se vuelve inconstitucional por violentar el principio de igualdad, culpabilidad, razonabilidad de la actividad estatal y justicia.

En este sentido, la capacidad psíquica de culpabilidad como parte integrante de la capacidad psíquica del delito (Zaffaroni, 2000) para gran parte de la doctrina requiere la capacidad de la persona para comprender la ilicitud (antijuricidad) del hecho y actuar acorde a dicha comprensión. Sustancialmente consiste en la facultad subjetiva del sujeto para que se le pueda atribuir su comportamiento antijurídico.

Junto a dicha conceptualización en la modernidad dogmático jurídico penal hallamos un sector de la doctrina que entiende a la imputabilidad como la capacidad del sujeto para ser motivado o

normalmente motivado por los mandatos normativos (Muñoz Conde, Francisco, Mir Puig Santiago, Gimbernat Ordeig, en otros)<sup>5</sup>.-

Son dos modos dogmáticos de establecer la imputabilidad del hecho al sujeto. Ambos varían en las exigencias para que una conducta pueda ser objeto de reproche, sin embargo, como se verá más adelante, coinciden en la libertad de elección de obrar o no conforme al imperativo (autodeterminación).-

La psicología evolutiva es una disciplina que estudia los cambios que atraviesan las personas con el avance de la edad. La edad es un hito muy importante que señala o hace presuponer ciertos cambios. Se elabora desde esta disciplina la evolución del desarrollo intelectual, volitivo, emocional, físico y de comprensión social y legal que va superando la persona en sus primeros años de edad vida. Ello no implica que pueda establecerse estáticamente los cambios pues los mismos varían sustancialmente según la herencia y el ambiente; la interacción social que esa persona tuvo durante sus primeros periodos levanta un capital cultural significativo. Por esta última circunstancia es que los condicionantes socio culturales y económicos son reveladores para establecer en calidad y cantidad el estado de progreso intelectual de los niños y jóvenes.-

Piaget al explicar el desarrollo mental del niño dice que: "así como el cuerpo evoluciona hasta alcanzar un nivel relativamente estable, caracterizado por el final de la madurez de los órganos, así también la vida mental puede concebirse como la evolución hacia una forma de equilibrio final representada por el espíritu adulto. El desarrollo es, por lo tanto, en cierto modo una progresiva equilibración, un perpetuo pasar de un estado de menor equilibrio a un estado de equilibrio superior. Desde el punto de vista de la inteligencia es fácil, por ejemplo, oponer la inestabilidad o incoherencia relativas de la ideas infantiles a la sistematización de la razón adulta. También en el terreno de la vida afectiva, se ha observado muchas veces cómo el equilibrio de los sentimientos aumenta con la edad. Las relaciones sociales, finalmente, obedecen a esta misma ley de estabilización gradual

<sup>5</sup> CRUZ, Andrés Martín. "Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal en razón de la edad" Estudios de derecho penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona. Edit. Comares, Granada 2004, pp 17/18.

Haciendo el mencionado especialista un descripción de la evolución del niño desde el equilibrio cierra su introducción sobre el tema recalcando que el “desarrollo mental es una construcción continúa, comparable al levantamiento de un gran edificio que, a cada elemento que se le añade, se hace más sólido, o mejor aún, al montaje de un mecanismo delicado cuyas sucesivas fases de ajustamiento contribuyen a una flexibilidad movilidad de las piezas tanto mayores cuanto más estable va siendo el equilibrio”<sup>6</sup>

El desarrollo humano es un proceso multidisciplinario y por ello complejo. Se encuentra dividido en cuatro dimensiones básicas que se desenvuelven en cada estadio de la edad y son interdependientes entre ellas. Podemos decir, siguiendo a Cruz (2008), que la psicología moderna coincide en indicar a esta en *desarrollo físico, cognitivo, emocional y social*. No son dimensiones aisladas sino que dependen unas de otras. El desarrollo cognitivo tiene estrecha relación con el físico y emocional, como también el social. En relación inversa el desarrollo social está pendiente de la madurez biológica, la comprensión cognitiva y las reacciones emocionales<sup>7</sup>.

Cabezas Salmerón (2007) reproduciendo a Cruz apunta que ese desarrollo depende de la carga hereditaria (factores biológicos y genéticos) y el ambiente (el entorno, las condiciones sociales que influyen durante el desarrollo). Otra particularidad es que el cambio durante la evolución de la edad es continuo y discontinuo. Las modificaciones que se sufren son de carácter cuantitativo y también cualitativo<sup>8</sup>

El aspecto cognitivo depende su desarrollo de las incitaciones intelectuales recibidas de los adultos o de las posibilidades espontáneas del niño<sup>9</sup>. Esto sería el aprendizaje y la acumulación de un capital

<sup>6</sup> PIAGET, Jean. “Seis estudios de psicología”. Ed. Ariel. Sexta edición, 1988, pp 11 y 12

<sup>7</sup> CRUZ, Andres Martín. “El menor y el adulto ante la moderna psicología evolutiva y ante la LO 8/2006 de modificación de la LORRPM” trabajo publicado en “Nuevo Derecho penal juvenil: un perspectiva interdisciplinar”, Agustín Jorge Barreiro y Bernardo Feijoo Sánchez (eds.), Ed Atelier, Barcelona 2008

<sup>8</sup> CABEZAS SALMERON, Jordi. “Algunos conceptos especialmente relevantes en la normativa de menores”, trabajo agregado al cuadernillo del master para el bloque III sobre Sistema de Justicia Juvenil.

<sup>9</sup> Autor cit., p., 139

simbólico que en la práctica determinará el accionar del individuo entre varias opciones.-

Desde la psicología evolutiva se establece que la etapa de niñez o infantil se inicia desde la concepción hasta los doce o trece años, la adolescencia desde esta última edad hasta los dieciocho o veinte años, y el desarrollo adulto es desde los veinte años en adelante<sup>10</sup>. La edad es un indicativo que hace presuponer determinados cambios pero todo dependerá del desarrollo de cada una de las dimensiones (cognitiva, física, emocional y social) y su interrelación.-

El inicio de la **adolescencia**, fijado entre los doce o trece años, se produce con los cambios propios de la pubertad, lo que dura hasta la edad adulta que se alcanza alrededor de los dieciocho o veinte años. Socialmente en la edad **adulta** la persona asume determinadas obligaciones y responsabilidades que durante la adolescencia (12/13 a 18/20) por carencia de equilibrio mental (Piaget, 1988) no es posible asumir y desarrollar de manera óptima. A diferencia de la adolescencia que generalmente se distingue por un hito de naturaleza biológica que es la pubertad como inicio de la maduración sexual, la edad adulta se alcanza cuando la persona tiene pleno desarrollo físico, cognitivo, social y legal, lo que se exterioriza con roles propios de los adultos, tales como trabajar, formar una familia, independizarse, contraer matrimonio, etc.-

Esta descripción sufre alteraciones en ciertos grupos sociales marginales donde la evolución de los niños y adolescentes no respeta las capacidades de éste para asumir determinados roles. Es normal observar que aun durante el ciclo vital de la adolescencia, antes de los 18 años, los jóvenes ocupen roles propios de los adultos con responsabilidades como si fueran tales. Este defasaje es también el motivo de que veamos conductas infractoras, que al margen de ser un problema de maduración, de falta de contención de impulsos, y débil comprensión social y legal, es por el condicionamiento cultural de donde provienen que impone al delito como un proceder propio de los adultos y un cauce de provisión para hacer frente a las obligaciones que se asumen de manera temprana.-

<sup>10</sup> Autor cit., p., 137

A efectos de determinar la capacidad de culpabilidad de un niño o adolescente es imprescindible detenernos en el **desarrollo cognitivo**.

El mismo consiste en progreso del pensamiento, memoria, razonamiento, forma de resolver problemas, de proyectar a futuro las consecuencias de ciertos actos del presente, etc. Si bien su consideración es ineludible para establecer el grado y calidad de facultad de culpabilidad del no adulto, no puede soslayarse junto a él los procesos de socialización, los que de la mano de la interacción social, habilita una mínima comprensión social, legal, moral y política. Esta comprensión integral del ámbito social es lo que congrega interés para descifrar la capacidad de culpabilidad, es decir, la facultad de comprender la ilicitud del hecho y de acomodar el accionar a ese entendimiento o, siguiendo a la otra concepción moderna de capacidad de culpabilidad, la posibilidad de motivarse normalmente con la norma.

Entonces, podemos definir la adolescencia, siguiendo el consenso que existe en la psicología del desarrollo, como el período de transición entre la infancia y la edad adulta. Es una etapa que cronológicamente puede fijarse aproximadamente entre los doce o trece años hasta el período que va desde los dieciocho o veinte años cuando ya se arriba a la adultez.-

Piaget (1988) cuanto trata el pensamiento y las operaciones de los adolescentes dice que el cambio decisivo es hacia los doce años, y a partir de ahí, empieza poco a poco el auge en el dirección libre y desligada de lo real. Entre los once o doce años acontece una transformación fundamental en el pensamiento del niño que marca su final respecto a las operaciones construidas durante la infancia: el paso de un pensamiento concreto a un pensamiento formal o hipotético – deductivo.-

Durante la infancia las operaciones de la inteligencia son exclusivamente concretas, es decir que no se refieren más que a la realidad en sí misma y, en especial, a los objetos tangibles que pueden ser manipulados y sometidos a experiencias afectivas. No posible exigirles que razonen simples hipótesis, sobre un enunciado puramente verbal de los problemas, inmediatamente pierden pie y vuelven a caer en la intuición prelógica de los pequeños.

Luego de los once o doce años el pensamiento formal se hace posible. Las operaciones lógicas trasvasan el plano de la manipulación

concreta al plano de las meras ideas, expresadas en un lenguaje cualquiera, pero sin el apoyo de la percepción, ni la experiencia, ni siquiera la creencia.

El pensamiento formal es "hipotético-deductivo". Permite deducir las conclusiones de puras hipótesis, y no sólo de una observación real como se requería durante la infancia. Es un trabajo mental mucho más grande que el pensamiento concreto.

Es fundamental precisar que la facultad de reflexión abstracta que comienza a poseer el adolescente es un pensamiento en segundo grado. El pensamiento concreto es la representación de una acción posible, y el pensamiento formal la representación de acciones posibles.

Concluye Piaget haciendo la salvedad de que pese a esta innovación en el pensamiento del adolescente se mantiene un egocentrismo intelectual que encontrará más tarde el equilibrio. Un egocentrismo asimilable al del lactante que asimila el universo a su actividad corporal y al egocentrismo de la primera infancia, que asimila las cosas al pensamiento incipiente (juego simbólico, etc.). Este egocentrismo adolescente se manifiesta en la creencia en la reflexión superpoderosa, como si el mundo tuviera que someterse a los sistemas y no los sistemas a la realidad. Es la **edad metafísica** por excelencia: el yo bastante fuerte como reconstruir el universo y lo bastante grande para incorporarlo<sup>11</sup>.

El adolescente acepta y comprende no solo lo que está dado sino lo que podía ocurrir, y tiene facultad para razonar sobre la educación, la moralidad, la religión, la existencia y la justicia. Destaca Cruz que esta nueva capacidad no se adquiere automáticamente sino que va desarrollándose de modo paulatino durante la adolescencia, su conclusión es al final de ésta, es decir, con la edad adulta. El niño y el joven en el transcurso de la adolescencia están en una constante evolución. Por tal motivo un niño de doce años no es similar al de 17 o 19 años.-

Si bien mi estudio pretende centrarse en los niños y jóvenes que por su edad cronológica son alcanzados por la justicia especializada local y nacional que nos rige, no es menos cierto, y llama sorprendentemente la atención el vacío legal que sobre el particular existe

<sup>11</sup> PIAGET, Jean. "Seis estudios de psicología"... pp 93 y ss

en el ordenamiento sobre los menores adultos, es decir esa franja de 18 a 20 que para la psicología son adolescentes.

Hasta los veinte años normalmente el sujeto no tiene una capacidad plena, aunque posee un pensamiento formal elevado; existen debilidades que lo hacen diferente al que sobrepasa esa cronología vital. Es por ello que también postulamos que quienes están comprendidos en esa franja de edad reciban un trato y una respuesta penal diferente al mayor de 20 años.-

Interesa a los fines de este trabajo el desarrollo social en clave de una comprensión moral, legal o política del niño. Se exige para ello una cierta evolución cognitiva a la que tendrá que sumarse cierta estimulación social desde los ámbitos morales y legales. En este desarrollo tiene especial incidencia la interacción con quienes cumplen el rol en la socialización primaria<sup>12</sup>.-

El desarrollo social del individuo durante el ciclo de la vida se produce paulatinamente mediante la interacción con la sociedad, a través de la familia, la escuela, la iglesia, los grupos deportivos, las instituciones públicas, el sistema jurídico, etc. Las sofisticaciones cognitivas que van acaeciendo se van aplicando al mundo social. Es sustancial que junto con ese avance interactivo con perspectivas sociales (campo social, legal o político) exista una evolución cognitiva. Por tanto existe una estrecha relación entre el desarrollo intelectual y cognitivo<sup>13</sup>

Siguiendo a **Cabezas Salmeron** puede decirse que tras el desarrollo del razonamiento cognitivo y gracias a la estimulación social adecuada, el joven logrará la adopción de perspectivas sociales que le permitirán posteriormente el pensamiento legal, político, económico, etc<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> “El proceso de socialización consiste en el aprendizaje o interiorización por parte de los individuos de una determinada sociedad de las normas, roles, valores, que otros han definido previamente, de acuerdo a las cuales se produce la comunicación y cooperación social” (CRUZ, Andres Martin, “Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal...” p., 178)

<sup>13</sup> Por ejemplo, dice Cruz que si durante su desarrollo cognitivo no recibe estimulación social en el campo legal, no habrá desarrollo legal aunque sí intelectual. El supuesto inverso no es posible. Sin desarrollo intelectual no hay desarrollo social, en cualquiera de sus campos (Aut., cit., p. 179)

<sup>14</sup> CABEZAS SALMERON, Jordi. “Algunos conceptos especialmente relevantes en la normativa de... p.,

Coincido con el profesor que a más baja estimulación peor resultado en el desarrollo de comprensión social. Y esto es sustancial para el caso de jóvenes en conflicto de la ley penal, habida cuenta que un gran número provienen de sectores que sufren carencias por insatisfacción derechos sociales, entre ellos por ejemplo el de poder acceder a la escolaridad primaria o secundaria.

