

## ***Adolescentes NI.NI. Ni menores, ni jóvenes, ni conflictivos, ni locos***

Infancia, adolescencia y cuestión penal.

*Y fue así de golpe, yo abrí medio dormido y me miró:  
“vos que vivís en esta casa seguramente pudiste darle a tu hijito todo lo que me papá no pudo darme y quería que se pasara  
andando un arranca de chiquito con cinco hermanitos sin juguetes y consejos y toda la responsabilidad desde conseguir un  
paño de moneda se aparta para morfar por lo menos de noche con fiebre en el corazón y sin remedios que curenes jodido que me  
pidan que actúe como los que tienen envidia por que yo desde que me a cuerdo estoy muerto”*

*No me pidió nada y se fue.*

Poema “Diario”: MEDRANO, Marcelo. Neuquén. 2.013

*“En el estado normal de las sociedades implica la enfermedad de los individuos, un cierto índice de mortalidad; como un cierto índice de criminalidad es indispensable para la salud colectiva”*

Durkheim, Emile.

*Las narraciones, dice Michel de Certeau, anteceden “las prácticas sociales en el sentido de abrir un campo para ellas”.<sup>2</sup>*

PIRES DE CALDEIRA, Teresa, “*Ciudad de Muros*”. 2007.

### **Introducción**

#### ***Niñez y cuestión penal***

Debo comenzar con aclaraciones, la primera es que la invitación a escribir siempre es una oportunidad para recuperar, *aggiornar* o modificar textos e ideas que tenemos desorganizadamente. Por ello, lo que presento a continuación, son reflexiones inconclusas, inestables o comienzos posibles, que propongo como una conversación escrita.

La segunda aclaración es metodológica, la bibliografía citada, tal vez a simple vista abundante, se explica en tanto responde a tres sentidos o propósitos además de la cita textual. El primero es la de apuntar que en el caso concreto se trata de una lectura personal e indicar su influencia teórica, el segundo como invitación y guía para que el lector pueda profundizar lo propuesto en el artículo, y el tercero la de ofrecer y disponer del material utilizado a los lectores que lo soliciten para un intercambio bibliográfico.

En una primera aproximación, *adolescencia y cuestión penal* resulta ser un tema que excede enormemente los límites y las texturas jurídicas, requiriendo una colaboración, cooperación y perspectivas ineludibles de otras ciencias como la sociología, la historia, la antropología, la etnografía, la psicología, la política y aun las ciencias médicas.

Me atrevo a decir, que lo “*jurídico/normativo*” debería ser solo una de las herramientas de una mirada multi o transdisciplinaria. Más aún cuando la cuestión jurídica/normativa tiene la dimensión *de lo penal*. Es decir la incorporación de violencia y castigo, de la “*distribución estatal de dolor*” según la gráfica expresión de Nils Christie.

<sup>1</sup> Libro *Vagabundos*, Poema “*Diario*” de Marcelo Medrano. Poeta y volante, creativo en ambas disciplinas. pag.35.

<sup>2</sup> *Ciudad de Muros*. 2007. Teresa Pires de Caldeira. Gedisa. Pag.33.

La temática de niñez y el sistema penal (subsistema normativo, agencias judiciales, agencias de control) es una materia subestimada en el análisis, por lo cual sus espasmódicos acercamientos sociales al tema suelen ser simplistas, superficiales y estigmatizadores de lugares y grupos. No obstante, el sistema penal adolescente -su derecho, su proceso, su teoría y su sociología-<sup>3</sup> se encuentra en la actualidad en un momento muy interesante de construcción teórica y disciplinaria especializada e independiente.

Estas breves líneas pretenden, justamente, “pensar” *la niñez y la cuestión penal* desde nuestras prácticas y discursos, pero para incidir en nuestras prácticas y discursos. La línea de trabajo, entonces, posee una agenda marcadamente activista y deconstructivista como genealogía del presente.

Ello en dos frentes, por un lado, la *línea de deconstrucción del paradigma tutelar* a uno convencional o de protección y por otro una *línea* más novedosa y superadora de la anterior que tiene que ver con la interpelación y deconstrucción del derecho penal de adultos y la búsqueda de un sistema penal especializado. Durante el artículo me referiré a ellas como *primera línea* y *segunda línea de deconstrucción* respectivamente

La *primer línea de deconstrucción*, ya es casi un *mainstream* en nuestros días, se trata de toda la producción científica realizada previa<sup>4</sup> pero fundamentalmente posterior a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989) que trata de desandar el camino “tutelar”<sup>5</sup>. Esta corriente tiene como agenda la deconstrucción del paradigma tutelar con particular atención a la separación conceptual e institucional de las dimensiones civiles y penales de la infancia y la adolescencia apelando, particularmente, al reemplazo de la estructura jurídica que la sostenía. La propuesta, de esta primera línea, será entonces la mudanza normativa y desde esa perspectiva ha logrado sus propósitos. Es así que nos encontramos en Latinoamérica actualmente con leyes de protección de la infancia que receptan los postulados del derecho internacional de los derechos humanos.

Sintetizando esta línea entiende que el sistema penal adolescente, es solo el derecho penal de adultos (mal dicho “general”) aplicado diferencial e, indulgentemente, a niños, niñas y adolescentes.

La *segunda línea de trabajo*, se ubica *postconvencionalmente* y entiendo asume este último desafío; superando la dicotomía tutelar/protección comenzando a pensar que no alcanza con un juzgamiento penal independiente para los adolescentes con el mismo sistema normativo, axiológico, ideológico y

---

<sup>3</sup> Cuando me refiero a “*sistema penal*”, pienso en ese complejo entramado de normas, leyes, instituciones, prácticas y personas vinculado al delito y su control siendo transversal a los tres poderes del Estado. Entre ellos pienso en el derecho penal y procesal penal, a la criminología, a la dogmática penal, a la justicia penal y sus operadores, a la policía especializada, a los dispositivos e instituciones del poder ejecutivo que intervienen con adolescentes, entre otros.

<sup>4</sup> Un texto preconvencional paradigmático de esta línea es el libro: “*Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores*” del argentino Raul Horacio Viñas de 1983 (Ed. Ediar). Se destaca también de esta época las *Reglas de Beijing* sobre Justicia de Menores de Naciones Unidas de 1985.

<sup>5</sup> La obra fundamental y fundante de esta corriente es *Los Salvadores del Niño o la invención de la delincuencia* de Anthony Platt, publicada en inglés 1969 y en castellano por Ed. Siglo XXI en 1982. En Argentina uno de los autores más destacados de esta corriente es Emilio García Méndez. Un texto importante en Latinoamérica fue *Infancia, adolescencia y control social en América latina* de 1989 una edición del Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre el Delito y la Justicia –UNICRI- Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente –ILANUD-. También todo el *soft law* jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sigue esta línea.

teórico de adultos. Gráficamente entre las líneas existen una relación continuidad o de intensidad, mas que una relación de dicotomía o paralelismo.

La autora más prolífica en esta segunda línea es la argentina Mary Beloff.<sup>6</sup>

Los antecedentes de esta segunda *línea de deconstrucción* se remontan al origen mismo del derecho penal.

