

Promesas incumplidas de la Convención sobre los Derechos del Niño: La necesidad de una propuesta abolicionista

Por Agustina Lloret¹

La condición de minoridad ha sido históricamente dotada de distintas características según las necesidades que se suscitaron a los distintos sectores de poder, generándose una manipulación en el acceso a derechos y garantías de los mismos, y un abanico de pretensas soluciones a las distintas problemáticas que se iban presentando.

A lo largo de la historia, el ser “*menor de edad*”, ha sido interpretado de diferentes formas, a los únicos fines de poder ajustar un plan de acción que permitiera generar la ilusión de estar solucionando problemas, mientras los mecanismos a los cuales se apelaban, demostraban ser poco aptos para ello. En este sentido, ha pasado de pensarse en el sujeto menor de edad, como aquel que es incapaz de asumir la responsabilidad que deriva de su conducta antijurídica, e inclusive, a asociar la pobreza material con la potencialidad criminal; hasta llegar a consagrarlo (al *menor*) como sujeto pleno de derechos, al punto de equiparlo con la figura del adulto, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ni que hablar de quienes se postulan a favor de la baja de imputabilidad, por entender que, de este modo, los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, tendrán acceso pleno a las garantías del proceso, tal como lo hacen los adultos (en rigor, habría que ver cuál es, por otro lado, el acceso efectivo que tienen estos últimos, y en qué medida gozan de una satisfacción plena de dichas garantías). Tanto en el primer momento, en el cual imperaba lo que se ha dado en llamar “*paternalismo injustificado*”, como en el segundo momento, que describiría lo que rige en la actualidad, conocido como “*modelo de justicia o de responsabilidad*”, proponen abordajes no sólo erróneos (desde la perspectiva teórica), sino inútiles o hasta contraproducentes (desde el punto de vista óptico ontológico).

Demostrar las tensiones teóricas y ópticas de estas dos propuestas, derivadas de dos concepciones distintas de lo que debe entenderse por sujeto “*menor de edad*”, y plantear alternativas a la solución que rige en la actualidad, y que la sustituyan, es el objeto del presente trabajo.

¹ Abogada (UBA). Publicado en El Dial, suplemento de Derecho Penal Juvenil, el 15 de octubre de 2013.

“Encontraremos entonces, en toda escritura, la ambigüedad de un objeto que es a la vez lenguaje y coerción: existe en el fondo de la escritura una ‘circunstancia’ extraña al lenguaje, como la mirada de una intención que ya no es la del lenguaje. Esa mirada puede muy bien ser una pasión del lenguaje, como en la escritura literaria; puede también ser la amenaza de un castigo, como en las escrituras políticas: la escritura está entonces encargada de unir con un solo trazo la realidad de los actos y la idealidad de los fines.” – Roland Barthes, *El grado cero de la escritura*.

El tratamiento de la minoridad en relación al delito en la Argentina, tiene una historia igual de extraña y cambiante que la de los adultos, la cual intentó ser explicada a lo largo de los años, a través de diversas teorías criminológicas. Ambos tratamientos son consecuencia directa de una lucha discursiva que se traba entre distintas corporaciones, las cuales buscan ganar terreno e imponer su propia forma de resolución a determinadas cuestiones que son consideradas conflictivas por parte de una sociedad en particular, en un momento dado.

Al tener en cuenta el caso del delito perpetrado por una persona menor de edad, el camino que permitió llegar hasta lo que hoy establece la ley 22.278 sobre el Régimen a la minoridad en la Argentina, tuvo antecedentes legislativos que fueron fiel reflejo de pareceres teóricos imperantes en su momento; e inclusive dicho régimen, sancionado durante la última dictadura militar, y aún vigente en nuestros días, es fiel correlato de una forma de pensamiento de aquel entonces, que para sorpresa de muchos, no parece haber sufrido modificaciones lo suficientemente sustanciales como para repensar las reglas del juego al día de la fecha.

Antes que nada, corresponde hacer una pequeña reseña histórico-teórica que permita conocer sobre la base de qué ideas se fue diagramando el trato hacia el “menor”:

El primer modelo, es el denominado “*tutelar*”, según el cual el niño o adolescente era considerado un sujeto enfermo, incapaz de comprender la calidad de sus actos, y por ende, no susceptible de ser responsabilizado por ellos. La finalidad de este esquema de pensamiento consistía en hacer de aquel, un objeto de protección, para lo cual poco interesaba si había incurrido o no en un hecho considerado delictivo: no se busca aplicarle una sanción. Esta voluntad de “*causarle el bien*” –en sentido amplísimo-, pronto demostró ser de un funcionamiento perverso.