Esto último indica el rumbo de mi propuesta. Además de los condicionamientos psicológicos que los niños y jóvenes poseen que impide que se les irroque un reproche similar a quienes alcanzaron un desarrollo intelectual, emocional, y social pleno, el déficit cultural en este estadio de análisis debe decidir la existencia y grado de culpabilidad del adolescente so riesgo de violentar principios de un Estado democrático de derecho. La ciencia del derecho no puede estar absorta de la condición cultural del sujeto y del esfuerzo que por ello debe hacer para adecuar su comportamiento a las reglas de conductas que son impuestas por otros que tienen una condición cultural privilegiada, o por los menos dominante.-

Debe quedar establecido que puede haber desarrollo cognitivo pero sino hay una adecuada estimulación o evolución social, entendida como el aprendizaje o interiorización de normas y reglas definidas por otros, el pensamiento en el campo moral, legal o político, de cumplimiento de roles no será adecuado a la edad cronológica del sujeto. Lo que no es posible es un desarrollo social sin una evolución cognitiva. La ausencia de esta última no habilita que se hable de desarrollo social en la distintas edades. No habrá desarrollo de perspectivas sociales, legales o morales.

Esta aseveración de la psicología evolutiva nos lleva a decir que resulta desatinado que se quiera hacer responsabilizar a un niño de actos que infraccionan la ley penal cuando carece de una desarrollo cognitivo adecuado que le permita una certero y estable pensamiento formal.

En este mismo sentido, tampoco es posible reprimir o responsabilizar un comportamiento ilícito a quien pese de poseer cronológicamente la edad para tener cierto fondo de evolución cognitiva advierte una deficiente socialización que le impide acceder en grado mínimo y óptimo a la comprensión necesaria en el campo legal, moral o político.

Será objeto de un desarrollo más exhaustivo en las páginas siguientes cuando tratemos el condicionante cultural para establecer la imputabilidad del niño o adolescente, pues la realidad indica que la mayoría de los niños que transitan por el sistema penal sufren condicionamientos culturales primordiales.-

En palabras de **Berger y Luckmann** (2006) el individuo no nace miembro de una sociedad; nace con una predisposición hacia la socialización, y luego llega a ser miembro de una sociedad. En la vida de todo individuo, por lo tanto, existe verdaderamente una secuencia temporal, en cuyo caso el individuo es inducido a participar en la dialéctica de la sociedad.

El punto de partida de este proceso lo constituye la internalización: la aprehensión o interpretación inmediata de un acontecimiento objetivo en cuanto expresa significado, en cuanto es una manifestación de los procesos subjetivos de otros que, en consecuencia, se vuelven subjetivamente significativos para mí. La internalización constituye la base, primero, para la comprensión de los propios semejantes y, segundo, para la aprehensión del mundo en cuanto realidad significativa y social.

Concluye los autores que la socialización puede ser definida *como la inducción amplia y coherente de una individuo en el mundo objetivo de una sociedad o en un sector de él. La socialización primaria es la primera por la que el individuo atraviesa la niñez; por medio de ella se convierte en miembro de la sociedad. La socialización secundaria es cualquier proceso posterior que induce al individuo ya socializado a nuevos sectores del mundo objetivo de su sociedad. La socialización primaria es la más importante para el individuo.*

Las definiciones que los otros significantes hacen durante ese primer periodo de la niñez son adoptadas como realidad objetiva. El niño en la socialización primaria adquiere significados que conforman su mundo social objetivo. La realidad se mediatiza.

Agotan su idea los autores con un ejemplo atinente al tema particular que me convoca. Ilustran que *el niño de clase baja no solo absorbe el mundo social en una perspectiva de clase baja, sino que lo absorbe con la colaboración de idiosincrásica que le han dado sus padres (o cualquier otro individuo encargado de su socialización primaria). La misma perspectiva de clase baja puede producir un estado de ánimo satisfecho, resignado, amargamente resentido o ardientemente rebelde. Consiguientemente, el niño de clase baja no solo llegará a habitar en un mundo sumamente distinto del de un niño de clase alta, sino que tal*

*vez lo haga de una manera completamente distinta que su mismo vecino de clase baja*<sup>15</sup>

### **III. Estudios empíricos que revelan la concepción y respuesta que los niños y jóvenes tienen de las leyes (comprensión social y legal)**

Señalé anteriormente que para el desarrollo social con comprensión de la perspectiva legal o política es fundamental la evolución cognitiva del niño, la que a su vez depende de la estimulación e interacción que haya recibido con anterioridad. Solo este desarrollo interdependiente habilitará un pensamiento político, legal económico. La presencia de este tipo de pensamiento, que es abstracto y empieza a iniciarse a partir de los once o doce años, es el que marca que desde la ley pueda evaluarse si el niño es capaz de responder por sus comportamientos; en este caso desde la norma penal.-

A tal fin, transcribiré brevemente en este apartado los trabajos de campo que tuvieron como propósito establecer qué concepto y que tipo de respuesta ofrecen los niños y jóvenes ante las leyes según la edad. Para ello recurrí a la ya citada obra del autor español Andrés Martín Cruz que invocando la investigación de otros expertos en el tema me permite brevemente ilustrar la posición que asumen los adolescente ante el ordenamiento legal<sup>16</sup>.-

Partiendo de la premisa de la importancia del desarrollo social con la base indefectible de la evolución cognitiva, numerosos psicólogos coinciden en el desarrollo vertical. Se van sucediendo etapas donde se advierte modificaciones sobre el entendimiento y función que cumple el ordenamiento legal.-

Los niños antes de los doce años acatan las leyes por algo tan rudimentario que es evadir las consecuencias negativas y por sumisión al adulto o referente mayor (padres, maestros, otros). Su sentido de la ley y la justicia se cimienta en el propósito de evitar el castigo y la deferencia incuestionada al poder. Las leyes son percibidas como algo

<sup>15</sup> BERGER, L. Peter y LUCKMANN, Thomas. "La construcción social de la realidad", Edit Amorrortu Editores, Argentina, Año 2006, pp162 a 165

<sup>16</sup> CRUZ, Andres Martin. "Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal en razón de la edad...", p

estático de carácter general que no puede modificarse. No se vislumbra, debido a la falta de pensamiento formal, un sistema legal generalizado y las pautas morales subyacentes, directamente no distingue entre la legalidad y moralidad.

Los adolescentes, la franja etárea comprendida entre los doce y los dieciocho años, al congregarse una evolución cognitiva que implica un pensamiento hipotético- deductivo empiezan a disminuir su concepto de la ley desde el mecánico castigo y la obediencia a quien tiene el poder. Se inicia una tendencia a defender el orden social y la ley que la representa en su mayor parte. Las normas funcionan como prescripciones generales que impiden el desorden y mantiene un adecuado comportamiento social. Es visto como un elemento positivo para el mantenimiento del orden. Un instrumento para la consolidación de los valores socio- morales.-

El tercer nivel, que comprenden los jóvenes que están al final de la adolescencia entrando en la edad adulta, se comprueba una visión mucho más abstracta del ordenamiento legal. Flexibilizan del todo el sistema de normas, donde los principios superiores (moralidad y justicia) están por sobre las leyes. Las leyes son vistas como mecanismos sociales adecuados para mantener de un modo pacífico el bienestar social y personal. Las leyes válidas deben ser obedecidas por consideraciones racionales o porque coinciden con principios universales de justicia<sup>17</sup>.

Por tanto, durante la niñez (antes de los doce años) el desarrollo de la capacidad intelectual del niño se encuentra reclutado en el pensamiento concreto. No tiene la facultad para pensar en los efectos de un hecho pasado en el presente y tampoco proyectar las consecuencias futuras inmediatas de un comportamiento presente. Su realidad es la actual, no puede diseñar sistemas y tiene limitada su capacidad de inferir consecuencias más allá de actualidad.

En los párrafos que anteceden habíamos indicado que el desarrollo social, para comprender la perspectiva legal, moral y política, requiere indefectiblemente de una cierta evolución cognitiva. Si se piensa en términos concretos consecuentemente también en términos sociales se razona de manera simple y concreta. La ley es analizada y

<sup>17</sup> CRUZ cita el trabajo de TAPP, June y KOHLBERG; Lawrence, "Developing Sense of law and Legal Justice" en página 102/103. ("Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad... pp., 181/182)

pensada en términos concretos sin poder analizarla como parte de un sistema integral tendiente a mantener el orden y el bienestar social. Tal es así que se desconoce los efectos futuros de las conductas pasadas.

En este orden, es imposible exigirle que en un estadio de incapacidad el niño pueda ser responsable de su conducta.

Cabe preguntarnos si a partir de los doce años cuando se inicia el pensamiento formal en la adolescencia (aquel que nos deja interpretar la ley en su verdadera función) estamos ante una persona con capacidad de culpabilidad penal. O es tan incipiente y endeble esta primera incursión en la inteligencia hipotética deductiva que, más allá de una reacción diferencial que aprecie la condición particular del niño, es políticamente correcto establecer de manera absoluta, presunción *iure et de iure*, que carece de capacidad de culpabilidad hasta cierta edad que podría estar entre los catorce o dieciséis años (edad de imputabilidad de las mayorías de la legislaciones)

La respuesta no puede ser más que positiva. Por más que el adolescente se inicie en un pensamiento más sofisticado aun predomina en los primeros años de esta etapa un pensamiento concreto, es decir, formula pensamientos simples. Los que lógicamente se trasladan al desarrollo social y a la comprensión en esta fase de la legalidad, la moral y la política.

Dice **Cruz** que en esta fase el menor adolescente no tiene un sentido bien fundado de la estructura de las cosas en el orden social, ya que no comprende bien sus funciones. Tiene una comprensión del orden social poco abstracta y bastante concreta<sup>18</sup>.

Los psicología del desarrollo acuerda que desde los catorce años hasta los dieciocho cuando el joven alcanza una capacidad cognitiva de alto nivel abstracto, libre y reflexivo, e inversamente reduce la estructura infantil del pensamiento concreto. Como lógica consecuencia se acrecienta la capacidad de comprensión social.

A partir de los catorce años la evolución intelectual permite efectuar una previsión de las acciones presente en el futuro. Se dispara el entendimiento social, las instituciones y los ordenes generales que regulan la sociedad. Se descubren y aplican los principios morales, legales y políticos que rigen la convivencia social, pudiendo diferenciarlo de la ley formal.

<sup>18</sup> CRUZ, Andres Martin. "Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal en razón...", ob., cit., p. 198

Sin olvidar lo explicado por Piaget, de lo que hiciéramos transcripción precedentemente, en relación a que la vida mental puede concebirse como la evolución hacia una forma de equilibrio final representada por el espíritu adulto, y que el desarrollo es, por lo tanto, un progresivo equilibrio, no debe perderse de vista que esta capacidad adolescente va evolucionando, no es estática. No es similar el nivel comprensión de un joven de dieciséis años en comparación con aquel que tiene 18 años, y como la evolución continúa hasta los veinte años, tampoco resulta ajustado que el joven adulto de dieciocho años responda en igual medida que aquel de veintiún años o más<sup>19</sup>.

Existe una perpetuo desarrollo evolutivo que no puede obviarse cuando se mide la capacidad de culpabilidad, pese a que congregan un concepción abstracta de la ley y pueden ver su función provechosa.

Lo importante que hay que dejar en claro es que hasta los veinte años, cuando para la psicología se inicia la edad adulta, el niño va mutando y no es el mismo frente a la ley, por tanto, en cada estadio de su ciclo de la adolescencia tiene que ser apreciado de manera particular y ello debe encontrar reflejo en la reacción legal.-

El niño, el adolescente y el adulto son no solo cuantitativa sino además cualitativamente distintos.

Las diferencias cualitativas entre el adolescente y el adulto están en que el primero es un sujeto en periodo de formación que posee

<sup>19</sup> En nuestro ordenamiento rige el sistema cronológico puro (no confundir con el biológico que es más inexacto y embarasos de establecer) y desde los dieciocho años la conducta ilícita es juzgada de manera uniforme como un adulto sin hacer distinción en esa estrecha franja de 18 a 20 en que aún no se adquirió, siguiendo a la psicología evolutiva, el equilibrio o capacidad plena del aspecto cognitivo, afectivo, emocional y social. El grado de culpabilidad no puede ser similar, y no respeta el principio de culpabilidad que se ignore las diferencias de desarrollo. Debiera estar prevista una atenuante. tampoco esta previsto una escala penal reducida para los niños con capacidad de culpabilidad disminuida, que por orden legal se fija entre 16 y 17 incompletos, encontrándonos actualmente que las franjas de punibilidad son similares a los adultos. No ignoro la previsión legal del art. 4 de la ley 22278, empero, no prescribe a la reducción en la escala de la tentativa como un imperativo, aunque de ese modo debe ser interpretado so riesgo de incurrir en la vulneración del principio de igualdad, culpabilidad, y proporcionalidad. Tal ha sido la interpretación que nuestra CSJN ha hecho en el conocido caso **“M., D.E. y otro s/ Robo Agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado” ( 7/12/05, M. 1022. XXXIX, causa N° 1174C).**-

una serie de aptitudes. No es un pequeño adulto, sino un individuo desigual que por razones de justicia e igualdad debe ser tratado jurídicamente de otro modo. Su capacidad cognitiva y la comprensión social, legal, moral, política es completamente diferente en el adolescente y el adulto. Dispensar un trato similar deviene contrario a principios elementales del derecho.-

#### **IV. Las diferencias evolutivas de los niños y el concepto de imputabilidad o capacidad de culpabilidad.**

De acuerdo a lo explicado con el auxilio de la psicología evolutiva resulta indiscutible la capacidad de culpabilidad disminuida del menor, y que al ser no solo cuantitativa sino también cualitativamente, es pertinente la pregunta sobre qué tipo de respuesta procede desplegar contra el mismo como reacción ante la comisión de una infracción a la ley penal (Cabezas Salmeron, 2007).