Si retrocedemos hasta los umbrales del derecho penal moderno, ubicándonos en el siglo XVIII, vemos que se produce teórica -y normativamente- en un marco filosófico marcado por el contractualismo, con pensadores como Montesquieu, Rosseau, Locke, los cuales plantearon los principios generales del derecho penal al que aspiraban. Pero es Cesare Beccaria, con su “*De los delitos y de las penas*” de 1764<sup>7</sup> quien acoge, más o menos sistemáticamente, las ideas iluministas al ámbito del derecho penal, las cuales se mantienen hasta la actualidad.

Estas ideas contractualistas y del iluminismo penal se basaban, como toda teoría política, en un modelo de hombre, de sociedad y de Estado.

Deteniéndonos en el modelo de hombre que subyace en toda esta construcción teórica/normativa es fácil observar, en su faz práctica, que se refiere a un modelo particular de varón, blanco, adulto, propietario, católico y europeo. Basta leer la declaración francesa de los Derechos del Hombre, la declaración de Independencia de EEUU y la obra de Beccaria para observar esta homogenización.

El derecho penal así concebido nace necesariamente *totalizante* y muy poco permeable a las diferencias. El derecho penal *totalizante* trata como iguales a quienes no lo son, trata a todos/as como varones y adultos<sup>8</sup>.

Ahora bien, ¿quién o quiénes han quedado evidentemente afuera de esta, homogénea y totalizante, concepción?. ¿A quiénes se trató de invisibilizar con este derecho penal? Obviamente a las mujeres y a los niños, ambos comparten esta historia de invisibilización. Pero eso no es solo historia, es presente. Toda la concepción normativa y práctica actual del sistema penal tiene una fuerte vocación varonil y adulta<sup>9</sup>. Es una lucha de largos años – desde mediados de los “60- las que llevan a cabo las mujeres para ser reconocidas en sus diferencias frente al ámbito penal.

En el espacio de los niños y adolescentes la perspectiva especializada es incipiente y dificultosa porque todo lo construido, desarrollado, teorizado y evolucionado del derecho penal, reitero, es solo derecho penal de adultos (y varones). La invisibilización de la adolescencia no significa desinterés o no intervención estatal, sino que se trata de un mecanismo retórico, que enmascara la real intervención, en la etapa etaria estudiada.

Este artículo pretende aportar al develamiento de lo que se esconde detrás de los eufemismos construidos alrededor de la cuestión penal de la infancia y la adolescencia en el marco de la *segunda línea de deconstrucción*.

---

<sup>6</sup> Una síntesis actualizada de su pensamiento y postura puede verse en “*Argumentos para una discusión pendiente acerca del futuro de la justicia juvenil en la Argentina*”. 2012

<sup>7</sup> *De los delitos y de las penas*. C. Beccaria. Colección Grandes Pensadores. Ed. Lozada.2004.

<sup>8</sup> Sobre la construcción del paradigma penal y en particular de los derechos humanos se puede consultar el libro “*La invención de los derechos humanos*”. Lynn Hunt. Capítulos 3 y 4. Ed. Tusquets. 2010.

<sup>9</sup> Debemos resaltar el documento “*Declaración de derechos de la Mujer y de la ciudadana*” de 1791 que redactada por Olympe De Gouges como protesta por la exclusión de las mujeres de la Declaración de 1789, este documento nunca fue aprobado por la Asamblea francesa y ha tenido muy poca difusión.

### ***Ni menores.***

Sobre las ideas que subyacen – en realidad es bastante evidente-, respecto de la significación de rotular a un niño/a con la etiqueta de “menor” se ha escrito bastante y fueron unas de las primeras luchas discursivas de la *primera línea deconstructiva* del modelo *tutelar* o de la *situación irregular*<sup>10</sup>.

Sintéticamente el paradigma tutelar, frente los desafíos de las primeras grandes urbanizaciones o en Argentina a partir de la inmigración no querida y de la aparición de la denominada “*cuestión social*”<sup>11</sup> comienza a desarrollarse la idea de que el Estado –previamente era una actividad privada- debe hacerse cargo de la infancia desvalida. En nuestro país tiene su preciso origen cronológico con la Ley de Patronato de la Infancia N° 10.903 de 1919.

En términos generales, se trata de un modelo paternalista, ternurista de *crueledad bondadosa*<sup>12</sup> pero que con efectos prácticos de control social formal y duro y generalmente en prácticas de encierro<sup>13</sup>.

Esta norma se completa con la “Ley” 22.278 de la última dictadura militar aun vigente que regula el denominado “Régimen Penal del Menor”.

Se construye así una asimilación de los niños “*abandonados material o moralmente*” a los niños infractores de la ley penal con un común denominador *jurídico* de “menores”. Una clasificación de la infancia avalada jurídicamente y cargado de significación social generalmente peyorativa o lastimosa.

Es decir, existirían “los menores” por un lado y los niños por otro. Los primeros eran las personas menores de 18 años, es decir niños pero sin familia, los pobres, los excluidos de la educación, en situación de abandono y de calle, las excepciones, los anormales, los que están “*en conflicto con la ley*”; por lo tanto peligrosos y delincuentes. Nos encontramos, además que los *menores* son incompletos, incapaces y, cosificación mediante, objetos de intervención y disposición estatal sin interesar si se trata de una intervención penal o tutelar.

---

<sup>10</sup> Sólo por nombrar algunos trabajos: La invención del menor. Representaciones, discursos y políticas públicas de menores en la ciudad de Buenos Aires, 1882/1921. Tesis de Maestría. 2007; también Los hijos de los pobres. La imagen de la infancia desde el siglo XII, Hugo Cunningham.

<sup>11</sup> “Aproximaciones científicas a la cuestión del delito infantil en la Argentina. El discurso positivista en los archivos de Psiquiatría, criminología y ciencias afines (comienzos del siglo XX)” de María Carolina Zapiola, en Historias de la cuestión criminal en la Argentina de Maximo sozzo (Coord.) Ed. Del Puerto. 2009.

<sup>12</sup> “*La crueldad bondadosa. Sobre las formas no penales del castigo para la niñez y adolescencia en la Provincia de Buenos Aires*”, Julián Axat. 2011.

<sup>13</sup> La postura más radical de esta posición fue la ¿irónica? “*modesta propuesta*” inglesa de “*paternalismo caníbal*” de Jonathan Swift de comienzos del Siglo XVIII, “*Todos estarán de acuerdo en que este prodigioso número de niños en los brazos o en las espaldas o tras los talones de sus madres y frecuentemente de sus padres- es, en el deplorable estado actual del reino, un muy grande agravio adicional ; y, por lo tanto, cualquiera que descubra un método equitativo, barato y fácil para lograr que estos niños se conviertan en miembros útiles de la comunidad merecerá que el público le levante un monumento por haber preservado a la nación*” esa era la tierna preocupación y la propuesta era: *Un muy bien informado americano conocido mío en Londres me ha asegurado que un niño de un año bien alimentado es una comida deliciosa, nutritiva y sana, sea guisado, asado, al horno o hervido y no tengo duda que servirá también como fricasse o como ragout. En nuestra ciudad de Dublín podrían establecerse carnicerías a tal fin en los lugares mas convenientes y a los carniceros se le podría asegurar que no tendrán que esperar aun que recomendaría mas bien comprar a los niños vivos y aliñarlos calientes con el cuchillo como hacemos cuando asamos cerdos*”. “*Desde la “modesta propuesta de J. Swift hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños.* Filosofía, política y derecho de Ernesto Garzón Valdes Universidad de Valencia 2001. Pag. 731.