En la Argentina, la implementación de reformas legislativas atinentes a la minoridad, fue consecuencia de un movimiento reformista que intentaba revertir el orden

establecido por la Ley Agote (Nro. 10.903), según la cual los “*menores*” debían ser responsabilizados por los delitos cometidos en igual medida y condiciones que los adultos. Las consecuencias prácticas de dicha premisa eran, básicamente, que estos fueran ubicados en las prisiones junto con los adultos. Es decir, que se los privaba de un trato especial por su condición de “*menores de edad*”.

El movimiento reformista que terminó por adoptar la forma de “*paternalismo injustificado*”, se abocó a la minoridad tanto en conflicto penal como a la minoridad abandonada. Es la ambigüedad de las categorías empleadas, las que dejaban las puertas abiertas a un ejercicio discrecional y desmedido de poder por parte de las autoridades, respecto de los niños, niñas y adolescentes, y su destino.

La obra “*Los ‘Salvadores del niño’ o la invención de la delincuencia*” de Anthony Platt permite conocer cómo las supuestas intenciones presentadas por los operadores del movimiento de “*Salvadores de los niños*”, fueron virando hacia el lugar común de exclusión, con el único afán de conservar lo que ellos consideraban propio a su clase social. El autor comenta que “El movimiento pro salvación del niño no era una empresa humanitaria en ayuda de la clase obrera y frente al orden establecido. Al contrario, su impulso procedía primordialmente de la clase media y la superior, que contribuyeron a la invención de nuevas formas de control social para proteger su poderío y sus privilegios...”². Por esta misma razón, es que se buscaba disciplinar a los menores mediante el aprendizaje de oficios que ni siquiera estaban técnicamente adecuados a las exigencias actuales de dichas actividades³, privándolos del desarrollo del intelecto: “La afición a los libros era un atributo indeseable, y la forma más baja de trabajo servil se racionalizaba como una experiencia educativa”⁴. Inclusive, el director de la Escuela Industrial para Varones de Ohio, J.C. Hite, dijo que “... su instrucción no debe ser demasiado abstracta, ni técnica en el sentido de prepararlos para exámenes por oposición, empleos de oficina ni universitarios, sino más bien para el taller, la fábrica, las artesanías o el hogar...”⁵. En este marco, se crea el primer tribunal de menores en Illinois, en 1899. Es decir, el camino discursivo guardaba perfecto correlato con las prácticas que se iban dando en el plano de la realidad: pasamos de institucionalizar para “educar”, a una institucionalización para castigar.

En la obra de Anthony Platt, podemos ver cómo fue mutando el discurso que permitía fundamentar la adopción de medidas respecto de los “*menores*”, desde un discurso biologicista referido a anomalías físicas, hereditarias que requerirían un largo período de “*tratamiento*”, al discurso relacionado con el ambiente viciado de las ciudades y la necesidad de escapar de la corrupción a la que se ven expuestos los “*menores*” en las grandes urbes.

El pasaje de un tratamiento a otro, en relación a la comisión de delitos por parte de niños, niñas y adolescentes, fue resultado directo de una pugna de discursos

² Platt, Anthony, *Los “Salvadores del niño” o la invención de la delincuencia*, México, Siglo XXI, 2006, p. 21.

³ *Ibíd.*, Ver p. 94.

⁴ *Ibíd.*, p. 83.

⁵ *Ibíd.*, p. 93.

provenientes de distintas corporaciones, y las disímiles apreciaciones que hacían de la problemática social relacionada a la desigualdad en el acceso a ciertos servicios básicos como la salud, la educación y la vivienda.

Ante la imposibilidad de acaparar una solución real, se decidió que la solución más fácil y rápida, consistía en implementar un discurso que permitiera dar una explicación un tanto más desincriminatoria de las esferas del poder político respecto de estas cuestiones. Sirvió como “*ciencia*” de apoyo a estos sistemas de protección/control social de los niños, niñas y adolescentes (por ahora “*menores*”), en primer lugar, la medicina y luego –más adelante-, la psicología, la cual trataría de dar una explicación al por qué de la delincuencia juvenil o –inclusive- se adelantaría un poco en el camino, estableciendo qué escenarios podían contribuir al potencial surgimiento del delincuente.