Merece un estudio mucho mayor saber si la responsabilidad penal deviene adecuada, justa, y atinada conforme los objetivos específicos que la normativa internacional y local adjudica a toda reacción punitiva contra los niños.

No pierdo de vista la voluminosa y repetitiva prosa que se derrocha hablando de las medidas socio educativas en nuestro ordenamiento legal, tanto provincial como nacional, que se ven ausentes en la práctica. Pese a su denominación no dejan de ser medidas penales, pues en tanto sean las agencias dependientes del sistema penal las que las ejecuten la violencia punitiva el etiquetamiento no desaparece.

Es un fraude de etiquetas. La respuesta proviene del sistema penal con la particularidad que no es necesaria una decisión judicial sobre los hechos imputados. Existen instituciones de internamiento que en verdad son cárceles que desarrollan prácticas de disciplinamiento más anárquicas que las que pueden verse en las unidades penitenciarias de adultos, con la sola diferencia de un simulado y aparente ambiente institucional carente de hostilidad que es manifiesto en la penitenciaria.

Profundizar la viabilidad de adjudicar otra responsabilidad que no sea la penal merece un análisis más exhaustivo y particular, cuando

además, no es lo que usualmente se observa en la mayoría de las legislaciones juveniles del mundo, y tampoco lo dicen los ordenamientos internacionales específicos de la materia. Esta circunstancia no descarta, siguiendo a Cabezas Salmeron(2007), el cuestionamiento sociojurídico de la inclusión de los niños en formación intelectual, emocional y social como posibles destinatarios de responsabilidad penal.

En lo que si voy a detenerme es sobre la capacidad **disminuida de culpabilidad** que poseen los adolescentes hasta los dieciocho años. Aunque el desarrollo evolutivo continúa hasta los veinte años, en vista que nuestro ordenamiento nacional fija aptitud de responsabilidad plena a partir de los dieciocho años, considero pertinente centrar el razonamiento en los jóvenes que quedan abarcados por el sistema de justicia juvenil.

### **¿Qué se entiende por capacidad de culpabilidad?**

Encontramos dos concepciones fundamentales en la moderna ciencia del derecho penal.

Si bien en sentido general la misma es entendida como los requisitos individuales que debe reunir una persona para que se le pueda imputar un hecho y responder por el mismo ante la sociedad, la doctrina está dividida y se formulan distintos requisitos para su configuración.-

La vertiente mayoritaria conceptualiza la capacidad de culpabilidad como la capacidad de comprende la ilicitud del hecho y de actuar conforme a ese entendimiento (**capacidad de autodeterminación o libre voluntad**)<sup>20</sup>.-

<sup>20</sup> Dice ZAFFARONI en su obra que la “capacidad psíquica de culpabilidad importa la de ser sujeto del requerimiento o exigencia de comprensión de la antijuricidad, pero no se agota en ella, puesto que también es necesario que el autor tenga la capacidad psíquica necesaria para adecuar su conducta a esa comprensión” “La incapacidad d adecuar la conducta a la comprensión de la antijuricidad se verifica en supuestos en los que el agente sufre un estrechamiento tan marcado del ámbito de autodeterminación, que hace imposible el requerimiento razonable de un comportamiento conforme a derecho” (aut., cit., en Derecho Penal parte general, Edit Ediar, Buenos Aires, Año 2000, p., 658)

Una de las críticas más usuales a esta corriente es que parte de la presunción de que la persona esta revestida de autodeterminación moral y libre, responsable y es capaz por ello de decidirse por el derecho y contra el injusto. Su principal embate es partir de la premisa indemostrable del libre albedrío. El poder actuar de otro modo en el momento del hecho, que es lo da sustento a esta concepción, no es de posible constatación científica<sup>21</sup>.

La segunda más importante de las concepciones es la llamada **capacidad de motivación**. En sentido contrario a la anterior, sus seguidores estiman que el fundamento de la capacidad de culpabilidad no reside en el libre albedrío, sino en la capacidad de motivación o normalidad motivacional, concebida esta como la facultad psicológica del sujeto para ser motivado por los imperativos de la norma.

El cuestionamiento sustancial que se le efectúa a la teoría de la libre voluntad es la imposibilidad de probar el hecho de haber podido actuar de otro modo. Sobre la base de ello entienden que la culpabilidad por el hecho solo puede estar presente cuando la norma ha cumplido su función motivadora.-

Dice **Cabezas Salmeron** que lo crucial no es que el sujeto pueda elegir entre varios haceres distintos sino que la norma penal le motive suficiente para abstenerse de realizar uno de esos haceres posibles<sup>22</sup>.

**Claus Roxin** (1997) habla de la culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa. A su entender la culpabilidad se corrobora cuando el sujeto estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Explica ROXIN que pese a que puede resultar exagerado pero si para la apreciación de culpabilidad se presupone una fenómeno empírico que por principio no puede constatarse, entonces ello debería conducir siempre a la absolución en virtud del principio *indubio pro reo*, por lo que sería imposible un derecho penal de la culpabilidad (ROXIN, Claus. "Derecho Penal parte general, Tomo I, Fundamentos de la estructura de la teoría del delito" Edit Civitas, Madrid, 1997, pp., 799/800.

<sup>22</sup> CABEZAS SALMERON, Jordi. Algunos conceptos especialmente relevantes en la normativa... p 11

<sup>23</sup> ROXIN, Claus. "Derecho Penal parte general... p., 807

**Mir Puig** restringe aun más esta concepción de la culpabilidad. Al requisito motivacional de la norma el autor español le adiciona que esa motivación sea normal. Pues cuando esa motivación por la norma no es por medio de un acceso normal, tendrá sentido dirigir el mensaje normativo al sujeto, que podrá infringir la norma de determinación, pero no será legítimo considerarle penalmente responsable.

Se podrá tener un contacto intelectual con la norma pero que no incida en su proceso de motivación porque no ha desplegado la intensidad motivadora que normalmente posee frente a otros<sup>24</sup>.

Estas dos concepciones sobre la capacidad de culpabilidad en definitiva no imposibilita llegar a la conclusión de que el niño o joven que carece evolutivamente de un desarrollo intelectual y social pleno en algún supuesto de su temprana edad no puede ser responsable y en otros lo será pero de manera disminuida, por tanto, la reacción debe ser sustancialmente diferente respecto de quien si posee, en principio, la aptitud ya sea para comprender la ilicitud del hecho y actuar acorde esa comprensión o para motivarse en condiciones normales por la norma penal.-

Optar por una y otra corriente será tal vez importante cuando se quiera introducir otros ingredientes culturales, sociales y económicos que sumados a los de la edad y el estadio de socialización primaria, de corte deficitario, disminuyen aun más la motivación en la norma o su normalidad motivacional.-

El sujeto tiene capacidad para comprender el disvalor de su acto y actuar conforme a ese entendimiento cuando tiene la aptitud cognitiva para comprender la sociedad y sus leyes. Esta disminución en el desarrollo intelectual y social también impide un acceso a la norma.

Debe existir un desarrollo sofisticado de la capacidad intelectual, y también de la sociedad y sus leyes, su forma de funcionamiento en conjunto. Esta exigencia no podrá ser alcanzada por el adolescente que recién ingresa cronológica y psicológicamente al pensamiento formal y abstracto con un mínimo de desarrollo social de comprensión de la ley, la moral, etc. El dominio del pensamiento concreto que permanece aun hasta los catorce o dieciséis obliga a

<sup>24</sup> MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal parte general”, 5ta edición., Barcelona, 1998, p 554

excluir al niño de esa edad de la responsabilidad penal o cualquier otra que se pretenda.- En razón de su estado de evolución y formación hasta resulta aconsejable reducir al mínimo el contacto con las agencias del sistema de justicia penal.-

Así, los jóvenes entre 14 o 16 hasta los 20 años tienen una capacidad disminuida para comprender la ilicitud del acto o recibir el mensaje de la norma en relación a los adultos que tiene una capacidad plena. Y en vista que la culpabilidad es un estadio de la teoría del delito graduable según la aptitud de conocimiento y la libertad de actuar o la intensidad de asequibilidad a la norma, indefectible la respuesta penal debe ser menor en cantidad y de diferente calidad.-

En el marco de la *libre voluntad* no se hace distinción entre el aspecto cognitivo y volitivo que conforma la capacidad de culpabilidad, pese a que el fundamento último se halla en el segundo elemento de libre voluntad.

El joven considerado por la psicología como adolescente advierte sin duda una capacidad de autoderminación disminuida con distinción del mayor que tiene una aptitud plena de autodeterminación.

**Cruz** adopta la teoría de la capacidad de autodeterminación. Para ello invoca los estudios empíricos realizados a niños y jóvenes sobre el concepto (conocimiento) que se tiene de la ley y el comportamiento frente a ella (voluntad). En los mismos se afirma que los niños durante sus primeros años, cuando rige un pensamiento sustancialmente concreto tienen una fuerte motivación por la norma pues la ven y la cumple por su mensaje de castigo y autoridad. En cambio, cuando empieza a desarrollarse un pensamiento hipotético-deductivo la ley reduce su capacidad motivacional y su cumplimiento se debe a la interiorización de principios superiores de índole legal y moral y su utilidad para el bienestar y orden social.-

Acepta el autor las críticas que se le formulan a la concepto de libre voluntad en relación a la indesmotrabilidad del libre albedrío del sujeto, sin embargo no deja de destacar que debido a la interacción social (familia, escuela, la instituciones públicas y privadas, etc.) la capacidad de autodeterminación no es absoluta sino relativa, pues sus decisiones, inconscientemente, siempre estarán influidas por la capacidad de comprensión social y legal que posee<sup>25</sup>

<sup>25</sup> CRUZ, Andrés Martín. "Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal en razón...", pp., 241/242

Pese a que Cabezas Salmeron, apuntalado en Mir Puig, sigue el otro concepto de capacidad de culpabilidad no deja de resaltar en su tesina que los condicionamiento socio culturales reducen del mismo modo el campo de autoderminación, es decir, que reducen sensiblemente las posibilidades de actuar de otro modo.-

Entonces, más allá que uno pueda asumir una u otra posición, lo importante, es que las dificultades o el esfuerzo que un niño o adolescente deba hacer para abstenerse de infraccionar la norma penal tienen que ser evaluados por la ciencia del derecho penal y comprobados en el seno del enjuiciamiento.-

Ambas posiciones, creo, admiten que pueda introducirse además de las deficiencias bio/toxico/psicológicas consideraciones de naturaleza sociológica, condicionamiento socio- culturales y económicos, que consiguen excluir la capacidad de culpabilidad o disminuir severamente la misma transformando los mínimos legales en inconstitucionales en el caso individual.-

Por último no puedo soslayar la inquietud que la práctica me presenta día a día. Si bien aquí se estudió que el niño y joven poseen una capacidad de culpabilidad disminuida y que por razones de justicia corresponde la previsión de una respuesta, cuantitativa y cualitativamente, diferente, considero que no debe descartarse la posibilidad de introducir las condiciones psicológicas del niño para analizar las exigencias subjetivas en todos los estadios de la teoría del delito.-

Bien dice Zaffaroni que es necesaria cierta capacidad psíquica del delito. Ya sea en la acción, en la tipicidad subjetiva, y hasta en la antijurídica es necesaria cierta aptitud psicológica, su ausencia obstruye el arribo a la consecuencia ultima de hecho ilícito. Entonces, no puede desconocerse las debilidades y las insuficiencias de los adolescentes, que pese a poder ser sujetos imputables para la ley, la ciencia penal los debe apreciar como seres diferentes y el recorte a la amenaza punitiva como función de la teoría del delito tiene que ser mucho mayor.-

Por ejemplo, el desenvolvimiento de un joven de dieciséis años ante un estado de necesidad justificante, una legítima defensa, o el reconocimiento de los elementos necesarios para la configuración de la finalidad típica, es sin duda totalmente disímil a la de un adulto que adquirió capacidad plena en el estadio intelectual, emocional y social. Esta falta de equivalencia conduce a que el ámbito de libertad de actuar

sea sensiblemente más reducido o hasta inexistente, o que demande un esfuerzo irrazonable para acceder al llamado de la norma penal.-

## **V. La falta de previsión legal sobre la culpabilidad disminuida de los menores de edad. La doctrina de la CSJN. El proyecto de ley.**

En la Argentina no existe una previsión legal que en concreto recepte la culpabilidad disminuida que poseen los niños y jóvenes responsables por su condición de tal. Las escalas penales rigen tanto para adultos como para niños punibles. Tampoco se advierte un desarrollo doctrinario y judicial que trate el tema de la condición de los adolescentes que pese a poder ser reprimibles por la ley penal otras disciplinas exteriorizan que carecen de una capacidad intelectual, emocional y social completa, entonces es un sujeto totalmente diferente al adulto y por tanto la respuesta no puede ser similar.-

El Código Penal no recepta la figura de la "culpabilidad disminuida" que vendría a operar en casos donde debido a la menor culpabilidad del sujeto – adulto o menor - los mínimos de las escalas penales se enfrentarían al texto constitucional por violentar el principio de igualdad, proporcionalidad y culpabilidad<sup>26</sup>.