*Contrario sensu*, los niños son todos los demás personas menores de 18 años, los normales, los nuestros, lo que *no están en conflicto con la ley*.

Para el modelo tutelar que una persona sea menor o niño o adolescente, no es un dato etario o biológico, sino que significa si está o no *en conflicto con la ley* en situación de calle. Si se encuentra *“en conflicto con la ley penal”* es menor. El calificativo determina el sustantivo, lo accesorio a lo principal.

La definición socio/jurídica de una situación o de un grupo de personas determina, habilita, es funcional o legítima, como veremos con los términos jóvenes, conflictivos y locos, siempre una intervención estatal. Por ello desde este paradigma no sorprende que la intervención concreta exceda aun la ideología penal de la retribución (art. 1 “ley” 22.278).

La primera *línea de deconstrucción*, concentrada en dismantelar el panorama presentado por el paradigma tutelar, observa como una garantía y una conquista progresista la aplicación del derecho penal de adultos a la mayor cantidad de personas menores de 18 años.

### ***Ni Jóvenes***

En el proceso de *deconstrucción* del paradigma tutelar descubrimos y aprendimos el valor simbólico, axiológico y discursivo que el vocabulario tiene en el tema que estamos abordando. Y también que el cambio de un *“paradigma tutelar”* al *“paradigma de la protección”* no significó necesariamente un corte claro y definitivo de un lado hacia otro desde punto de vista teórico, normativo, ni siquiera territorial.

Mary Beloff nos habla de que, en realidad, hay continuidades y discontinuidades entre un paradigma y el otro<sup>14</sup>.

Entre las *“continuidades”*, encontramos la utilización del termino *“juvenil”* para referirse a la cuestiones penales de personas menores de 18 años que universal y jurídicamente son niños<sup>15</sup>. Encontramos que es usual el uso de la denominación *“Joven/es”*<sup>16</sup> aun cuando esa denominación no identifica a un grupo etario en forma precisa.

Como grupo de personas *“jóvenes”* es muy laxo y no existe consenso en su delimitación etaria, política, biológica o jurídica. Según cierto consenso internacional al respecto<sup>17</sup>, la etapa de la juventud correspondería a las edades entre 15 y 24 años. Por ejemplo para la Organización Mundial de la Salud, *“juventud”* comprende entre los 10 y 24 años. La Constitución neuquina diferencia claramente a los dos grupos etarios en los artículos 47 (Niñez y Adolescencia) y 48 (Juventud) para mayores de 18 años.

Esta situación de ambigüedad y ampliación etaria, además de la falta de precisión, tiene múltiples efectos nocivos.

---

<sup>14</sup> Modelo de la protección integral de los derechos del niño y la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. Justicia y derechos del niño. N° 1. Ed. UNICEF.1999.

<sup>15</sup> Art. 1 Convención sobre los derechos del Niño de Naciones Unidas.1989.

<sup>16</sup> De hecho la Fiscalía neuquina especializada se denomina Fiscalía Penal Juvenil, y aun mas insólito resultan los Tribunales Penales de la Juventud también en Neuquén. Los pocos trabajos de sociología del delito también toman la franja etaria 14/24 (*Inseguridad social, jóvenes vulnerables y delito urbano*. Ed. Espacio.2012).Una posible explicación de la palabra *“juvenil”* podría ser que se trata de una traspolación a nuestro país de la literatura criminológica anglosajona que utiliza habitualmente y desde principios del siglo XX las denominaciones *juvenile justice, juvenile deviance y juvenile crime*.

<sup>17</sup> Proyecto de Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes. Disponible en [www.oij.org](http://www.oij.org).

En primer lugar, tiene un impacto negativo en los medios de comunicación, tan presente en esta temática, en tanto identifican como delito juvenil o jóvenes delincuentes, a personas generalmente mayores de 18 años. Ello amplía objetivamente –al ampliar la edad-, la cantidad de delitos cometidos o imputados a jóvenes y afecta subjetivamente la sensación y percepción social frente a los hechos delictivos atribuidos a niños y adolescentes<sup>18</sup>. Concretamente, muchos de los hechos delictivos que los medios de comunicación masivos identifican como realizados por “jóvenes” son cometidos por personas adultas<sup>19</sup>. En segundo lugar, la utilización habitual de la palabra *Juvenil* en los medios permitiría evitar los mandatos convencionales (Art. 40, inc. 7 CDN) de protección de la identidad de los niños y adolescentes involucrados en situaciones de delito. Ello y sin extenderme en el análisis que requiere la teoría del *labelling*, refuerza el estereotipo criminal, el estigma personal y el temor social del / al “*pibe chorro*”<sup>20</sup>.

Se trata, entonces, de un efecto expansivo y reaccionario, porque no es que se extiendan las garantías legales de *plus protección* (CDN) del adolescente hacia los jóvenes -de abajo hacia arriba- sino que tiende a contaminar procesalmente de arriba – adultos- hacia abajo –niños y adolescentes.

En tercer lugar, el término “*juvenil*”, además de arbitrario, comparte con la idea de “*menor*” el pensamiento segmentador de la infancia, es decir, no se trata de niños, niñas y adolescentes, sino que en este caso, algunos de ellos serán “*jóvenes*”.

En cuarto lugar la categoría “*juvenil*” si bien vaga tiende a *adultizar* – e invisibilizar un tramo de la trayectoria vital “la adolescencia”<sup>21</sup> lo cual es realmente un inconveniente a la hora de tener una visión de la problemática. Aún frente a hechos reprobables, nunca dejan de ser *adolescentes* con todo lo que ello significa desde el punto de vista biológico, psicológico, cultural y social<sup>22</sup>: *un campo transicional, de ensayo y error, experiencias, juegos a ser “como si”, tanteos, vacilaciones, respuestas e identificaciones a partir del cual el sujeto irá construyendo las bases para la consolidación de la identidad*<sup>23</sup>. Relativizando la situación tan fuerte e intensa que significa el proceso de *adolescencia* en un contexto de sociedad de consumo, individualista, hedonista, de herencia cultural neoliberal y el impacto que ello tiene en el ámbito penal<sup>24</sup>. Este tipo de definición de la adolescencia tiene claramente una orientación de política criminal, ya sugerida en la Regla N° 1.2 de Beijing cuando

---

<sup>18</sup> Es casi una constante, aun cuando hay una tendencia hacia la baja, que la participación de los adolescentes representa entre el 4 y 5 por ciento del total de los delitos denunciados. Algunos ejemplos estadísticos se pueden ver en *Estado e Infancia. Mas derechos, menos castigo*. Perla Benegas Coord. 104. ed. Publifadecs2011. Para un estudio comparado ver *Mitos sobre la participación adolescente en el delito y la violencia*. DNI Internacional. Sección Costa Rica.