Así, autores como Winnicott, plantearán que existe algo tal como el “*niño antisocial*” en contraposición al “*niño normal*”. El “*niño antisocial*”, es aquel que “... apela a la sociedad en lugar de recurrir a su propia familia o a la escuela, para que le proporcione la estabilidad que necesita a fin de superar las primeras y muy esenciales etapas de su crecimiento emocional (...) a veces la conducta antisocial no es otra cosa que un S.O.S., en busca del control ejercido por personas fuertes, cariñosas y seguras (...) El niño normal, a quien su propio hogar ayuda en las etapas iniciales, desarrolla una capacidad para controlarse (...) El niño antisocial, enfermo, que no ha tenido la oportunidad de desarrollar un buen ‘ambiente interno’ necesita absolutamente un control exterior para sentirse feliz, para poder jugar o trabajar...”⁶. Frente a este fuerte diagnóstico del “*niño antisocial*”, Winnicott veía que la solución vendría dada por la ubicación de estos niños en albergues, considerados por él como “...el lugar adecuado para el tratamiento de la delincuencia como una enfermedad del individuo y, sin duda, el lugar adecuado para la investigación y la oportunidad de adquirir experiencia...”⁷. Es decir, en resumidas cuentas, no sólo avaló el encierro de niños para su “*tratamiento*”, sino que además, llegó a sostener como positiva a la propia idea de mediatizar a los “*niños antisociales*” con fines de lograr descubrimientos que sirvieran a la corporación a la que pertenecía y representaba. Por último, este autor aclaró que “Los fracasos eventualmente llegan a los tribunales, pero los éxitos se convierten en ciudadanos...”⁸.

Por su parte, Aichhorn sostuvo –en palabras de Mollo- que “el niño es asocial debido a sus exigencias primarias de satisfacción: cuando el desarrollo libidinal sigue su curso el resultado es un joven normal, pero si este queda interrumpido, su comportamiento será asocial. Precisamente, con su noción de ‘delincuencia latente’, Aichhorn se refiere a los casos en los que las exigencias instintivas se encuentran

⁶ Winnicott, D. W., *El niño y el mundo externo*, Buenos Aires, Horme – Paidós, 2009, ps. 188/9.

⁷ *Ibíd.*

⁸ *Ibíd.*, p. 190. Me parece un tanto polémico que se haga referencia a personas menores de edad en términos de “*éxitos*” y “*fracasos*”, y aún más polémico, que los “*éxitos*” se relacionen con una presunta conversión en “*ciudadanos*”.

frágilmente suprimidas y en determinada coyuntura pueden eclosionar bajo la forma de una ‘delincuencia manifiesta’ (...) En el sujeto disocial hay una falla en relación con el ideal del yo que permanece en forma de culpabilidad inconsciente... Aichhorn considera que hay que contener y transformar los impulsos de los jóvenes díscolos, instaurando una relación de respeto hacia sus pares y hacia la autoridad...”⁹.

Franz Alexander y William Healy, van a sostener que “Los actos criminales son descargas del individuo de toda clase de factores emocionales en tensión, pero sus motivos son principalmente irracionales e inconscientes. Tal hipótesis no descarta los fines racionales del robo (la ganancia material), pero los considera principalmente, como una ‘compensación simbólica más que real, por privaciones que pueden ser emocionales y no necesariamente materiales’ (Alexander y Healy, 1946:294)”¹⁰ Se agrega que “La criminalidad resulta una protesta del yo contra la vida pulsional reprimida y las heridas narcisísticas infantiles que derivan en una naturaleza agresiva y antisocial como reacciones compensatorias del yo adulto (Alexander, 1929:207)”¹¹. En síntesis, la corporación psicológica¹² pretendería dar con la respuesta (un tanto indescifrable, por lo menos desde el plano discursivo) que transformaría a sus miembros en los únicos capaces de saber de dónde proviene la pulsión criminal del “menor”, y cuál es el tratamiento mediante el cual se habrá de disciplinar a estos –en palabras de Aichhorn-, “*delincuentes latentes*”.