Los intentos judiciales de ver al piso punitivo legal como un mero indicador e ir por debajo del mismo para un justo reproche de acuerdo a la culpabilidad del autor han recibido duras críticas. Entre ellas la principal es la arrogancia por el poder judicial de una prerrogativa que la Constitución Nacional asigna exclusivamente el Congreso Nacional (CN., 12). Se acusa de una modificación legislativa por vía judicial. Creo que ello no es así, pues entre los principios,

<sup>26</sup> ZAFFARONI dice que "la imputabilidad disminuida es un caso particular de menor culpabilidad o una regla para la cuantificación de la pena, reconocido desde siempre como fenómeno real por las sucesivas leyes penales, y a ello deben en parte la tendencia legislativa y doctrinaria a la supresión de los mínimos en las escalas penales. Dado que se trata de un supuesto de menor culpabilidad no cabe sostener que constituye una atenuación meramente facultativa, pues si no se adecua la pena a la culpabilidad se viola el principio de culpabilidad, por lo que debe entenderse que si hay culpabilidad disminuida la atenuación es obligatoria" El autor estima que el CP tiene en cuenta la culpabilidad disminuida porque las atenuantes como eximentes incompletas del código de 1886 perduran en la formula sintética del art. 41 vigente del art. 41 vigente (aut., cit., en Derecho Penal parte general, Edit Ediar, Buenos Aires, Año 2000, p., 676)

derechos y garantías en juego, aquellos contenidos en la parte dogmática de la Constitución Nacional, en especial los vinculados con la ilegítima e irrazonable restricción de derechos fundamentales, siendo comúnmente la libertad individual la que se ve amenazada, una excepción a la organización estatal republicana, en tanto no se escandalosa, puede ser armonizada con los derechos elementales del sujeto.-

En el ámbito de la justicia juvenil nacional encontramos la ley 22.278 (1980). Una normativa sancionada durante el gobierno de facto y durante la vigencia declarada de un sistema de protección tutelar donde la situación irregular del niño o joven autorizaban las peores violaciones a sus derechos fundamentales.

El entorno legal se modificó, sin perjuicio de sus prácticas instaladas, observándose el crecimiento de un plexo normativo, tanto a nivel provincial como nacional, tendiente a ajustarse a las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se vehiculiza a través de estos nuevos ordenamientos un modelo generalmente denominado “modelo jurídico de responsabilidad” cuyo fundamento se encuentra en la Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia<sup>27</sup>.-

Sin perjuicio de las modificaciones sustanciales que se hicieron, la ley nacional 22278 que responde al viejo modelo de la situación irregular, en desacuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, persiste y sus previsiones indefectiblemente deben ser tenidas en cuenta a la hora de resolver la responsabilidad de un joven en conflicto con la ley penal.-

No estipula la referida normativa una reducción obligatoria de las escalas penales destinadas a conductas cometidas por adultos y tampoco limita el máximo de pena de encierro que es posible aplicar a un niño. Tan solo el art. 4 preceptúa que: *“la imposición de pena respecto del menor a que se refiere el art. 2 estará supeditada... una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del*

<sup>27</sup> En el año 2006 en la provincia de Buenos de Aires fueron dictadas las leyes 13298 sobre Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño y la ley 13634 sobre Responsabilidad Penal Juvenil que regula el enjuiciamiento de niños en conflicto con la ley penal. Ambas entraron en vigencia en diciembre de 2007. Por su parte, a nivel nacional se promulgo la ley 26061 de Protección Integral de Niños y Niñas y Adolescentes.-

*tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la prevista para la tentativa".*

Como se observa, la reducción es facultativa para el juez y no tiene fundamento en una distinta capacidad de culpabilidad que en razón de la edad posee el niño menor de dieciocho o veinte años, según pudimos ver a través de la psicología evolutiva. Son otras circunstancias que ajenas a ese estadio evaluativo diferencial las que conceden una facultad discrecional al juez.-

Entiendo que esta situación legal que ignora la menor capacidad de culpabilidad de los adolescentes genera que en todos los enjuiciamientos de niños punibles – actualmente por disposición de la ley 22278 entre los 16 y 17 años incompletos – se produzca un trato proporcional a las escalas penales generales, sin reducción, lo que deviene claramente inconstitucional.

Ejemplo de ello es la posibilidad de libertad durante el proceso. Sin perjuicio que la detención cautelar es una medida excepcional, por lo menos en la provincia de Buenos Aires, se meritua en relación a la franja punitiva que le Código Penal estipula. No debiera ser así porque si decimos que el niño es un sujeto diferente al adulto entonces la reacción tiene que ser sustancial y cuantitativamente diferente.-

Tal es el soslayo a esta particularidad psicológica de los niños que la Argentina registra en su haber dieciséis condenas a prisión perpetúa; algunas de ellas firmes y otras objetadas ante los organismos internacionales competentes. Considero que amén de demostrar esta circunstancia una omisión fundamental a la condición especial de los niños enfrentados con la ley, principalmente revela la falta de humanidad de nuestro país en el trato con personas en estado de formación. Esto al margen de mi convencimiento que un encierro perpetuo constituye un trato cruel, inhumano y degradante para todo ser humano.

Un entendimiento sano y acorde con el espíritu del bloque de protección interamericano de los derechos de los niños del art. 37 de la CDN impone que no posible, por lo menos, a los niños y adolescentes (CDN., 1) una pena de prisión de perpetúa.-

Esta incertidumbre y silencio legal sobre este tópico llegó a la Corte Nacional a través del cuestionamiento que se hizo a la imposición de penas de prisión perpetuas a niños acorde la prohibición

del art. 37 inc a) de la Convención sobre los Derechos del Niño. Si bien el Tribunal Superior Nacional se queda a mitad de camino y no se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de la irrogación de una sanción perpetua en el caso de los niños, si se pronuncia sobre la distinta capacidad de culpabilidad que poseen y, dos de los ministros, establecieron como una regla la reducción a la escala de la tentativa del art. 4 de la ley nacional.-

En lo que respecta a la culpabilidad disminuida la CSJN<sup>28</sup> dijo:

**"7º)** Que, en apariencia, es cierto que la circunstancia de que Maldonado fuera menor ya es un requisito necesario para la aplicación de la escala atenuada, y que, en consecuencia, no aporta nada para decidir la alternativa planteada por el art. 4º de la ley 22.278, aplicable sólo respecto de menores. De acuerdo con esta norma, una vez cumplidos los 18 años, la decisión acerca de si habrá de aplicarse pena respecto del menor previamente declarado responsable, incluye, en este último supuesto, la posibilidad de atenuar la pena que normalmente se aplica a los mayores, de acuerdo con la escala reducida de la tentativa. En este sentido, para que la alternativa exista, el hecho debe haber sido cometido entre los 16 y los 18 años. No obstante ello, a pesar de cierta imprecisión en la formulación, en modo alguno resulta descalificable que el tribunal oral haya expresado que computaba, en favor de Maldonado, "su minoridad al momento del hecho". Antes bien, su consideración resulta constitucionalmente obligatoria tanto por aplicación del art. 40, inc. 1º, de la Convención del Niño, como así también por imperio del principio de culpabilidad, en casos como el presente o en cualquier otro. Por lo demás, la "edad" es un factor determinante también de acuerdo con el art. 41 del Código Penal, esto es, la norma que el a quo consideró que el tribunal había aplicado erróneamente. A pesar de ello, en la decisión apelada en ningún momento se hace referencia a la medida de la reprochabilidad de Maldonado ni a sus posibilidades de autodeterminación, las cuales, por

<sup>28</sup> **"M., D.E. y otro s/ Robo Agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado" ( 7/12/05, M. 1022. XXXIX, causa N° 1174C).-**

cierto, no pueden ser consideradas evidentes ni derivadas automáticamente de la gravedad objetiva del hecho cometido" (votos de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti) "16) Que, por otra parte, en el caso de los menores, la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o bien, la posibilidad de haber actuado impulsivamente o a instancias de sus compañeros, o cualquier otro elemento que pudiera afectar la culpabilidad adquieren una significación distinta, que no puede dejar de ser examinada al momento de determinar la pena".

"36º) Que, asimismo, no se puede perder de vista para la solución del sub lite la significación del principio de culpabilidad, el cual, por cierto, ya formaba parte del texto constitucional con anterioridad a 1994.

Dicho principio recoge una concepción antropológica que no admite la cosificación del ser humano y, por ende, rechaza su consideración en cualquier otra forma que no sea como persona, lo que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación y dotado de conciencia moral. Por amplias que sean las diferencias, no puede negarse que la línea ética que arranca con Aristóteles y que sigue con Santo Tomás, Kant, Hegel, etc., participa en común de esta esencia del concepto básico de persona humana, desarrollando sus diferencias siempre sobre esa misma base, que es la que sustenta las normas de nuestra Constitución de 1853 1860.

De acuerdo con esta concepción, la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia. De este modo, nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que

se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor....”

**“37)... No obstante, corresponde a un incuestionable dato óptico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas.**

Toda la **psicología evolutiva** confirma esta observación elemental (así, por ejemplo, Peter Blos, "Psicoanálisis de la adolescencia", México, 1976; del mismo, "La transición adolescente", Buenos Aires, 1981; Ana Freud, "La adolescencia" (capítulo X, en "Psicoanálisis y desarrollo del adolescente", Barcelona, 1985) ; Aberasturi Knobel, "La adolescencia normal", Buenos Aires, 1980; E. Erikson, "Identidad, juventud y crisis", Buenos Aires, 1990; del mismo, "El ciclo vital completado", Buenos Aires, 1985; Fernández Mouján, "Adolescencia, de la metapsicología a la clínica", Buenos Aires, 1992; Varela Álvarez Sarmiento, "Adolescencia marginal" (en Psicología forense, Buenos Aires, 2000) ; F.Doltó, "La causa de los adolescentes", Buenos Aires, 1990; Zusman de Arbiser, "Familia y psicoanálisis con niños y adolescentes", Buenos Aires, 1986; L. Kaplan, "Adolescencia: el adiós a la infancia", Buenos Aires, 1994)

**Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional.**

Aunque es meridianamente claro que en nuestro sistema constitucional es inadmisibles la autoritaria culpabilidad de autor o sus variables, incluso admitiéndola sólo ad argumentandum, tampoco el reproche podría tener la misma entidad. Retrotrayéndonos a los mismos momentos en que imperaron en algunas extrañas latitudes estas concepciones autoritarias, y manejando sus conceptos, era dable

observar que en los niños y adolescentes son bastante frecuentes comportamientos que en los adultos la psiquiatría de la época calificaría como psicopáticos, por lo cual no podría hablarse de idéntico reproche de personalidad, cuando a ojos vistas se trata de una personalidad con su esfera afectiva no completamente desarrollada, y tales actos no son patológicos en tal etapa. Se dan en los niños comportamientos en acting out, o sea, de paso del estímulo al acto, que la psiquiatría que admite el concepto de psicopatía los considera en el adulto como síntomas de esta patología, siendo claro que en el niño son producto de la falta de desarrollo o evolución de su esfera afectiva propias de su etapa vital.

**38) Que la única vía para determinar la pena correspondiente a un hecho cometido por un niño siguiendo idénticos criterios que los que se utilizan respecto de un adulto sería prescindiendo del principio de culpabilidad, y apelando a la vieja peligrosidad.** La concepción del ser humano que subyace en nuestra Constitución, tal como se ha señalado, repudia este concepto, de cuño claramente positivista, francamente enfrentado a la concepción de toda la ética tradicional, enraizado en las peores teorías racistas del siglo XIX, producto de un materialismo rudimentario y grosero, asentado sobre el determinismo mecanicista de la época y, por ende, totalmente incompatible con el concepto de persona, base de nuestra Constitución de 1853 1860, en perfecta armonía con el art. 1º de la declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Ante este panorama legislativo y jurisprudencia no es curioso ver la violación cotidiana al principio de culpabilidad y proporcionalidad, y ni que hablar a la falta absoluta de indagación de la condición psicológica del niño sometido a juzgamiento. No se observa una encuesta particular sobre el niño real, su ámbito de autoderminación concreto o la motivación efectiva que haya tenido de

la norma infraccionada, y tampoco el reclamo por los operadores de la inconstitucionalidad de las escalas penales aunque sea en lo que se refiere a los mínimos punitivos.-

Con fecha 8 de julio del año 2009 se le dio media sanción por parte del Senado Nacional a un proyecto de ley sobre el régimen legal aplicable a las personas menores de 18 años en conflicto con la ley penal en el que se redujo la edad de punibilidad a los catorce (14) años de edad. En su contenido no hay una previsión que regule la distinta capacidad de culpabilidad de los jóvenes menores de dieciocho años, empero, estatuye que las sanción que impliquen privación de la libertad en un instituto especializados no podrá superar en el caso de niños entre 14 y 15 los tres años y en el de 16 a 17 la pena de cinco años<sup>29</sup>. Este texto volvió a modificarse y se fijó que en caso de concurso real de delitos el máximo de pena que se aplique no puede superar los ocho años de prisión.-

Pese que ese límite punitivo garantiza que no se impongan reproches desmesurados que violenten principios y derechos constitucionales, creo que merece la crítica sobre su falta de vinculación o fundamento en la aptitud de culpabilidad menor que se describió, ya que pareciera quedar relacionada de manera directa con principios tales como el subsidiariedad y ultima ratio en la sanciones privativas de la libertad, ello tal como dispone el art. 37 inc. b de la CDN.-

Esa falta recepción o consideración del niño en lo que se refiere a su estado de inmadurez intelectual, emocional, y de comprensión social genera que tal vez en otros supuestos en lo que no esté la amenaza de imposición de penas de prisión o en delitos menos

<sup>29</sup> **“Privación de la libertad en centro especializado.** ...Esta sanción solo podrá aplicarse, como último recurso, en los siguientes casos: 1) Cuando se trate de personas que al momento de comisión del delito tengan catorce o quince años de edad, declaradas penalmente responsable por delitos dolosos con resultado muerte y delitos contra la integridad sexual serán reprimidos con pena mínima superior a los cinco (5) años de prisión o reclusión. El plazo máximo de esta sanción no podrá exceder de tres (3) años. 2) Cuando se trate de personas que al momento de comisión del delito tengan dieciséis o diecisiete años de edad, declaradas penalmente responsables por delitos dolosos con resultado muerte y contra la integridad sexual serán reprimidos con pena mínima superior a los tres (3) años de prisión o reclusión. El plazo máximo de esta sanción no podrá exceder de cinco (5) años” (s-0734/08 Proyecto de ley. Régimen Legal aplicable a las personas menores de 18 años en conflicto con la ley penal, sancionada en el Senado el 8/7/2009)

graves, la sanción que se irroge sea desproporcionada y quebrantadora del principio de igualdad.