<sup>19</sup> *Crímenes y Pecados: de los jóvenes en la crónica policial*. Pag. 67. Leonor Arfuch. Ed. UNICEF.2000.

<sup>20</sup> Para un mayor desarrollo, de la Teoría de Labelling o del etiquetamiento ver *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*. Howard Becker. Ed. Siglo XXI.2009. *Estigma. La identidad deteriorada*. Irving Goffman. Ed. 2010. Ed. Amorrortu. Me refiero aquí al texto: *Los pibes chorros. Estigma y marginación*. Daniel Míguez. Ed. Capital Intelectual. 2010.

<sup>21</sup> Tal vez no sea necesario pero una vez mas debemos decir que etimológicamente la palabra adolescente y adolescencia no tiene ninguna vinculación con la palabra “*adolecer*” o que “*adolece de algo*” o que “*padece una enfermedad*” sino que se vincula a una persona “*en el periodo de crecimiento*” o “*en desarrollo*”.

<sup>22</sup> Adolescencia: del goce orgánico al hallazgo del objeto. Susana Estela Quiroga. Eudeba.1999.

<sup>23</sup> Cita tomada del Proyecto de Atención a Adolescentes. Programa de Libertad Asistida, Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Neuquen.2013.

<sup>24</sup> Un texto ilustrativo de este contexto social es *La cultura del Control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. David Garland. Ed. Gedisa.2011.

nos indica “*que durante el período de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado*”, que nos está diciendo cuidado con el derecho penal estático y fotográfico del hecho delictivo. Frente a un adolescente el sistema debe ser flexible que permita y absorba el dinamismo etario tratando de ver la *película vital* antes, durante y después del hecho prefigurado como delito.

Al igual que la denominación *menor*, la elección de una u otra denominación, no es inocuo, sino que tiene efectos muy prácticos en la intervención.

El proceso de *adulterización* de los adolescentes a *jóvenes* naturaliza y habilita la posibilidad de políticas criminales que aplican el sistema penal –delitos, proceso y pena- de adultos a adolescentes.

No se trata de erradicar la palabra juvenil del vocabulario, sino solamente del ámbito de la cuestión penal de niños, niñas y adolescentes.

### ***Ni conflictivos.***

Así como empezamos a denominar adolescentes y no “*menores*” o “*jóvenes*”, también deberíamos repensar o directamente desterrar el uso habitual del agregado “*en conflicto con la ley*”. En algunos ámbitos, para otorgarles un poco más de precisión a la función u oferta de servicios institucionales, se le incorporan la calificación de “*penal*”, es decir expresan que abordan temas de “*menores en conflicto con la ley penal*”.

El adicional “*en conflicto con la ley penal*” no tiene un claro origen, pero me lo imagino como un eufemismo de transición. De paso de un paradigma a otro. Allí en el purgatorio, pero más vinculado a la historia institucional de los Juzgados de menores, allá por los años ‘80<sup>25</sup> y aferrado al modelo de justicia penal *inquisitivo*.

Desde el punto de vista teórico, el planteo de “*conflicto con la ley penal*” es un absurdo y una paradoja. Se trata de un exótico sincretismo teórico de dos fuerzas contradictorias y en pugna a lo largo de muchos años de debate en la historia del derecho penal y procesal penal.

Primero Foucault<sup>26</sup>, luego Christie<sup>27</sup>, en Argentina Binder<sup>28</sup> y en nuestra provincia Mendaña<sup>29</sup> han identificado y mostrado cómo *conflicto* e *infracción* son piedras básicas de cómo se “*produce*” derecho penal y política criminal, con infinidad y disímiles consecuencias según la elección.

Si se piensa el delito como “conflicto” nos ubica en un ámbito interpersonal. Donde el conflicto es una oportunidad y donde el sentido moral es neutro. Los conflictos penales llevan necesariamente la idea de daño a alguien –persona- y tienden a concluirse o administrarse directamente por las personas mediante el diálogo directo o mediado.

---

<sup>25</sup> No sin cierta arbitrariedad se podría hacer la siguiente periodización del juzgamiento penal adolescente: Una primera etapa o “la prehistoria”: encontramos el juzgamiento realizado por la justicia penal de instrucción de adultos con el denominado *incidente tutelar*; una segunda etapa o “la historia”: aparece una primera especialización *preconvencional* con los Juzgados de Menores bifrontes con un Juez/a de menores con una secretaria penal y otra asistencial/tutelar y; una tercera etapa o la actualidad (o *el deber ser*): una justicia penal adolescente postconvencional independiente del juzgamiento de los adultos pero también de lo asistencial. La periodización propuesta no es un proceso evolutivo esquemático ni lineal de superación de una etapa en otra, sino que es para indicar que contrariamente a ello podemos encontrar en el presente diseños de justicia prehistóricos como sucede todavía en algunas provincias (Río Negro) o como sucede en Neuquén que existe una justicia posconvencional en una jurisdicción y en el resto de la provincia una justicia de la primera etapa

<sup>26</sup> *La verdad y las formas jurídicas*. Tercera y cuarta conferencia. Michel Foucault. Ed. Octaedro.2003

<sup>27</sup> Los conflictos como pertenencia. Nils Christie en *De los delitos y las Víctimas*, pag.160 y ss. Ad Hoc.

<sup>28</sup> Por ejemplo en *Política Criminal. De la formulación a la praxis*. Ed. Ad-hoc1997.

<sup>29</sup> En: *Fiscales y víctimas frente a un nuevo enfoque del conflicto penal* disponible en Internet

Se busca la solución, el “*gerenciamiento*” o la gestión del conflicto.

Si por el contrario, pensamos el delito como infracción, ya no es necesario la interpersonalidad, la infracción se consuma con la violación al Principio, al Estado, a la ley. La infracción busca el disciplinamiento, no busca la solución interpersonal sino la identificación y el castigo de un culpable. Para retribuir el mal causado y para fortalecer el cumplimiento de la ley de los no violadores o *no conflictivos*- de la ley.

Esta última lectura se encuentra vinculada a la literatura criminológica de “*ley y orden*”, a la dogmática del funcionalismo penal alemán, al sistema procesal inquisitivo y al retribucionismo hegeliano. En el cual el Estado confisca –estatiza- el conflicto, desde tres perspectivas: por un lado desinteresado al verdaderamente afectado –víctima-, por otro desinteresando a la comunidad en la resolución de ese conflicto –profesionalizando la resolución- y por ultimo creando infracciones sin víctimas. La retórica, aun progresista, del menor *infractor* o de los jóvenes *infractores a la ley penal* es tributaria -tal vez inconciente- de esta concepción.

Si expresamos que un adolescente se encuentra “*en conflicto*”, nos paramos en el paradigma originario, previo a la apropiación por parte del Estado del conflicto interpersonal, por lo cual los conflictos son necesariamente con otras personas. Las leyes solo permiten su cumplimiento o transgresión.

En el terreno de la especulación, y forzando un poco los conceptos, se puede pretender que *estar en conflicto con una ley* significa un desacuerdo –cultural, ideológico o axiológico- con una ley determinada.