La consecuencia directa de esta nueva forma de percibir la problemática, fue dejar el futuro de los niños, niñas y adolescentes, en manos de la corporación médica/psicológica, para que interviniera de la manera que sólo ellos conocen, intentando neutralizar o corregir las posibles (o casi indefectibles –si tenemos en cuenta que manejaban una tesis basada en deficiencias psíquicas estructurales-) pulsiones criminales de aquellos.

Winnicott hablaba de llevar adelante intervenciones terapéuticas que ayudaran al niño/niña a “completar su desarrollo emocional”, deduciendo que “a los niños carentes de vida hogareña hay que proporcionarles algo personal y estable cuando todavía son bastante pequeños como para utilizarlo en cierta medida, o bien nos obligarán más tarde a proporcionar estabilidad en la forma de un reformatorio o, como último recurso, de las cuatro paredes de una celda carcelaria...”¹³. Esto llevaba a que se tomaran medidas desprovistas de un límite temporal. Es decir, regía la indeterminación del tiempo como única posible herramienta de protección.

⁹ Mollo, Juan Pablo, *Psicoanálisis y criminología*, Buenos Aires, Paidós, 2010, ps. 144/5.

¹⁰ Mollo, Juan Pablo, op. cit., p. 148.

¹¹ *Ibíd.*, p. 151.

¹² Evito el tener que nombrar a todas y cada una de sus voces autorizadas porque, en general, todos los autores comparten la misma esencia discursiva y argumentativa: los síntomas delincuenciales como manifestaciones de patologías severas en la estructura del yo. ¿Quién habría de luchar contra un discurso tan técnico y específico, que sólo puede ser comprendido y aplicado en la práctica, por aquellos mismos que lo crearon?

¹³ Winnicott, D.W., op. cit., p. 191.

En esta línea, se encuentra la doctrina denominada de la “*situación irregular*”, la cual se ocupa de aquellos niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo una situación de abandono material o moral, mediante la institucionalización o adopción. Este tipo de medidas eran adoptadas de manera un tanto arbitraria, más que nada, ante la falta de descripción taxativa de qué es aquello que se entiende por “*dificultades*” o “*abandono material o moral*”.

La firma y ratificación de la Convención de Derechos del Niño, inaugura -o por lo menos pretende hacerlo- una nueva era para el abordaje de los niños, niñas y adolescentes, pero no escapa -en mi opinión- de las contradicciones que vienen dándose históricamente, respecto al tratamiento que ha de dárseles a aquellos. Surge lo que se ha dado en llamar la doctrina de “*la protección integral*” del niño, cuya implicancia es (entre otras), que las leyes no sólo estarán dirigidas a los niños en situaciones de dificultad (es decir, derriba el muro que separa a los “*niños/as/adolescentes*” de los “*menores*”). Se asigna -de aquí en más- a la función judicial, la resolución de conflictos estrictamente jurídicos con pleno ejercicio de la defensa técnica, y de control por parte del representante del Ministerio Público Fiscal. Así, queda bien diferenciado el incurrir en una conducta considerada delictiva de la presencia de dificultades como consecuencia de omisiones estatales pudiendo actuar el brazo penal sólo en los primeros casos. No obstante, la Convención presenta disposiciones que fueron receptadas por el inconsciente colectivo jurídico como axiomas y, que en rigor, deben ser relativizadas por su manifiesta falta de adecuación a los datos que arrojan la realidad.

Así, en primer lugar, se ha caído en la creencia generalizada de que a partir de la implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se ha logrado asegurar la igualdad ante la ley, como consecuencia directa de la no distinción entre aquellos niños, niñas y adolescentes en situación de dificultad de tipo económica, sino que atenderá a todos aquellos en conflicto penal por igual.

Vale la pena preguntarnos: ¿existe algo tal como la “*igualdad ante la ley*”? ¿Puede sostenerse la posibilidad de que el sistema penal atrape de modo igualitario a aquellos niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal pertenecientes a la clase alta, que a los pertenecientes a la clase baja?