Figúrese el caso de un delito de poca entidad lesiva, sino existe una estipulación legal específica que indique que el niño es intelectual, emocional y con un comprensión social distinta al adulto, se administrara una respuesta seguramente de naturaleza punitiva que sin necesidad de significar al encierro forzoso, en la vida en formación del sujeto implica seguramente un reproche o reacción en desacuerdo con su capacidad real de poder motivarse en la norma penal infringida o en su estrecho ámbito de libertad para la autodeterminación.-

En resumen, el horizonte actual sobre el punto no deja de ser preocupante y solo un activismo judicial preocupado por los derechos de los niños puede salvar esa deficiencia en la que incurre el propio Estado. El proyecto de ley con media sanción por el Congreso que hice alusión, impulsado su tratamiento en un claro populismo punitivo, no termina por reconocer la situación especial de los niños o jóvenes que se relacionan con el Sistema Penal, pues las omisiones, lagunas y las regulaciones erróneas difícilmente pueden apuntalar derechos humanos y fundamentales de este grupo de individuos en proceso de maduración.-

Ni que hablar de localizar una regulación que esté atenta al déficit de socialización que poseen en su gran mayoría los niños que ingresan al sistema, que siguiendo a la brillante tesis de Cabezas Salmeron (2003)<sup>30</sup>, aporta una cuota más de justicia y respeto al principio de igualdad. Los condicionamientos socios culturales y económicos presentes en una sociedad neoliberal, que refuerzan la desigualdad de los individuos, indiscutiblemente reduce el ámbito de autodeterminación del sujeto o impide una motivación normal y exigible frente a la norma.-

## **VI. El juzgamiento del niño real. El déficit de socialización como condicionante. Estudios etnográficos en la Argentina sobre el delito juvenil.**

<sup>30</sup> CABEZAS SALMERON, Jordi. La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socioculturales. Barcelona. Server de Publicacions UB, Ed. Electrónica. Col. Lecció Tesis Doctorals, TDX- 0610103-112012.

En la práctica de abogar por los derechos del niño en conflicto con la ley sin mucho esfuerzo surgen historias de vidas que se repiten en cada uno de los casos.

Esas historias de vidas se reclutan en la marginalidad y la violación sistemática de los derechos sociales de los niños y adolescentes. Es muy difícil encontrar a jóvenes que ingresan al Sistema Penal que no haya soportado carencias o procesos de socialización deficitarios.

En el caso de los jóvenes marginales su entorno social, cultural y económico no es visto durante su juzgamiento penal como un dato a favor que ilustra su incapacidad de motivarse en la norma infringida o libertad para actuar de otro modo, sino que es revelado e introducido como un dato negativo que fundamenta el ejercicio de violencia y justificación para un mayor control a esa clase de individuos que son percibidos por los “otros” como peligrosos.-

Creo que la propuesta de Cabezas Salmeron en su trabajo de investigación es más que acertada y justa. Aunque su propósito es para que rija en el juzgamiento de cualquier persona, considero que en el supuesto de niños en estado de maduración su apreciación tiene más contundencia.-

Dice el autor en su trabajo que pasa por mantener que si no es culpable quien no comprende la ilicitud del hecho, o quien no es capaz de actuar conforme a esa comprensión, o quien incurre en error... ¿por qué no extrapolar el tema desde las causas meramente biológico/tóxico/psicológicas/basadas en el error, a otras de tipo sociológico?

Afirma en el marco de esa inteligencia que la biografía social del individuo particular (del hombre real no del ideal/normal) puede generar, como lo hacen las causas biológicas, psicológicas, etc., los mismos efectos que éstas: la no conciencia íntima de actuar injustamente - pues existe una guerra entre sectores opuestos, cada uno con sus razones-, la incompreensión del sistema de valores imperante - que favorece al contrario- o la carencia/déficit sensible de mecanismos de autocontrol/*frenado* para adecuar la conducta<sup>31</sup>

Comparto plenamente con Cabezas Salmeron (2003) que aquello que los *normales* puedan entender como conducta ilícita, en base

<sup>31</sup> CABEZAS SALMERON, Jordi. La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socioculturales... p. 64

a las disposiciones legales, puede representarse en la mente de otros de forma distinta, como resultado de su interacción social, de su proceso de aprendizaje, u otros. No existe conducta *ilícita* imputable a un individuo, sino más bien una sociedad causante de que el tal individuo incurra en conductas calificadas como ilícitas por la misma sociedad que les empuja a ellas. Así debemos exigir al Derecho penal que cuando aplique su "ingeniería" reconozca que ésta sólo será plenamente válida si previamente ha existido un cambio social hacia la igualdad.-

Así, establece el autor citado, un "paralelismo" entre los efectos del error de prohibición y los condicionamientos socio-culturales como factores generadores de motivación anormal o ausencia de la misma. La ausencia de desvalor personal por condicionamientos socio-culturales, puede por tanto generar los mismos efectos desmotivadores que la incompreensión del ilícito por error de prohibición, -tanto más cuanto más alejados de los "normales" sean esos condicionamientos.

Recalca en el transcurso de su trabajo la necesidad de un estudio biográfico del sujeto para evadirse del parámetro de la ciencia de derecho penal del "hombre medio" que haya podido actuar de otro modo.

Traspolando al caso de los niños, el sistema debe ser aun más exigente con esa pretensión de instruirse no solo de la situación psicológica del adolescente sino también del entorno social, su aprendizaje, sus derechos sociales vulnerados. Ello con el claro objeto de establecer desde el inicio del proceso si el mensaje de la norma fue asequible en términos de normalidad o si en su caso las condiciones socio culturales no permitieron que llegara la intensidad del imperativo. La conducta que se comete en estas últimas circunstancias no puede ser tachada de culpable.

Del mismo modo, si se acepta el concepto de capacidad de culpabilidad basado en la libre voluntad, estas dificultades sociales de entender y aceptar las normas y sus imperativos<sup>32</sup>, porque los intereses

<sup>32</sup> "La estructura social no permite, pues en la misma medida a todos lo miembros de la sociedad un comportamiento al mismo tiempo conforme a los valores y a las normas. Esta posibilidad varía, en efecto, de un mínimo a un máximo según – se ha dicho – la posición que los individuos ocupan en la sociedad. Esto crea una tensión entre las estructura social y los valores culturales y, por lo tanto, diversos tipos

respaldos son de otros y porque las necesidades que excluyen acarrear al aprendizaje de una conducta contraria, reducirán sensiblemente la opción de actuar de otro modo.

Es decir, aun en la línea de libre albedrío o la posibilidad de haber actuado de modo distinto cabe aplicar ese ingrediente socio-cultural y económico. Ya que quien tiene menor capital simbólico (Piaget), cuando se encuentra frente a una toma de decisión posee menos alternativas entre las que elegir, por tanto, su libertad de elección es menor. Ese capital simbólico se encuentra muy ligado a la estimulación recibida y se ha detectado que ésta es menor en la marginalidad social.

Conviene en este estadio de análisis recurrir a la psicología social, y en ella al **socioconstruccionismo** que amenamente nos explicó García – Borés Espi, J.M., para entender el significado y alcance del capital simbólico y su incidencia en la motivación o libertad de acción que cada individual particularmente haya podido tener, desterrando la lógica del hombre medio.-

Para el socioconstruccionismo el ser es un ser subjetivo/interpretativo que interpreta a la realidad y a si mismo, y lo hace en base a una materia prima que resulta ser la “cultura” que lo envuelve. Se supera el proceso mismo de recolección de información para ubicarse en la “interpretación” que el sujeto realiza de la realidad circundante.

La cultura que alcanza a cada individuo se denomina socialización, no siendo importante el acto sino el significado que para el sujeto tiene ese acto realizado por él. Se dan dos factores, uno externo y uno interno conformado por la interpretación. Entonces, la consecuencia individual es producto de la interacción de una cultura circundante y de la experiencia psicologica del sujeto.

fundamentales de respuestas individuales – tanto conformes como desviadas – a la demanda resultante de concurso combinado de los valores y de las normas sociales, es decir, de los “fines culturales” y los “medios institucionales”: Estos tipos de respuesta se distinguen por su adhesión o por su rechazo respecto a los unos o a los otros, simultáneamente o separadamente. De esto se derivan cinco modelos de adecuación individual...” (ROBERT K. MERTON, “Relación entre los fines culturales y medios institucionales: cinco modelos de adecuación institucional”, en ALESSANDRO BARATTA, “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal”, Editorial Siglo XXI, Año 2000, p., 61)

La diferencia en cada sujeto se nota cuando cada uno percibe pero no interpreta de igual modo, ya que su bagaje cultural disímil a la de otros, y por ello la resultante causa/efecto será distinta para cada cual en relación con ese bagaje (Cabezas Salmeron; 2003)

Siguiendo a esta línea pensamiento de la psicología social, se plantean dos cuestiones básicas que transcribe Cabezas Salmeron (2003) en su trabajo:

- 1) Sujetos con peculiaridades subjetivas, pero características de la cultura general
- 2) No solo importa lo que una persona piensa del acto que realiza sino las posibilidades de pensar (fertilidad de pensamiento) para plantearse distintas alternativas.

Y esa fertilidad – dice el autor – se denomina capital simbólico de la persona, y el sistema sociocultural reparte **capitales simbólicos** distintos a las personas, en función del estrato social en que se hallan ubicadas; si a eso unimos que a menor capital simbólico, menor “libertad de elección” al no poder descubrir tanta alternativas, se arriba a la conclusión que no se puede desconocer a la hora decidir la capacidad de culpabilidad esta falencias de socialización que conforma un capital simbólico diferente y poco inhibitor de la conducta intolerada<sup>33</sup>.-

En un Estado democrático de derecho es paradójico que para establecer el proceder correcto se tome como punto de cotejo al “hombre medio” ignorando injustamente el contexto socio cultural y económico real de la persona, el que sin dudas será sustancialmente disímil al de aquellos que imponen las normas.-

Y la literatura socio – etnográfica sobre el tema de jóvenes en conflicto con la ley nos muestra el rutinario déficit de socialización y el aprendizaje distinto con que cargan que los inducen a asumir el delito como una actividad normal en su vida. Podríamos decir que en muchos supuestos se trata de una resignada vida junto al delito o estrategias insoslayables en situación de escasez de ingresos<sup>34</sup>

<sup>33</sup> CABEZAS SALMERON, Jordi. . La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socioculturales... pp 178/179

<sup>34</sup> KESSLER, Gabriel. “Sociología del delito amateur”, Edit. Paidós, Temas Sociales, Años 2006, p. 13

Todos los niños que enfrentan al Sistema Penal acusan condicionamientos socio culturales y económicos, los que no pueden ser evadidos por la ciencia del derecho ni la justicia para salvar la violación a los principios de igualdad de trato y culpabilidad previstos en nuestro texto fundamental.-

**Gabriel Kessler** (2006) en su obra titulada *“Sociología del delito amateur”* nos ofrece una acabada ilustración de las causas del comportamiento delictual de los jóvenes y el posicionamiento de los mismos durante esa opción de vida.-

El trabajo de Kessler tiene como objeto el estudio de jóvenes entre 15 a 25 años que hubieran cometido un delito contra la propiedad con violencia. Resulta trascendente del dato que indica el autor que sin haber sido previamente establecido en el campo de estudio el mismo quedo ceñido a jóvenes que provenían de sectores populares y de clase media baja.

Es importante la siguiente conclusión deja sentada en la introducción de su libro:

*“A lo largo del libro reflejamos nuestro aprendizaje sobre los procesos de socialización y de búsqueda de supervivencia en un periodo caracterizado por la precarización del mundo del trabajo – con especial énfasis en el aumento de la inestabilidad laboral – y la crisis de distintas instituciones que van mermando las redes de protección social formales e informales. En tal contexto las acciones de un segmento particular de jóvenes se caracteriza por estar precedidas y, a su vez, por reforzar el desdibujamiento de ciertas fronteras, en particular, la que separaría lo legal de lo ilegal”* (Kessler, 2003)<sup>35</sup>

Destaca el déficit de socialización en el ámbito laboral, lo que es normal en niños y jóvenes que nacieron durante la crisis de los años noventa en nuestro país. Estos rasgos locales influyen en la configuración de sus acciones, por tanto, el trabajo junto con el robo se constituyen como una formas de recolección de ingresos a los que se apelan según las circunstancias<sup>36</sup>. En razón de estas circunstancias estructurales se advierte el pasaje de la lógica del trabajo a la de la

<sup>35</sup> KESSLER, Gabriel. “Sociología del delito... p., 14

<sup>36</sup> KESSLER, Gabriel “Sociología del delito... pp 250/251

provisión, donde el ingreso puede provenir de la remuneración por el trabajo realizado o por la conducta ilícita perpetrada; lo trascendente es la "provisión"<sup>37</sup> de ingreso.

Kessler duda en establecer si la lógica de la provisión puede ser vista como una "subcultura", y aclarara que el déficit de socialización no deja marcas inexorables que no permitan ser revertidos a través del paso del tiempo y con el ingreso de la edad adulta<sup>38</sup>.