También podemos entender, que los niños y adolescentes cometen delitos como herramienta política para “*conflictuar*” a la ley penal y a la estructura capitalista de la sociedad. Esta ultima visión, además de romántica y poco realista, corre el riesgo de distorsionar al “*conflicto penal*”. Pero además, neutraliza cualquier intervención seria de política criminal frente al delito adolescente, porque en definitiva en cualquier intervención estatal de política criminal se estaría criminalizando la protesta adolescente. Desgraciadamente<sup>30</sup>, el delito adolescente no tiene esa pretendida dimensión “política”, no es un enfrentamiento al sistema capitalista y de consumo, sino más bien un acto exageradamente individualista, materialista, consumista desesperado, torpe y violento de incorporación. Que lejos de discutir al sistema legal, al contrario pretende, mediante el delito, remplazar los medios legales que le son negados materialmente, para acceder y ser incluidos en el sistema adquiriendo esos bienes de *estatus* que marcan simbólicamente ese ingreso (zapatillas, celulares y motos de baja cilindrada).

Si bien existe desde el origen mismo de la disciplina cierta obsesión de la criminología por la “cuestión juvenil” la manifestación del delito adolescente, Merton mediante podemos expresar que<sup>31</sup> no solo no discute el sistema, sino que justamente es parte y derivado directamente del sistema y de sus valores<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Creo que la politización es una herramienta posible, útil y no violenta para conjurar las violencias y la cultura individualista de los adolescentes.

<sup>31</sup> “Una gran importancia cultural concedida a la meta-éxito invita a este modo de adaptación mediante el uso de medios institucionalmente proscritos, pero con frecuencia eficaces, de alcanzar por lo menos el simulacro del éxito: riqueza y poder” Teoría y estructuras sociales. Robert K. Merton. Ed. Fondo de Cultura Económica.1964 pag. 150.

<sup>32</sup> R. Merton con las correcciones a su determinismo estructural realizadas por Lea y Joung mediante el concepto de “*privación relativa*” en *¿Que hacer con la ley y el orden?* Del Puerto 2001; el desarrollo de la *técnicas de neutralización* de Sykes y Matza. Revista Delito y Sociedad UNL N° 20/2004; *Delincuencia y Deriva*,



El delito así presentado, es una de las respuestas posibles para el acceso a las metas impuestas por el estructura económica/cultural.

Por último, aquí también se observa nuevamente una idea segmentadora de la infancia y de la adolescencia, en tanto estaríamos frente a adolescentes “*en conflicto*” o *conflictivos* y los otros, los adolescentes “*comunes*”, “*los normales*” o “*los sin conflicto*”.

Creo que ello conlleva dos consecuencias erróneas: una, es la de excluir el conflicto de la etapa de la adolescencia donde, permitiéndome cierta imprudencia disciplinaria, el conflicto es indisoluble de la etapa en desarrollo que se está transitando; la segunda y tal vez más importante, es mirar “*lo conflictivo*” como algo negativo, con un aire peyorativo, algo que hay que temer, el conflicto como un ruptura, como un problema *erradicable*, y de alguna forma excepcionándolo, sacándolo fuera de lo corriente, de lo común.

Desde las teorías *conflictualistas*<sup>33</sup> hasta la ideas de *justicia restaurativa* nos hablan del conflicto como algo corriente, en un sentido positivo, como una posibilidad. Todo sugiere que la adolescencia es, necesariamente y aun saludablemente, conflictiva.

La idea que alguien pueda estar y vivir “*sin conflictos*” nos lleva necesariamente a la idea de que se puede vivir y convivir “*sin conflicto*”.

Haciendo un apretado desarrollo, la pretensión de sociedades “*sin conflicto*” muchas veces se vinculan a sectores con aspiraciones y modelos autoritarios y homogenizadores. Definen autoritariamente lo que es “*conflicto*” y “*conflictivo*”, tienden a hacer “*desaparecer*” el conflicto, –y a los conflictivos-, ya sabemos cómo.

En el marco de un derecho *penal mínimo* y de garantías que sirva de límite y cauce del poder punitivo del estado, la categoría de “*chicos conflictivos*” es justamente lo contrario, es una concepción expansiva del derecho penal una oportunidad teórica y practica que habilita ampliaciones de intervención desproporcionada. Pienso actualmente en toda la literatura y retórica alrededor del denominado “*bullying*” adolescente como un ejemplo de esta tendencia de lo conflictivo como “*antesala de lo penal*”<sup>34</sup>.

Aquí también observamos que palabras y significaciones habilitan o autorizan intervenciones determinadas.

---

*como y por qué algunos jóvenes llegan a quebrantar la ley*, de David Matza (siglo XXI-2014), junto la obra de Gabriel Kessler (Sociología del delito Amauter. Paidós.2004); mas la nueva literatura de la criminología cultural por ejemplo “*Tres movimientos de porqué los pibes chorros usan ropa deportiva*” o “*Prohibición, transgresión y castigo. Notas para una criminología cultural*” de Sergio Tonkonoff, nos permite un primer acercamiento panorámico a la realidad criminológica del delito adolescente en nuestro país.

<sup>33</sup> Elementos para una Teoría del conflicto social. Sociedad y Libertad. Ralf Dahrendorf. 1961. Pags. 182/207. También un pionero artículo de Edwin Sutherland: El delito y el proceso de conflicto de 1929.

<sup>34</sup> El caso del *bullying* (toro/torear) como me alertara la Profesora Perla Benegas –UNCo- se trata de una nueva forma de inhumanidad aplicada a los adolescentes *animalizando* al adolescente. Sobre el concepto de *animalización* se puede ver *Poder y desaparición. Los campos de concentración en Argentina* de Pilar Calveiro. Ed. Colihue, 2008, también en la primera parte de *La Pachamama y el humano* de Eugenio Zaffaroni.Colihe, 2013. Me adelanto al desarrollo, pero en el proceso de *animalización* de los adolescente también se encuentra una vinculación directa con el positivismo italiano en su planteo del *atavismo* evolutivo del delincuente como un sub-humano mas cercano al animal; no olvidemos que en Argentina se busco animalizar a toda una clase social con la etiqueta de *aluvión zoológico*.

Querer significar con “*conflicto con la ley penal*” que se está imputado o condenado por un delito parece por lo menos vago y ambiguo, en definitiva un eufemismo decoroso y paternalista.

En síntesis, los niños, niñas y adolescentes no están en conflicto con la “ley” en general, ni tampoco con toda la “ley penal” en particular, sino llegado el caso estarán sospechados de haber cometido o habrán cometido un delito determinado del código penal.

### ***Ni locos (ni inmaduros, ni inconcientes).***

Como adelantara, al tratarse desde un derecho penal homogéneo a los niños como excepción o como anormalidad, no es raro que quiénes por primera vez, en el ámbito del derecho penal, distinguieron a los niños y adolescentes de los adultos fuera la *Scola positiva* italiana.

Ya todos conocemos los postulados de esta “escuela” de finales del siglo XIX en Italia, pero también en toda Europa y EEUU. Sintéticamente, la *scola* adopta el sistema de comprobación de la ciencia natural positivista en conjunción con la teoría darwinista y la aplica a la cuestión delictiva<sup>35</sup>. La *scola* se propone encontrar *científicamente* las causas del delito. Ello lo realizan analizando anatómicamente a los criminales. La búsqueda científica era la idea de poder encontrar al “*delincuente nato*”.