Considero que no podemos perder de vista la selectividad estructural que caracteriza al ejercicio del poder punitivo, la cual deriva de la capacidad operativa limitada de las agencias de criminalización secundaria. Autores como Howard Becker reconocen la existencia de selectividad a la hora aplicar las reglas, las cuales suelen recaer de manera diferencial según de quién se trate, poniendo inmediatamente como ejemplo, el progreso de las causas penales seguidas contra jóvenes de clase media y aquellas seguidas contra jóvenes de clase baja. Para este autor, no existe algo tal como la naturaleza desviada de los actos, sino que dicha calidad “es más bien el producto de un proceso que involucra la respuesta de los otros”¹⁴. Tal es así, que una misma

¹⁴ Becker, Howard, *Outsiders* – 1ª ed. 1ª reimp.- Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2010, p. 33. En palabras textuales: “La desviación no es una cualidad intrínseca al

conducta puede ser entendida como una infracción o no, según quién la haya cometido, ya que esto último será determinante para la reacción por parte de “los otros” a los que hace referencia Becker.

En este sentido, surge como factor determinante, el establecimiento de un determinado estereotipo que responde a la imagen pública del delincuente. Zaffaroni sostiene que la distribución selectiva de la persecución penal, “... alcanza solo a quienes tienen bajas defensas frente al poder punitivo y devienen más vulnerables a la criminalización secundaria, porque (a) sus personales características encuadran en los estereotipos criminales; (b) su entrenamiento sólo les permite producir obras ilícitas toscas y, por ende, de fácil detección; y (c) porque el etiquetamiento produce la asunción del rol correspondiente al estereotipo...”¹⁵. Esto último adquiere gran relevancia para acercarnos a una explicación realista acerca de la delincuencia juvenil: si tenemos en cuenta que una persona no es “desviada” en razón de haber efectivamente cometido una conducta considerada “desviada”, sino desde aquel momento en que es señalada como tal, y si a aquello le agregamos las consecuencias segregativas que se derivan de tal señalamiento, es comprensible que la persona en cuestión se empiece a comportar de acuerdo al carácter que le ha sido adjudicado artificialmente y en base a elementos superficiales relativos a su persona. Para Becker, el carácter de “desviado” que se le imprime a una persona, constituye un “*estatus maestro*” (concepto que el autor toma prestado de Hughes), el cual tiene una fuerza mayor por sobre las demás características de una persona. Así, “La persona será primero identificada como desviada, antes que ninguna otra cosa (...) Tratar a un individuo como si fuese un desviado en general, y no una persona con una desviación específica, tiene el efecto de producir una profecía autocumplida...”¹⁶.

Podría concluirse, entonces, que *lo que es* dista bastante de *lo que debería ser*, y esto, produce un choque de frente con ficciones jurídicas consagradas y reconocidas constitucionalmente. Ya Nietzsche decía, allá por 1888, que existían varias ideas falsas de la modernidad, cuya falsedad es consecuencia directa de la propia modernidad en la que estas tuvieron lugar. Entre ellas, se encuentran la igualdad de derechos y el progreso¹⁷.

En segundo lugar, se ha sostenido que la equiparación de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal a los adultos, en cuanto a su responsabilidad

comportamiento en sí, sino la interacción entre la persona que actúa y aquellos que responden a su accionar”, p. 34.

¹⁵ Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 10.

¹⁶ Becker, op. cit., ps. 52/53.

¹⁷ Para este autor, “*La humanidad no representa una evolución hacia algo mejor, o más fuerte, o más alto, al modo como hoy se cree eso. El ‘progreso’ es meramente una idea moderna, es decir, una idea falsa.*” – Nietzsche, Friedrich, *El Anticristo*, 1ª ed., Buenos Aires, Alianza, 2008, p. 33. Este planteo aparece ampliado en la nota al pie número 10, en la página 127 del mismo libro: “*Las ideas modernas como ideas falsas: ‘libertad’, ‘derechos iguales’, ‘humanitarismo’, (...) ‘el pueblo’, (...) ‘democracia’ (...) ‘educación popular’, ‘progreso’...*”.

penal por el hecho cometido, se han limitado las facultades discrecionales que habilitaban a arbitrariedades por parte de los jueces intervinientes, por darle un marco de formalización/institucionalización al proceso. Esto habría acercado el modo en que se los trata, al concepto abstracto y discutible de “justicia”.

No hay lugar a dudas que la arbitrariedad con la que el juez interviniente en la causa manejaba la vida de los “*menores*” tenía que cesar, pero ¿estamos en condiciones de decir que de este modo se ha encontrado la (tan anhelada) ficción jurídica de “*justicia*”? ¿Acaso la severidad en el trato de los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal es lo que permitirá dar lugar al sentimiento de “*justicia*”?