Esto último es vital para el tipo de actividad que el Estado dispensa por medio de sus agencias a los niños en conflicto con la ley. Pues si durante la juventud los problemas socialización no dejan cuño incapaz de modificarse durante la edad adulta, entonces, será cuestión de evitar esa desigualdad en el marco del Sistema penal, lo que usualmente no sucede, y encontrar mecanismos alternativos para subsanar esa desventaja que genera un aprendizaje popularmente condenado por la sociedad y que contribuye a crear simbólicos enemigos.-

Otro trabajo de investigación que no puede obviarse es el realizado por Daniel Miguez<sup>39</sup>. Grafica un tanto lo que vengo diciendo la conclusión del autor cuando indica como un dato significativo que los progenitores de los jóvenes que entran en conflicto con la ley tienen, ellos mismos, inserciones marginales en los sistemas abstractos de interdependencia social. Según los datos que vuelva en su libro, el 90 % de los progenitores de los adolescentes solo habían alcanzado el nivel de instrucción primaria, a la vez que poseían inserciones laborales inestables en el sector informal. Aunque a mi criterio con un excesivo reduccionismo, Miguez dice que ese entramado complejo de núcleos familiares y trayectorias se estructura la subjetividad que se expresa luego en la subcultura juvenil<sup>40</sup>

Pese a que no estoy convencida si en la Argentina existe una subcultura, aunque si una desigualdad notable que impide el acceso de

<sup>37</sup> En la lógica de la provisión la legitimidad ya no se encuentra en el origen del dinero, sino en su utilización para satisfacer necesidades. Esto es cualquier recurso sin importar su procedencia, es legítimo si permite cubrir una necesidad, definida subjetivamente por cada uno (aut., cit., p 250=

<sup>38</sup> Aut., cit., p.258

<sup>39</sup> MIGUEZ, Daniel. Delito y Cultura. "Los códigos de la ilegalidad en la juventud marginal urbana", Editorial Biblios., Buenos Aires, 2008.-

<sup>40</sup> Aut., cit., pp 78/79

todos a condiciones mínimas de vida y un empeño institucional por reforzar la marginalidad consecuente, no resulta ocioso transcribir las palabras de Míguez sobre el punto:

“Entender cómo es que emerge una variante cultural en la que la transgresión normativa se constituye como pauta de identificación implica reconstruir una trama en la que se articulan factores múltiples. Porque no es que la mera condición estructural – distribución desigual de recursos en la sociedad – genera de suyo es predisposición sino que ésta es producto de una compleja articulación con los sentimientos que esta condición genera, y también con cómo éstos son procesados en los sistemas de vinculación social.

De esta forma las variantes culturales relacionadas con la marginalidad no tiene tan sólo la finalidad instrumental de procurar “recursos” (materiales) por vías alternativas sino también de proveer sistemas en los que la condición de marginalidad en términos de prestigio y poder social puede ser constatada y compensada de alguna manera” (Míguez, 2008)

Más allá que la realidad de la justicia juvenil es un fiel testigo de estas desigualdades, de un preocupante déficit de socialización, y un capital simbólico diferente, debemos recordarlo ya que la practica institucional omite estas consideraciones y lo que aquí destacó como una desventaja que debe correr en favor del joven enjuiciado en lo fáctico lamentablemente corre en favor de la construcción de un sujeto peligroso. Un sujeto peligroso sobre el que se funda mayor poder represivo. Obviamente es el que satisface el clamor popular de punitivismos que hoy su enemigo número uno es el joven pobre, y se siguen ignorando la sistemática violación a los derechos sociales necesarios para un vida digna y un proyecto que no implique segregación y castigo.-

## **VI. A modo de conclusión**

Debe reconocerse en le ciencia penal que el niño o joven es un ser diferente a un adulto y por tanto su apreciación y trato en el derecho penal tiene que ser diferente también, caso contrario se violaran derechos fundamentales, especialmente, el de igualdad.

Pero amén de ello, si un niño o joven en estado evolutivo de su intelecto, emociones y comprensión de la sociedad tiene una

capacidad de culpabilidad disminuida que hasta permite cuestionarnos si es justo enrostrarle una responsabilidad, aunque menor, de naturaleza penal, introducir el ingrediente de los condicionamientos socio culturales y económicos en ese estadio de la teoría del delito implica juzgar a un niño real. Uno niño con una biografía determinada que merece ser juzgado a través de un derecho penal con una sensible pincelada de democracia social alejado de esa función latente de reafirmar y legitimar el ejercicio de violencia institucional contra quien, sin dudar, son los más vulnerables.-

Los vacíos legales no debe permitir que nos resignemos e ignoramos que un niño que no alcanzó la edad de 18 es un ser diferente a un adulto. La reacción, adjetiva o sustancial, debe ser sustancialmente diferente para ser justa y respetuosa del principio de igualdad, culpabilidad, y proporcionalidad.

La biografía del niño tiene que facilitar en el seno del proceso el juzgamiento del "niño real" sin autorizar o ser cómplice con la idea popular de que el niño real que vemos pasar por el Sistema Penal es el enemigo contemporáneo que solo merece ser segregado porque el Estado de manera continua desconoce sus derechos sociales, elementales para adecuada formación.

Somos todos cómplices, en verdad somos **TODOS RESPONSABLES DE ELLOS.**

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ALESSANDRO BARATTA, "Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal", Editorial Siglo XXI, Año 2000.
- BERGALLI, Roberto. "Sistema Penal y Problemas Sociales", Ed. Tirant lo blanch alternativa, Valencia, Año 2003, Roberto Bergalli,, (coordinador y colaborador)
- BERGER, L. Peter y LUCKMANN, Thomas. "La construcción social de la realidad", Edit Amorrortu Editores, Argentina, Año 2006
- CABEZAS SALMERON, Jordi. "Algunos conceptos especialmente relevantes en la normativa de menores", trabajo agregado al cuadernillo del master para el bloque III sobre Sistema de Justicia Juvenil.
- CABEZAS SALMERON, Jordi. La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socioculturales. Barcelona. Server de Publicacions UB, Ed. Electrónica. Col. Lecció Tesis Doctorals, TDX-0610103-112012.
- CRUZ, Andrés Martín. "Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal en razón de la edad" Estudios de derecho penal dirigidos por Carlos Maria Romeo Casabona. Edit. Comares, Granada 2004
- CRUZ, Andres Martín. "El menor y el adulto ante la moderna psicología evolutiva y ante la LO 8/2006 de modificación de la LORRPM" trabajo publicado en "Nuevo Derecho penal juvenil: un perspectiva interdisciplinar", Agustín Jorge Barreiro y Bernardo Feijoo Sánchez (eds), Ed Atelier, Barcelona 2008
- KESSLER, Gabriel. "Sociología del delito ameteur", Edit. Paidós, Temas Sociales, Años 2006,
- MIGUEZ, Daniel. Delito y Cultura. "Los códigos de la ilegalidad en la juventud marginal urbana", Editorial Biblos., Buenos Aires, 2008.-
- MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal parte general", 5ta edición., Barcelona, 1998, p 556
- PIAGET, Jean. "Seis estudios de psicología". Ed. Ariel. Sexta edición, 1988, pp 11 y 12
- ROXIN, Claus. "Derecho Penal parte general, Tomo I, Fundamentos de la estructura de la teoría del delito" Edit Civitas, Madrid, 1997, pp., 799/800.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio. "Derecho penal parte General", Edit. Ediar, Buenos Aires, Argentina, p. 350

**NOTAS CRÍTICAS  
A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA  
DE MENORES**

**Jordi Cabezas**

**Como cuestiones previas y en relación a la originaria Ley orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores cabría plantearse las siguientes cuestiones:**

Es una Ley que cierra una etapa de corrección/reforma/protección eminentemente paternalista y que se adecua al nuevo marco constitucional y a los Tratados internacionales suscritos por España en su incorporación al concierto de estados garantistas. En definitiva una ley sancionadora-educativa con todas las garantías.

El menor deja de ser objeto de tutela para convertirse en sujeto de derechos, y en consecuencias con obligaciones exigibles, cuyo incumplimiento se le recriminará, por cuyo incumplimiento se le responsabilizará.

Y así entramos en la cuestión de la responsabilidad del menor. Y si bien el tema lo he tratado en otro artículo (*“Algunos conceptos especialmente relevantes en la normativa de menores: Responsabilidad penal del menor e Interés superior del menor”*) ya deberemos plantearnos hasta qué punto puede exigirse una responsabilidad penal a quien es inimputable por menor edad; lo cierto es que ninguna. El menor de edad, por su propia esencia, no recibe la llamada de la norma con la misma intensidad que un adulto, lo que obviamente repercute en su capacidad de culpabilidad. En todo caso se está hablando de “otra” responsabilidad, la del menor, que únicamente en supuestos de enajenación mental, etc. desaparece del todo –y en cuyo caso se le aplica una medida, no de seguridad, como a los adultos, sino de las sancionadoras, lo que resulta censurable-. Resulta criticable denominar “penal” a esa otra responsabilidad del menor, a la que la propia ley

denomina en ocasiones responsabilidad “sancionadora”, salvo que debamos entender que un menor sólo es inimputable si además está enajenado, embriagado, etc. Aún así no es adecuado, en mi opinión, el término responsabilidad penal cuando no se impone pena. En definitiva, sigue sorprendiendo que a un menor se le considere responsable penal, cuando no es imputable como un adulto, salvo que nos refiramos a una responsabilidad penal de segundo nivel -como se ha dicho-: la del menor. Pero sabido es que no existe responsabilidad penal sin culpabilidad y sin ésta no cabe el delito, y desde el momento en que a un menor no se le imputan delitos ni faltas sino hechos que de ser mayor de edad serían constitutivos de delito o falta, es que no le reconocemos esa responsabilidad.

Conviene, asimismo, estar alerta respecto a ese “indefinido” concepto del “interés del menor” promulgado universalmente (y que viene siendo entendido como la evitación de delincuencia futura, mediante un proceso meramente educativo), ante el que no deben ceder las garantías derivadas de los derechos del niño, constitucionales y procesales, ni otros principios del derecho penal. El interés supremo del menor imputado pasa, ante todo, por considerársele sujeto del derecho de defensa. Y como luego se dirá, la existencia de multiplicidad de garantes de ese interés en el proceso: Juez, M<sup>o</sup> Fiscal, Equipo técnico, Defensa, pudiera comportar necesariamente, multiplicidad de ópticas sobre ese concepto. Pero en un modelo de responsabilidad y sanción, las garantías priman. Tampoco debe pasar por alto la contradicción existente entre la exigencia de una responsabilidad jurídica al menor -ya cuestionada-, y el propio concepto de interés superior de ese mismo menor, en base al cual aún quedan tendencias a la tutela -en no pocas ocasiones- como persona no capaz<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - En nuestra experiencia profesional como defensores, hemos presenciado casos en que el Juez, al dictar sentencia absolutoria de viva voz, le manifiesta al menor “que lo que ha hecho -el acto imputado- es incorrecto, pero que no le aplica ninguna medida por falta de pruebas”. Absurda contradicción. Le absuelve pero le “amonesta”. Y es mas, parece que le absuelve “porque no le queda mas remedio”, como si de una absolución de segunda clase se tratase. Y sin embargo el derecho constitucional a la presunción de inocencia hace que el muchacho entre inocente en la audiencia y únicamente si existen pruebas en su contra presentadas, por la acusación (a quien corresponde la carga de la prueba), quedará enervada tal inocencia. Si no hay pruebas se es inocente, pues nunca se dejó de serlo. En definitiva una inocencia “con

Asimismo, también cabe efectuar planteamientos críticos respecto a la figura de la conformidad y a sus posibles vicios, tales como el fomento de estrategias posibilísticas, ambiente de inducción, etc. Y si bien nada es mejor que el noble y libre reconocimiento de los hechos, con ofrecimiento de reparación de la ofensa –sin abusos ni exigencias vergonzantes- no debemos “bajar la guardia” ante aquellos riesgos. Por otro lado, la llamada *justicia reparadora y de mediación*, refuerza la aproximación a la ciudadanía, brinda protagonismo a la víctima, que tras ser escuchada puede ser mejor reparada de los daños sufridos, en tanto que contribuye a que el agresor asuma responsabilidades tomando conciencia de la situación de la víctima, y todo ello permite la mejor solución de determinados conflictos; no debe olvidarse, sin embargo, que el derecho público tiene unas exigencias distintas al privado, y que ello hace difícil, en ocasiones, esa conciliación entre partes.

Debe insistirse en lo crucial de evitar resultados de “etiquetaje” en estas edades, en que ciertamente resultan profecías que se cumplen a sí mismas, generando carreras delictivas que serán apreciadas como manifestación de “peligrosidad”, lo que nos pueden retrotraer al derecho penal de autor.

En ese contexto de la estigmatización, deberá evitarse que esta jurisdicción alcance a menores que a pesar de cometer actos leves, aún típicamente antijurídicos, puedan englobarse - por las circunstancias del caso- en las conductas irresponsables propias de los niños, que deben quedar al margen, evitándose con ello exageraciones innecesarias del todo (reforzando con ello los principios de mínima intervención, última ratio y también el de oportunidad (por el que incluso el M<sup>o</sup> Fiscal, puede no iniciar un expediente –aunque ello, a su vez, es criticable por la ausencia de control jurisdiccional-

Cabe criticar aquí que algunas medidas llegan a parecerse sobremanera. Así la asistencia a centro de día es muy similar a la libertad vigilada con una regla de conducta que establezca la obligatoriedad de acudir a uno de esos centros, y también puede resultar parecida a la realización de alguna tarea socioeducativa. Y por otro lado, la

mayúsculas”. Criticable actitud paternalista, y de prejuicio, con poco respeto a las garantías procesales constitucionalmente consagradas. El interés máximo del menor pasa por el respeto “de verdad y no de mera fórmula” a sus derechos como persona.

convivencia con otra persona, familia o grupo educativo puede resultar más una medida de protección que una resultante de responsabilidad penal.

Se plantea una vulneración a los imperativos de la propia ley – relativos a la especialización de los operadores jurídicos–, habida cuenta de que las Salas de las Audiencias Provinciales no están compuestas, a día de hoy, por magistrados especializados en la jurisdicción de menores.