En síntesis, buscan las causas del delito en la morfología de las personas ya consideradas delincuentes. Buscan tamaños especiales de cráneo, de esqueleto, volumen y tamaño de cerebros, buscan variaciones en la sangre, en la longitud de determinados huesos, en la morfología de orejas y narices, entre otros datos<sup>36</sup>.

Pero ¿que decía la escuela positiva respecto del niño delincuente?. Vale la pena la cita textual, por ejemplo Lombroso, nos dice que:

*“Fue el niño el que inventó la jaula de junco y de mimbre, las trampas, las redes de mariposas y millares de otros pequeños ingenios de destrucción y tortura. El niño representaría un hombre privado de sentido moral, lo que los analistas llamarían un loco moral y nosotros un delincuente nato”.*

*“La civilización, relajando los vínculos de familia, aumenta, no sólo el número de niños expósitos, que habrán de ser futuros criminales”. “La pasión del niño por el tabaco le arrastra a la pereza, a la embriaguez y al delito”*<sup>37</sup>

*“Tal vez en los niños donde las relaciones del crimen y la demencia se muestran con mas evidencia”.* C. Feré<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Merece citarse que para la misma época Gabriel Tarde desde Francia tenía una concepción del delito netamente social; concretamente sobre el delito adolescente nos dice: “*esto no son para nada unos monstruos, estos jóvenes son bien hijos de sus padres*” y “*ante todo la explicación profunda debe ser relacionada con las transformaciones sociales de nuestra época*” y entre las causas del delito juvenil indica “*la ambición creciente de ascenso social y por la propagación de nuevas necesidades, hasta hace poco de lujo, que se presentan ahora como de primera necesidad ...*” *Juventud criminal*. Sociología Criminal y Derecho Penal Ad-Hoc 2011 Pag. 111/112.

<sup>36</sup> Para una síntesis de esta corriente ver Pag. 410 a 416 del Diccionario de Criminología de Eugene Mc Laughlin y John Muncie. Gedisa. 2005.

<sup>37</sup> *Causas y Remedios del Delito* de Cesare Lombroso. Ed. Tor. 1940.

<sup>38</sup> *Degeneración y criminalidad*. Charles Feré. Ed. Tor. 1940.

“Como el criminal típico, además de los caracteres del salvaje adulto, reproduce también, conservándolo de una manera permanente, esos otros que en el hombre civilizados son propio de la infancia y por consecuencias transitorios. Por cuya razón, lo que tan justamente se ha dicho de los salvajes, a saber, que son niños grandes, se puede decir con veracidad de los criminales que se hallan siempre en un estado de infancia prolongada”<sup>39</sup>. E. Ferri.

“En cuanto a los niños de quince años y más abajo, debe mandárselas a un verdadero hospital de enfermos”Bellemare<sup>40</sup>.

En tiempos mas recientes -1930- y, paradójicamente, repudiando a la escuela positiva por tratarse de una búsqueda narcisista del sabio de diferenciarse a sí mismo y a sus prójimos normales desde el psicoanálisis moderno se decían cosas parecidas: “todo hombre es innatamente un criminal, es decir un inadaptado, y conserva en su plenitud esta tendencia durante los primeros años de vida” y concluyen: “cuando se reconozca la eficacia de los móviles inconcientes, podrá sustituirse la pena por medias curativas”<sup>41</sup>.

Anthony Platt en *Los Salvadores del niño* dedica todo un capítulo denominado “el delincuente por naturaleza” a describir la impronta lombrossiana en la políticas para la niñez a principios del siglo XX en Estados Unidos<sup>42</sup> y demuestra cabalmente cuanta influencia tuvo el positivismo en la construcción del modelo tutelar.

Es conocido el desarrollo de las ideas positivistas en nuestro país con autores como José Ingenieros, Luis María Drago, Francisco Ramos Mejía y Norberto Piñero<sup>43</sup>.

Lo paradójico, si se quiere, de esta escuela es que al identificar a delito con enfermedad y al delincuente con un enfermo son portadores de una dimensión crítica y abolicionista de todo el derecho penal, de la justicia penal y principalmente de la cárcel. Críticas que luego fueron retomadas por otros abolicionismos *no positivistas*.

Esta vinculación positivista de *niñez, locura y crimen* que actualmente podría sonar cruel, no es un dato exótico de la historia, es ideología que aun permanece<sup>44</sup>.

Lejos de ser un dato curioso, este primer encuentro de la cuestión penal con el niño ha sido determinante en la historia construida hasta la actualidad en la dimensión penal de la niñez.

Esta estructura ideológica y política sostenía y funda el modelo tutelar de la ley 10.903 siendo Argentina pionera en ese sentido.

---

<sup>39</sup> *Sociología Criminal*. Enrico Ferri. Pag. 54.

<sup>40</sup> Bellemare, 1949 (original de 1829).

<sup>41</sup> *El delincuente y sus jueces, desde el punto de vista psicoanalítico*. Alexander Franz y Staub, Hugo. Biblioteca Ed. Nueva. 1935. Madrid. Pag. 44 y 89.

<sup>42</sup> A. Platt. Pags. 44 a 54. cita 5.

<sup>43</sup> Para un desarrollo mas complejo de este “viaje” ideológico de Europa a Argentina del positivismo ver “*Tradictore traductor*” *Traducción, importación cultural e historia del presente de la Criminología en América Latina* de Máximo Sozzo UNL.

<sup>44</sup> Tal vez sea una solitaria voz pero es una acto de justicia marcar la disidencia que para la misma época 1891 desde España marcaba Concepción Arenal en su texto *El visitador del Preso*: “*el identificar los delincuentes con los enfermos y las penitenciarias con los hospitales, no nos parece razonable*” Pág.6 Arenal le dedica a loa niños y adolescentes varias paginas cargadas de humanismo y lucidez que me excedería en la cita. (pag. 52/54).

En el proceso de deconstrucción de la *primera línea* la autoridad técnica/ideológica positivista detrás de la dimensión de lo asistencial quedó claramente en evidencia, no obstante no sucedió lo mismo en la dimensión penal del sistema tutelar donde el paradigma positivista también tuvo mucha influencia.

Lo curioso es que la escuela positiva cayó en un gran desprestigio académico y aun social y político no obstante varios de sus postulados son habitualmente utilizados en el espacio penal adolescente (y también de adultos).

Esta primigenia concepción de vincular “*locura y niñez*”, como dijera, ha permanecido a pesar del transcurso de los años. Solo basta observar que lugar tiene asignado el derecho penal para los niños y adolescentes y nos encontramos que la categoría analítica y dogmática los ubican en el ámbito de los *inimputables*, o la similitud material y jurídica del *internamiento tutelar de los menores* (Ley 22.278 Art.1) y las medidas de seguridad para los locos (34. Inc. 1 CP).

En un primer lugar y explorando el labil sentido común, ¿qué nos imaginamos cuando decimos “*inimputable*”? seguramente que una persona no está en sus cabales, que no piensa, que no razona, o directamente que está “loco”.