En esta época de demandas de seguridad a cualquier precio, recordemos que *“Seguros pueden y deberían ser, sobre todo, los sujetos portadores de derechos fundamentales universales”*. Alessandro Baratta (para recordarnos que la política criminal no debe recortar –con su actual ideología– esos derechos en aras a la seguridad, entendida ésta como seguridad de la nación, pues ello crea inseguridad en los ciudadanos individuales respecto a sus derechos citados; y que la verdadera seguridad es la del ser individual) y que *“Quienes quitan libertad en aras de la seguridad, no se merecen ni lo uno ni lo otro, ni libertad ni seguridad”*, Henry Adams, historiador y filósofo norteamericano, n. en Boston (Mass.) el 1838 y m. en Washington el 1918.

Si bien los bajos índices de reincidencia , no dejan de ser unos buenos indicadores de éxito de las medidas aplicadas, a “sensu” contrario quizás no les correspondan una correlación tan lineal, pues en ocasiones las medidas sobre el sujeto aún siendo las adecuadas, desfallecen después al volverse a la situación socioeconómica de origen, etc. que sigue siendo la causa primaria, a la que nadie presta atención, y que vuelve a actuar obviamente como caldo de cultivo de la delincuencia ya en etapa adulta (sin que ello cuente como reincidencia). En todo caso, tampoco debe considerarse a la reincidencia (figura criticable desde la óptica del “ne bis in idem”), como una carga imputable meramente al sujeto, por no haber mejorado su comportamiento a pesar del tratamiento recibido, pues siempre cabrá plantearse si éste ha sido el realmente adecuado; en definitiva parecería más justo un reparto de responsabilidades en ese terreno.

**Efectuemos seguidamente una primera aproximación a las variantes más significativas introducidas por la Ley orgánica 8/2006, del 4 de diciembre, por la que se modifica la ley orgánica**

## **5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios críticos**

**A)** Como cuestión inicial, debe indicarse que la nueva Ley no resuelve determinados déficits garantistas que existían en la normativa precedente, de entre los que cabe destacar la quiebra del principio procesal acusatorio, al no deslindarse los distintos roles de los operadores asegurando una suficiente descontaminación de éstos. Así, no cabe que el Juez de menores actúe como Juez de garantías en la fase instructora (con posibles decisiones sobre la adopción de medidas cautelares) y a la vez sea el Juez "juzgador". Ni cabe que el M<sup>o</sup> Fiscal actúe, a la vez, como defensor de los intereses de la sociedad, instructor del proceso y garante de los derechos del menor justiciable.

También el hecho de que en fase de instrucción, vigente la presunción de inocencia, el Equipo Técnico estudie al menor para recomendar la medida más adecuada en caso de condena, sigue generando disfunciones en el sentido de que se sondea respecto a aspectos tales como la forma en que ha interiorizado el hecho –que aún no se ha probado haya cometido- valorándose negativamente la no aceptación del mismo, etc.

Parece más lógico que el proceso tuviese dos partes: una hasta el juicio y de quedar establecida la autoría reprobable del injusto y sólo entonces –enervada ya la presunción de inocencia- proceder al estudio y recomendación de la mejor medida a aplicar. Por otro lado, y con el actual modo de operar, ¿hasta qué punto los informes recabados por este equipo a centros escolares, etc. no atentan a la intimidad e imagen del menor o contribuyen a su estigmatización en una fase en que es aún técnicamente inocente? Sin embargo el tema se ha mantenido como en la ley originaria

La anterior Ley Orgánica del menor, formalmente penal y con aspiración a resultar materialmente educativa, fallaba en su aplicación práctica por falta de recursos, y su Reglamento es la verdadera expresión de esa dificultad en aplicar las medidas propias del modelo educativo<sup>2</sup> y, por ende, enfatiza en las medidas privativas de libertad,

<sup>2</sup> Por falta de recursos y/o de voluntad real, que se plasman en déficit de educadores y de programas para las medidas de no internamiento, tales como tareas socioeducativas, convivencias, prestaciones en beneficio de la comunidad, etc.

su régimen y en el aspecto sancionador/disciplinario, centrándose prácticamente en él a lo largo de la mayor parte de su articulado, evidenciando con ello que, en la práctica, poco importa el tan encumbrado “Interés Superior del Menor”<sup>3</sup>, al no poder aplicar -en demasiados supuestos- una mejor medida educativa, por falta de programas suficientes, etc., aplicando entonces una alternativa *sucedánea* que, en más ocasiones de las que serían deseables, tan sólo sirve para cubrir el expediente.

Pues bien, las perspectivas que ofrece la nueva ley resultan aún mas desoladoras<sup>4</sup>, pues se trata, nuevamente, de una legislación “a golpe de noticia” traicionando los principios inspiradores de esta Jurisdicción especial.

Es una respuesta al sentimiento de miedo generado por los media y, a pesar de que en su propia exposición de motivos mantiene que no han aumentado los delitos graves<sup>5</sup>, endurece la acción sobre los menores, incluso respecto de aquellos infractores de preceptos que no han sido recogidos por los media y se incrementan, además, los supuestos de internamiento.

La nueva Ley llega a ser más restrictiva<sup>6</sup> con los menores -en bastantes aspectos- de lo que lo es la ley penal para el adulto (en la suspensión de pena, fines de semana en internamiento, responsabilidad civil...), y les trata como adultos en aquello que no les beneficia (prescripción, cárcel para los mayores de 18 años, etc.). En definitiva, estaremos ante una ley mucho más dura en términos

<sup>3</sup> Que por cierto debe ser objetivo de todos los operadores, aunque cada cual, desde su distinto rol -defensa, acusación, equipo técnico...- lo podrá entender de forma diversa.

<sup>4</sup> Se elimina, por ejemplo, la posibilidad de aplicar la legislación de menores a los mayores de 18 años y menores de 21 (jóvenes). Medida que nunca se ha podido llevar a cabo por falta de presupuesto y que se elimina sin haber podido valorar siquiera su utilidad.

<sup>5</sup> La exposición de motivos mantiene que “*debe reconocerse que, afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos –no más de tres- han tenido un fuerte impacto social...*”. Al respecto cabe reconocer que, como mínimo, el legislador se sincera. ¡He aquí la famosa presión social –mejor mediática-! Y por ello, la solución no es otra que gravar las medidas...

<sup>6</sup> Consecuente con la actual búsqueda de seguridad a cualquier precio

generales que la anterior<sup>7</sup>, que tan sólo pretende acallar las voces críticas -con la anterior ley- de algunos sectores de la sociedad que persiguen fines distintos a la educación de los menores infractores, apostando por la retribución, subvirtiendo así los pilares de la Jurisdicción especial de menores. Se añaden medidas en relación a determinados delitos, sobre todo de violencia doméstica/de género y se apuesta simple y llanamente por una mayor duración en las medidas<sup>8</sup> para todos las infracciones (delitos -graves y actuación en grupo- y faltas); más dureza en su cumplimiento (internamientos semiabiertos y terapéuticos) obviando a los mayores de 18 años; incremento de internamiento cautelar; y apuesta por satisfacer los ánimos vindicativos con la apertura a la acusación particular olvidando el interés del menor.

Se mantiene la posibilidad de gestión privada de los centros de privación de libertad lo que no deja de ser preocupante. Resulta, eso sí, positivo el tema de la acumulación de medidas y que por fin se tramite en un solo procedimiento la responsabilidad civil y la penal.

**B)** Como miscelánea ya más concreta de las variantes introducidas por la Ley, enumeremos los aspectos más significativos:

- Se detallan las medidas, añadiendo algunas<sup>9</sup>. Sin embargo se continúa sin tener la garantía de cual medida corresponde a cada tipo penal, dejando en manos de los jueces y de la valoración del equipo técnico, la elección de la medida concreta y de su graduación.

<sup>7</sup> Incluso podría ser más beneficioso el C.P. de 1973 en cuanto a menores de 18 y mayores de 16 por cuanto, se les trataba como adultos en cuanto a redenciones de pena y suspensión de la misma, y sin embargo tenían la atenuante de minoría de edad.

<sup>8</sup> Y salvo que se olvide el aspecto educativo para abrazar el retributivo puro, es absurdo pretender que si en cinco años, por ejemplo, no se ha reeducado -tiempo ha habido en esa fase de la vida- ello se logre con más.

<sup>9</sup> En lo relativo a la posible aplicación de inhabilitaciones absolutas para determinadas infracciones, con ello podemos estigmatizar al menor por algún tiempo de su etapa adulta, que justamente es de lo que no se trataba. Todos los valores inspiradores de esta jurisdicción van saltando, sistemáticamente, por los aires.

Esta flexibilidad, absolutamente precisa en la Jurisdicción de menores - ajena al retribucionismo-, puede también generar disfunciones, pues si bien el entorno y circunstancias familiares aconsejaran tratamientos distintos de un mismo hecho, también pueden generar prejuicios y discriminación; y en la práctica, ello acontece<sup>10</sup>. Se ha dejado pasar la ocasión de introducir algún factor de control al respecto. La regla de conducta, aplicable a la libertad vigilada, consistente en la “obligación de residir en un lugar determinado”, recuerda ahora, también en esta Jurisdicción, al indigno destierro Y la prevista posibilidad de imponer “*Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona*”, puede resultar adecuada, pero con claro riesgo de generar inseguridad jurídica. Asimismo, resulta sorprendente que, ahora para las faltas, se pueden aplicar también las medidas de libertad vigilada, permanencia de fin de semana, privación del permiso de conducir y prohibición de aproximación (novedosa)<sup>11</sup>.

- Se incorpora como nueva medida la prohibición al menor infractor de aproximarse o comunicarse con la víctima o su familia u otra persona que determine el juez, y se añade como causa para adoptar una medida cautelar el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima, pudiendo establecerse como medida preventiva el alejamiento o no aproximación. Debe indicarse aquí que tratándose de menores -que normalmente conviven con familiares- caben resultados paradójicos cuando la infracción se haya cometido contra éstos, aunque la cuestión se halle algo prevista en la ley.
- Se amplían los supuestos en los que se pueden imponer

<sup>10</sup> Se cumple el dicho de que “a quien menos tiene, menos se le da”, generándose una segunda injusticia.

<sup>11</sup> Es decir la medida para un menor infractor puede resultar más grave que para un adulto, ya que no se contempla la suspensión de la pena, y cabe que por una simple falta se prive de libertad.

medidas de internamiento en régimen cerrado a los menores, añadiendo los casos de comisión de delitos graves y de los que se cometan en grupo o cuando el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. Deberá determinarse bien el alcance del término banda, para no criminalizar a cualquier grupo de jóvenes.

- Se adecua el tiempo de duración de las medidas a la entidad de los delitos y a las edades de los menores infractores<sup>12</sup>. Se trata de una ligera recuperación del principio de proporcionalidad, frente al del interés del menor pero que, curiosamente, juega mayoritariamente en contra del reo.
- Se suprime la posibilidad de aplicar la Ley a los jóvenes (comprendidos entre dieciocho y veintiún años)<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> En ocasiones con un incremento escandaloso del tiempo de internamiento de los menores en centros (endurecimiento en la extensión de la medida). El nuevo art. 10, algo farragoso, y que distingue entre menores de 16 años y mayores de 16, y entre tipos de infracción a los efectos de determinadas decisiones -lo que en ocasiones puede resultar discutible-, es una muestra de ese incremento temporal. Otra cuestión a considerar es que el cumplimiento de arrestos de fines de semana lo sea en centros de internamiento, cuando para los mayores de edad se ha eliminado esa modalidad, haciendo que se cumpla como localización permanente mucho menos gravosa. También merece un comentario adicional el establecimiento de periodos de seguridad en el cumplimiento de medidas que no deben ser retributivas sino educativas, en que ningún periodo debe establecerse, para la modificación o suspensión, etc. de la medida, si el objetivo educativo se ha alcanzado. De nuevo aflora el espíritu retributivo -se trata de penar-, que resulta sustancialmente incompatible con esta Jurisdicción.

<sup>13</sup> Aspecto ya criticado con anterioridad. Al respecto cabe indicar, como establece la circular 5/07 del Consejo General de la Abogacía Española, que "el artículo 69 del Código Penal establece la posibilidad de aplicar a los mayores de 18 años y menores de 21 las disposiciones de la ley reguladora de responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que la misma estableciera. El artículo 4 de esta Ley determina que la aplicación será posible cuando el Juzgado de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el Letrado y el equipo técnico de Fiscalía, así lo declare en base a determinadas circunstancias. La entrada en vigor del citado régimen fue suspendida por la LO 9/00 y LO 9/02, hasta el 1 de enero de 2007. El legislador decidió finalmente, tras varios cambios de parecer, suprimir definitivamente el citado régimen en la LO 8/06 (comentada en el presente artículo), que publicada en el BOE de 5 de

- Se faculta al juez para poder acordar - previa audiencia del Ministerio Fiscal y la entidad pública de protección o reforma de menores -, que el menor que estuviese cumpliendo una medida de internamiento en régimen cerrado y alcanzase la edad de dieciocho años, pueda terminar de cumplir la medida en un centro penitenciario. Y ello será así, cuando su conducta no responda a los objetivos propuestos en la sentencia. Aún admitiendo, de forma excepcional tal previsión y su indiscutible funcionalidad para el centro de menores, lo cierto es que nos retorna al denostado derecho penal de autor, y ello debe censurarse; endurecemos el régimen de cumplimiento, por la mala respuesta del interno al tratamiento recibido –de la que quizás algo de responsabilidad deba buscarse en ese propio tratamiento educativo- y no por el ilícito que cometió.
- Si la medida de internamiento en régimen cerrado se impone al que ha cumplido veintiún años o, impuesta con anterioridad, no ha finalizado su cumplimiento al alcanzar dicha edad, el juez ordenará su cumplimiento en un centro penitenciario, salvo que excepcionalmente proceda la sustitución o modificación de la medida. Entendemos criticable la previsión legal, ya que parece más adecuado un tratamiento a la inversa de la problemática, no endureciendo el régimen de cumplimiento por el hecho de asumir edad, dado que el reproche a su conducta lesiva lo fue considerando su edad en el momento de realizarla; edad que comportaba una capacidad de culpabilidad o imputación personal mermada. Debe indicarse que con esta previsión y la comentada en el punto anterior, resultará que la mayoría de jóvenes de 18 años de las cárceles (C. Penitenciarios) serán los que provengan de

diciembre no entra en vigor hasta el 5 de febrero de 2007. Todo ello determina que exista un período en el que está vigente la posibilidad de aplicar a los mayores de 18 años y menores de 21 la legislación de menores tanto a los hechos cometidos en el citado período, aunque los mismos se instruyan con posterioridad, como a aquellos que cometidos con anterioridad aún se halle en instrucción, enjuiciamiento, recurso o ejecución”.

la Jurisdicción de menores, pues los mayores de 18 años que delincan sin estar bajo la Jurisdicción de menores, no ingresarán en prisión, en su mayoría, hasta pasado un tiempo debido a las dilaciones en el proceso o incluso nunca, debido a la posible suspensión de las penas. Una tremenda paradoja.