En este caso el sentido común no se equivoca, la inimputabilidad como categoría del derecho penal está vinculada unívocamente a lo psiquiátrico, a lo enfermo, a lo mental.

Es decir el vocablo técnico de inimputabilidad tiene una connotación de salud mental y de padecimiento. La contradicción de significación se patentiza cuando se expresa a la ciudadanía que esa inimputabilidad es aplicada a los niños y adolescentes. Justamente, porque la comunidad no tiene una idea de la adolescencia como una enfermedad mental (y al adolescente como enfermo mental) como lo anticipara el positivismo decimonónico.

La idea de los niños y adolescentes como *inimputables* rompe con el sentido común, porque socialmente no tenemos arraigada la idea normativa de niño como “*incapaz mental*”; sintéticamente, la percepción social de la niñez y adolescencia ha superado el paradigma positivista pero el derecho penal aun lo mantiene vigente. Un derecho que no se entiende, se presta para grandes falacias y malos entendidos. Pero además no es un derecho democrático.

Desde una lectura normativa y, fuertemente constitutiva de sentido, *inimputable* es aquella persona que “*no ha comprendido la criminalidad del acto*” ya sea “*por insuficiencia de sus facultades o por alteración morbosa de la mismas*”<sup>45</sup>.

Una tercer lectura, esta vez teórica/dogmática, observamos que en cualquier manual de derecho penal queelijamos vamos a encontrar que la infancia y la adolescencia está en la misma categoría junto a las personas con padecimientos mentales graves. Para el concepto teórico/doctrinario de *inimputabilidad*, entonces, encontramos que solo se puede ser inmaduro mentalmente, insano o inconsciente<sup>46</sup>, es decir ser un incapaz para “*querer y entender*” las consecuencias de sus actos.

---

<sup>45</sup> “El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”. Primer párrafo. Artículo 34 Código Penal Argentino.1921.

<sup>46</sup> *Derecho Penal. Parte General*. Carlos Creus. 2004. Pag. 261. Es justo advertir que Zaffaroni en este sentido realiza un desarrollo pormenorizado de esta figura que citando a Frank y ante cierto desconcierto teórico frente a la categoría de la imputabilidad la califica como un *fantasma errante* (pag.540). Para este ultimo autor también la culpabilidad se encuentra vinculada a la *capacidad psíquica* del autor del hecho ilícito (Pág. 540) con una aclaración mas que oportuna respecto *que no hay una clasificación de personas en imputables e*

Volvemos a lo mismo, los niñ@s ahora no solo como incapaces, sino también como insanos/as o inmaduros/as mentales. La definición y medida sigue siendo claramente de defectos o insuficiencia biológica, aun en su dimensión psicologista o psiquiátrica. Esto último – lo psicológico-, como vemos no es más que un giro pero siempre dentro de la escuela “positivista”.

Aun hoy en textos de psicología forense y en los modelos de intervención con adolescentes es posible encontrar estructuras teóricas del positivismo como por ejemplo: la utilización de la categoría de la peligrosidad/riesgo cada vez más determinante, la búsqueda de predicción de conductas futuras (factores predisponentes), estudios sobre personalidad con psicopatías cada vez más numerosas, estudios de campo sobre la población adolescente ya seleccionada por el sistema penal y por último la utilización de instrumentos de medición (ej. Escala de Conducta antisocial PCL-YV)<sup>47</sup>.

En el caso de la infancia la situación es aun más insólita, en tanto se postula la *inimputabilidad* de toda una categoría de personas, en este caso etaria, pero podría ser de género, racial, de nacionalidad, por ej.: “*todos los pechos son inimputables*”. Ello cuando el concepto de *inimputabilidad* es necesariamente individual, subjetivo y personal. Esto último no resiste el menor análisis, es decir no se puede plantear la inimputabilidad de un grupo social.

Esta ideología de tratamiento –teórico/práctico- de los “*chicos como locos*” es claramente funcional, y es la otra dimensión aun no desmantelada del paradigma tutelar; lo cual rompe con la lectura dicotómica tradicional de la *primera línea de reconstrucción*.

La dogmática penal –construida en base al derecho penal de adultos- se encuentra en deuda con nuestros niños y adolescentes y acá encuentra el límite deconstructivo la *primera línea*<sup>48</sup>. En el tema que estamos tratando una primera corrección dogmática podría ser ubicar la situación de los adolescentes en la categoría analítica de la *punibilidad*. Desde el punto de vista teórico sería una posibilidad para descontaminarla de lo referido a la salud mental/psiquiátrico y por otro lado de la discusión de sentido común pero también teórica del “*discernimiento*” en el caso concreto.

Ubicarlo en la categoría de la punibilidad nos habla directamente de que se trata de una política –criminal- de Estado, de una decisión por la cual se dispone que por debajo de determinada edad –en Argentina 16 años- el Estado renuncia al castigo penal como forma de intervención en ese determinado conflicto. Si bien tiene un punto de contacto respecto al valor político de la punibilidad no es exactamente similar a lo que Zaffaroni se refiere como concepto político de Bustos Ramírez<sup>49</sup>.

---

*inimputables, sino injustos que son imputables y los que no lo son por razones de capacidad psíquica del autor*” hechos (Pág. 540).

<sup>47</sup> Un trabajo muy ilustrativo de esta actualidad de intervención, es el texto: Reincidencia delictiva en menores infractores de la comunidad de Madrid: evaluación, Características delictivas y modelos de predicción de la agencia para la reeducación y Reinserción del Menor Infractor también el texto Características psicopatitas en la adolescencia: Sistematización Teórica de Elizabeth Mayer y Daniela P. Zuñiga de la Universidad Nacional de la Plata ambos disponibles en Internet. Un texto que relaciona psicoanálisis en su variante lacaniana y la criminología puede ser ¿A quien mata el asesino? de Silvia Tendlarz y Carlos Dante Garcia. Ed. Grama.2008.

<sup>48</sup> Existe en Latinoamérica una incipiente corriente de desarrollo de una dogmática penal especializada por ejemplo el artículo: “*El nuevo derecho penal adolescente y la necesaria revisión de su “Teoría del Delito*” del chileno Hector Hernandez Basualdo y “*Aproximaciones al estudio de la culpabilidad en el derecho penal juvenil*” del uruguayo Eduardo Pesce Lavaggi, también existen textos referidos a aspectos de la Tipicidad y de las causales de justificación.

<sup>49</sup> Zaffaroni E. Citado. Pag. 547/549.

Desde este punto de vista existiría una aparente vulnerabilidad en el modelo propuesto de quedar merced de los vaivenes políticos, electorales y coyunturales. Esa posible vulnerabilidad o volatilidad de la política criminal actualmente ya no es resorte discrecional del Estado, sino que el *corpus iuris* internacional de derechos humanos lo limita explícitamente mediante el principio de *no regresividad y el pro homine*<sup>50</sup>. A los efectos más prácticos actualmente una propuesta de baja de punibilidad en Argentina se vería gravemente afectada de inconstitucionalidad.

Tal vez, desde el punto de vista biologicista o de salud mental<sup>51</sup> pareciera que fuera un límite “físico” para no permitir la baja de la edad de punibilidad, no obstante al costo muy alto de la patologización o minusvalía psíquica de la adolescencia.

Para ser claro el reproche a la tradicional teoría general del delito de adultos no es que la categoría dogmática de la culpabilidad/imputabilidad tenga contenido psíquico, sino que el reproche va dirigido a que sistémicamente allí se ubique a los niños, niñas y adolescentes como autores mentalmente disminuidos o insanos. Seguramente en el estudio de un caso concreto cuando el autor o presunto autor sea un adolescente tendrá necesariamente su impacto, como en la tipicidad y la antijuricidad, en el nivel de reprochabilidad acorde a su edad.

Entiendo que tratar dogmáticamente a los adolescentes punibles como *inmaduros mentales* y a los no punibles como *alterados morbosamente en sus facultades* –aun para “protegerlos” del sistema penal– es un mensaje social y, aun para el propio adolescente, muy confuso y con un alto costo conceptual.

Aquí, como en las anteriores categorías analizadas, claramente la vinculación de adolescencia y salud mental es claramente funcional a políticas criminales erráticas, autoritarias y desproporcionadas –aun cuando abolicionistas–.

### ***Ní... un paso atrás.***

Algunas consideraciones conclusivas.

Entiendo que actualmente *la primer línea* de trabajo se enfrenta a por lo menos a seis situaciones problemáticas: la primera es el enfoque limitante y unidimensional que significa el énfasis normativo-*juridicista*, la segunda es hasta dónde solo el cambio legislativo tiene o tuvo un impacto real en el tratamiento de los adolescentes imputados de delitos, la tercera es el gran esfuerzo dedicado a la justicia “penal juvenil” por sobre la implementación de dispositivos de protección e ingeniería de *garantías secundarias*<sup>52</sup> de derechos, cuarta que en el camino de reforma se secundarizaron los

---

<sup>50</sup> Este principio ya se encontraba en los párrafos 32 y 33 de la Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, pero es fundamentalmente el Documento N° 78 de Comisión Interamericana de Derechos Humanos llamado “*Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*” del 13/07/2011 quien específicamente lo plantea como una obligación de los Estados (Principios Generales. Principio de No Regresividad pag. 44/46).

<sup>51</sup> Artículos que se pueden leer que ilustran esta postura son por ejemplo: “*Fundamentos psicológicos-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad y de la [culpabilidad] de los jóvenes*”. Gustavo Chan Mora. Revista digital de la Maestría de Ciencias Penal de la Universidad Costa Rica de la N° 3. año 2011 y “*Edad penal y Psicología Jurídica: La necesidad de una respuesta social al adolescente infractor*”. Eric García López. México. Revista de Psicología N° 02. 2004.

<sup>52</sup> *El Garantismo y la filosofía del Derecho*. Pag. 132. Luigi Ferrajoli. U. del Externado Colombia.2005.

derechos económicos, sociales y culturales de la infancia <sup>53</sup>, quinta, que la línea llega a su máximo desarrollo proponiendo un derecho penal independiente y limpio de *cuestiones sociales* y un juzgamiento diferenciado de los adultos, pero, como adelantara, con un derecho penal construido sobre un modelo de adultos y sexta, cierta ingenuidad de la primer línea respecto a la propuesta de cierta *indulgencia* punitiva la cual se muestra muy permeable a reclamos de severidad punitiva.

Sintéticamente, el derecho penal actual trata a los niños como adultos y frente a ello la *primer línea deconstructivista* solo garantiza una “*justicia especializada*”.

Como adelantara, el derecho penal así como *androcéntrico* también es *adultocéntrico*, y solo teniendo como modelo de normalidad al varón adulto, se construyó el derecho penal que conocemos, siendo las mujeres y los niños anormales, para esa racionalidad

Es oportuno aclarar que, si bien niños, niñas y adolescentes comparten con las mujeres su invisibilización y discriminación practica del derecho penal, no obstante nuestra disciplina a diferencia de la perspectiva de genero, ha tomado otro camino.

Las perspectivas de genero tienen un enfoque amplificador del derecho penal, entienden que las mujeres han sido invisibilizadas como víctimas (y maltratadas como victimarias).

Como estrategia de visibilización publica de las acciones contra las mujeres existe una utilización de la fuerza simbólica del derecho penal como un decálogo jerarquizado social e institucionalmente de malas acciones (creación de nuevos delitos y reconceptualización de antiguos) y en el ámbito de la criminalización secundaria se expresa con un renovado punitivismo retribucionista. Al decir de las precisas palabras de Tamar Pitch las mujeres: “*construyen sus problemas en términos de delitos*” <sup>54</sup>. Este contexto si bien es de una fuerte critica al derecho penal pre-construido androcéntricamente y en general al patriarcado, paradójicamente también es un fuerte legitimador del mismo.

El sistema penal adolescente que asoma; también pretende visibilización pero al contrario de la perspectiva de genero y del derecho penal de adultos; es un derecho penal minimalista, critico, desnaturalizador del derecho penal tradicional, que interpela los lugares comunes aun aquellos considerados progresistas en el propio ámbito del derecho penal de adultos, es un derecho penal transformador y sustentable a mediano plazo, responsabilizante (subjativa, social e institucionalmente), creativo, realista e interdisciplinario, que analiza el pasado pero que incorpora la noción de “futuro”, con una fuerte despenalización y *descarcelización* al momento de la *criminalización* secundaria, ubicado procesalmente en una justicia especializada y con roles procesales adaptados pero articulada como parte sistema mayor, en la cual no se *da a nadie por perdido*, por ultimo donde el eje no es el castigo y mucho menos la pena privativa de la libertad.

Para decirlo en términos radicales, en el derecho penal de adultos todo el proceso es instrumental al castigo, en el proceso penal adolescente el castigo se convierte en un índice de su fracaso.

En síntesis, sospechemos de algunas palabras utilizadas habitualmente en el ámbito de *la cuestión penal de la niñez y de la adolescencia*, ellas tienen muy poco de inofensivas y son mas bien ideología

---

<sup>53</sup> Para un mayor desarrollo y paradojas de este movimiento se puede leer “*Reforma Legal y DESC de los niños: las paradojas de la ciudadanía*” de Mary Beloff.

<sup>54</sup> *Responsabilidades Limitadas. Actores, Conflictos y Justicia Penal*. AD-HOC. 2003. Pitch, Tamar. Págs. 124/126. y pag.135).

viva, que transmite significaciones, que enmascaran situaciones complejas, que naturalizan acciones y que habilitan intervenciones.

Por otro lado, hay que continuar con el proyecto deconstructivista, desmantelando *culturalmente* el paradigma tutelar con tácticas de universalización de la infancia, de desjuridización del lenguaje y del abordaje, pero también y paralelamente debemos concentrar esfuerzos en la deconstrucción del derecho penal de adultos y la construcción de un *sistema* –derecho, proceso, dogmática, sociología, agencias, operadores- *penal* especializado con dos mínimas orientaciones, por un lado que *despatologice* la infancia y por otro que desarrolle un derecho penal que no priorice el castigo.

Sepan disculpar cierta desorganización de estos comentarios.

*Germán Darío Martín*  
*germandariomartin@yahoo.com.ar*