- Se amplía la duración de la medida cautelar de internamiento, que pasa de tres meses, prorrogable por otros tres meses, a seis meses prorrogable por otros tres meses.  
Considerando el difícil equilibrio entre esa medida cautelar y el derecho constitucional a la presunción de inocencia, nos hallamos ante una nueva devaluación del tal derecho, máxime cuando esa decisión se toma dada la lentitud del procedimiento, por falta de recursos asignados.
- Se contravienen, además, los Convenios Internacionales al respecto suscritos por España, que recomiendan una duración mínima de tal medida en esta Jurisdicción<sup>14</sup>. Y esta mayor duración, genera el riesgo —a pesar de la equidad del Juzgador— de condicionar posteriormente las sentencias condenatorias para justificar el tiempo de medida preventiva.
- Se revisa el régimen de imposición, refundición y ejecución de las medidas, otorgándose al juez amplias facultades para individualizar las que deba cumplir el menor infractor.  
Resulta un aspecto positivo de la ley que se contemple la acumulación de medidas con la posibilidad de aplicar el doble de la más grave y se establezca el límite máximo de cumplimiento en los 10 años<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Y conviene señalar, además, que la propia previsión legal al respecto de la medida cautelar "*Para la adopción de la medida cautelar de internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, valorando también las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga, y, especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza*", consagra, en su última frase el ya superado y censurable Derecho Penal de Autor.

<sup>15</sup> Debe manifestarse que la disposición legal respecto a que "*El Juez que adopte la resolución prevista... (refundición/ejecución) se hará cargo en lo sucesivo de la ejecución de la medida o medidas impuestas en la misma, con exclusión de los órganos judiciales que hubieran dictado*

- Se refuerza la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas y los perjudicados, entre los que se encuentra el derecho a personarse en el expediente, constituyéndose en parte, y a ser informado en todo momento, se hayan personado o no en el procedimiento, de aquellas resoluciones que afecten a sus intereses <sup>16</sup>. En definitiva, al poder convertirse la víctima en “parte” -en sentido pleno y en contra de lo anteriormente establecido, como si se tratase de una Jurisdicción normal en que la víctima puede ejercer la pretensión punitiva, sin limitarla aquí a la acción civil-, corremos el riesgo de que dicho actor olvide el espíritu educativo propio de esta Jurisdicción, y centre sus pretensiones en el aspecto retributivo.
- Se establece el enjuiciamiento conjunto de las pretensiones penales y civiles. Lo que comporta una considerable economía procesal y resulta ventajoso para el menor, al evitarle más contactos con la Jurisdicción.
- Se recogen en el proceso de menores las nuevas misiones del secretario judicial previstas en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003.
- Se incluye una modificación de los artículos 448 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a los que se añade un nuevo párrafo, a fin de dotar de mayor protección a los menores víctimas de determinados delitos, donde se prevé que cuando se trate de testigos menores de edad víctimas de delitos contra

*las anteriores resoluciones*”, puede resultar peligrosa en ocasiones y debiera estudiarse a fondo, pues aleja al menor del órgano sentenciador y de su previsión al establecer la medida. En cuanto a la ejecución de las medidas y en particular a que *“Las medidas de libertad vigilada contempladas se ejecutarán una vez finalizado el internamiento en régimen cerrado”*, sigue vigente la cuestión de si serán ya necesarias o no.

<sup>16</sup> Creemos que si no está personada, debiera ser más restrictivo el traslado de resoluciones, para lesionar al mínimo el derecho del menor a su intimidad, y así parece preverlo la ley.

la libertad e indemnidad sexual, el Juez o Tribunal necesariamente debe acordar que se evite la confrontación visual del mismo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de las distintas pruebas (declaración, interrogatorio)<sup>17</sup>.

Esta modificación entró en vigor al día siguiente de la publicación de la ley, que en su conjunto tiene una "vacatio legis" de dos meses.

- Se establece que la competencia para conocer de los delitos previstos en los artículos 571 a 580 del Código Penal corresponderá al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional. Con ello se está potenciando la rechazable figura de los Juzgados de excepción, incluso a costa de los menores.
- Se establece una prescripción para determinados delitos que es idéntica a la de los adultos, con riesgo de una ralentización del procedimiento y de que la respuesta a los menores, pasado demasiado tiempo desde la comisión de los hechos, les resulte ya inútil a nivel educativo.
- Se mantiene finalmente el derecho del menor detenido a entrevistarse con su abogado antes y después de las declaraciones, en contra de la iniciativa de que sólo fuese después -plasmada en el anteproyecto-, y que constituía un claro retroceso en el derecho de defensa del menor respecto a lo previsto en la anterior ley.

**C) En conclusión,** la reforma cumple con la estrategia criminológica imperante en el actual ambiente neoliberal (satisfacer el sentimiento retributivo, confinamiento del peligro y manejo del riesgo).

<sup>17</sup> Bien, siempre y cuando no merme el derecho de defensa del imputado en ese proceso de adultos, en que el menor comparece como víctima o testigo. Parece claro que tal innovación responde a la publicidad otorgada al juicio celebrado hace unos meses en la Sección 2ª de la APB donde los testigos menores de edad fueron llamados a prestar declaración en juicio, lo que levantó una enorme e inducida polémica social.

Se integra en un discurso reaccionario, propagador de una cultura defensiva, promotora del miedo -como se dijo-, que es asumida por una sociedad cada vez más vulnerable por la instalación del pensamiento único y la desorientación de sus miembros<sup>18</sup>

Nos seguimos hallando ante otra importación ideológica encaminada a reafirmar un determinado orden social –que beneficia a unos pocos- a través de instrumentos punitivos (léase Derecho Penal “del enemigo”, “de excepción”, etc.). Y el tema sigue.

Conviene indicar aquí que, asimismo, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, está en la línea general de endurecimiento de la ley, que ya se ha criticado.

Y desgraciadamente, a fecha 2010, el debate sobre el tema entre la ciudadanía en España, insiste en la disminución del límite inferior de la edad penal hasta los 12 años en lugar de los catorce actuales y en un mayor endurecimiento, aún, de las medidas, lo que pone de manifiesto la nula voluntad de entender al menor como un ser con capacidades cognitivas y volitivas distintas cuantitativa y cualitativamente a las del adulto (como es sabido la psicología evolutiva propugna en general como límite inferior para exigir algún tipo de responsabilidad los 14 años, considerando como límite para el alcance pleno, a efectos de completa responsabilidad, los 20). El actual modelo juvenil de justicia o de responsabilidad debe considerar al joven como sujeto con plenitud de derechos, y pese a que no cabe derecho sin obligación, en esta edad de tránsito esa exigencia de responsabilidad debe ser –en aras al principio de igualdad que propugna el trato desigual a los desiguales, y obedeciendo a principios de humanidad- distinta y menor a la del adulto. En consecuencia las medidas a aplicar al menor son educativas y no retributivas; se le debe dar lo que no tuvo y se le debe dar con afecto y cariño y no con dureza. Y la verdad se nos escapa en que medida un aumento del número de años de internamiento (ya pueden ser diez) sirve, como se dijo, para educar mejor a nadie. Pero está claro que sirven para castigar más, sólo que ese no es el espíritu de esta jurisdicción especial que así viene y sigue subvirtiéndose.

Parece que más que proteger al menor infractor que es ante todo víctima de su entorno, y con ello proteger al resto de la sociedad,

<sup>18</sup> El famoso “rebaño desconcertado” en expresión de Noam Chomsky.

se trata de protegernos sin más de él. Se ha pasado -en frase ya acuñada- de "un miedo por el menor a un miedo del menor".

Sólo así se explica la importación en nuestro país de protocolos de evaluación del riesgo tales como el **SAVRY** (valoración estructurada del riesgo de violencia en los jóvenes/Structured Assessment for Violence Risk in Routh), que se aplican a cualquier menor presunto infractor, desde que se le detiene y aplica medida cautelar. Ese es un tema que hemos denunciado desde el Observatorio del Sistema Penal y Derechos Humanos al Síndic de Greuges<sup>19</sup> que ha efectuado un pronunciamiento favorable a nuestras pretensiones, partiendo de la base de que es absurdo preocuparse por el riesgo futuro que emane de quien aún es inocente por imperativo constitucional relativo al derecho a la presunción de inocencia. E inocente es aquél que aún está a la espera de juicio.

Y aquí el interés superior del menor implicado en un proceso de corte no tutelar/paternalista sino de responsabilidad (si bien distinta a la del adulto) no es otro sino el respeto a sus garantías procesales. Pero esta cuestión será muy probablemente objeto de un artículo distinto.

Creo que es responsabilidad de todos el hacer llegar, en la medida de nuestras fuerzas, este mensaje a la ciudadanía: Los menores son fruto del entorno, ni deben responder como los adultos, ni deben ser objeto de castigo, se les debe dar lo que no se les dio. La dureza y violencia puede saciar el -si se quiere comprensible sentimiento vindicativo de las víctimas- pero sólo crea a su vez, más violencia, y ello es contraproducente socialmente hablando. Más política social y menos penal, más ataque a las causas y no a los efectos, aunque ello comporte el desmantelamiento del actual estado de cosas, que en detrimento de muchos, beneficia a unos pocos, lo que lleva a promover un cambio en el sentido de cuestionar al servicio de quien se halla el derecho penal, y a estudiar y cuestionar la génesis de los sistemas de control imperantes.

<sup>19</sup> Equivalente catalán al Defensor del Pueblo español

## **AUTORES**

**GABRIEL BOMBINI.** Abogado por la UNMDP. Magister y Doctorando de la Universidad de Barcelona, España. Prof. Adjunto a cargo de la Titularidad en la Cátedra de Criminología y Prof. Adjunto de Derecho Penal I. Co-director de la Maestría “Sistemas Penales Comparados y Problemas Sociales” UB-UNMDP, 2008-2010, y actualmente “Criminología y Sociología Jurídico-Penal”, UB-UNMDP, 2011 y sigue. Secretario del Departamento de Derecho Penal, Consejero Académico Suplente e Investigador Categorizado de la Facultad de Derecho de la UNMDP. Prof. de posgrado invitado en la UB-España, Guayaquil-Ecuador, UNR, UNL, UNS. Autor de varios libros y publicaciones.

**IÑAKI RIVERA BEIRAS.** Doctor por la UB, España. Prof. Titular del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UB. Director del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos y de la especialidad de doctorado y del Máster Oficial en “Criminología y Sociología Jurídico Penal”, UB, y también en la versión ofrecida en la UNMDP. Prof. invitado en numerosas universidades europeas y latinoamericanas. Coordinador del grupo de investigación de la Universidad de Barcelona para el proyecto europeo “Challenge, Liberty, Security”. Autor de numerosos libros y artículos sobre temas de sistema penal, historia y sociología de la prisión, criminología y política criminal publicados en España, Europa y América Latina.

**JULIAN AXAT.** Abogado. Poeta. Defensor Oficial del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil en el Departamento Judicial de La Plata. Estudiante de la Maestría en Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Autor de diversos ensayos y artículos sobre temas de responsabilidad penal juvenil, y coautor de “Políticas de Terror. Las formas del terrorismo de Estado en la globalización”, editado en el año 2007 por Editorial Ad hoc.

**ANA LAURA LÓPEZ** Licenciada en Sociología (FSOC, UBA). Magister en Investigación en Ciencias Sociales (FSOC, UBA). Doctoranda en Ciencias Sociales (FSOC, UBA). Integrante del Observatorio de Adolescentes y Jóvenes y del Grupo de Estudios

Sobre Sistema Penal y Derechos Humanos (IIGG-FSOC,UBA). Trabaja temáticas de sociología del sistema penal juvenil.

**FERNANDA SAUMELL.** Abogada por la Universidad de Mar del Plata. Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Mar del Plata. Estudiante del Master “Sistemas Penales Comparados y Problemas Sociales”, UB-UNMDP. Defensora Oficial del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial Mar del Plata. Autora de diversas publicaciones vinculadas al derecho penal, de la ejecución penal y al derecho penal juvenil.

**JORDI CABEZAS SALMERON.** Abogado. Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad de Barcelona, España, Tesis Doctoral “La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socioculturales. Docente del Master “Criminología y Sociología Jurídico-Penal”, y Miembro del Observatorio del Sistema Penal y los Problemas Sociales de la UB. Autor de diversos artículos y especialista en derecho penal juvenil.

## INDICE

## INDICE

	7
Presentación	
Juventud y penalidad: la construcción del “enemigo social” <i>Gabriel Bombini</i>	9
Los presupuestos ideológicos de una justicia penal de/para los jóvenes (hegemonía y anomalías de un difícil vínculo social <i>Iñaki Rivera Beiras</i>	33
Una voz no tan menor. Apuntes sobre jóvenes infractores, performances y estrategias defensivas. <i>Julian Axat</i>	51
La ley y sus laberintos: acerca de la trama de relaciones de poder en el proceso de reforma legislativa bonaerense en materia de infancia <i>Ana Laura López</i>	95
Una ciencia penal diferente y una respuesta estatal diferente frente al delito cometido por adolescentes <i>Maria Fernanda Saumell</i>	167
Noticias críticas a la legislación española de menores <i>Jordi Cabezas</i>	211
Autores	229