El sentimiento de justicia no puede ser medido de otro modo que no sea según la subjetividad de cada persona: lo que puede parecer justo para uno, puede resultar muy injusto para otro. Obviamente, esto no tiene lugar dentro de nuestro proceso penal de base inquisitorial, para el cual la víctima sólo opera como un personaje cuya intervención será breve y circunstancial, aceptando la severidad del castigo como única respuesta al más variado catálogo de conflictos (denominados unívocamente “*delitos*”)¹⁸.

En estrecha relación con esto, no podemos tampoco aseverar que la formalización o institucionalización de los procesos atinentes a los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, hayan erradicado por completo la utilización de eufemismos.

¿Se han eliminado de manera definitiva los eufemismos tutelares, si reconocemos la aplicación de medidas restrictivas de la libertad a jóvenes en conflicto de la ley penal? Es cierto que se produce un re-direccionamiento de la aplicación de las leyes en cuestión, pero desde el momento en que se sigue proponiendo como solución, la pena (¿o debería hablar de “*medida*”?) privativa de la libertad (con las reducciones de escala penal correspondientes, derivadas del tratamiento especial que amerita la situación), a la cual la ley 24.660 le asigna en su artículo primero, la finalidad de “*lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad.*”, no encuentro -en la realidad-, cambio favorable alguno. Se produce un blanqueo. Se dice aquello que ya estaba dicho y todos sabían, pero -en rigor y en términos prácticos- no hay mayores cambios.

Por otra parte, dicha ley establece que “*El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada*”. Es de público conocimiento que lo primero (la finalidad reinsertora de la pena) no ha tenido éxito alguno, y que esto se debe -en buena medida- a que lo segundo (la adopción de medidas tendientes al logro de dicha finalidad) no se despliegan en los términos y bajo las condiciones que dicha ley lo ordena.

El discurso imperante, busca justificar el proceso de institucionalización del control social, para producir su formalización -cuestión ligada a lo explicado sobre la baja de

¹⁸ Sobre la relatividad del concepto de “*justicia*”, ver Christie, Nils, *Una sensata cantidad de delito* - 1ªed., Buenos Aires, Del Puerto, 2004, p. 123-127.

imputabilidad-. Según esta mirada, la formalización del control social, tiene ciertos beneficios, a saber: otorga relevancia y transparencia a los conflictos sociales; impide el avance de la venganza privada; y torna operativos los principios y garantías propios de un proceso penal. No obstante, no parece tener demasiado sentido sostener la necesidad de institucionalizar el control social, si esto no va a ser de utilidad para aquellos a quienes se pretende proteger a través de aquel, aunque –en mi opinión– parezca poco creíble que cualquier forma de control social tenga la altruista finalidad de proteger a aquellos que se presentan como los controlados.

Por último, no creo que sea conveniente que el trueque de responsabilización equiparable al de los adultos por garantías constitucionales en el proceso penal, sea comprendido como un trueque de algún modo favorable. Pareciera que el precio que debieron pagar los niños, niñas y adolescentes para que les sean reconocidos plenos derechos fue y sigue siendo bastante caro, dado que la mutación de percepciones los sigue perjudicando.

En particular, disiento, en primer lugar, con que los niños y adolescentes seleccionados por el sistema penal, sean considerados tan responsables como los adultos, al momento de conducirse de modo típico y antijurídico.

En segundo lugar, no creo que la única manera de tornar extensibles las garantías en el proceso penal a su favor, sea a través de dicha equiparación de responsabilidades.

En cuanto a la primera cuestión enunciada, debemos considerar los elementos que constituyen el nivel de la culpabilidad dentro de la teoría del delito, a saber: la posibilidad de exigirle al agente la comprensión de la criminalidad de su conducta; y la posibilidad de exigirle al agente la adecuación de su conducta conforme a dicha comprensión. En primer lugar, la posibilidad de exigir la comprensión de la criminalidad de la conducta se nos presenta como conflictiva, toda vez que para establecer si hubo comprensión, se suele acudir a conceptos como el de “*discernimiento*”, entendido como la capacidad que tiene una persona de distinguir entre el bien y el mal, la cual se reputa adquirida a una determinada edad fijada de manera discrecional, aunque escudada o respaldada en supuestos criterios psicológicos/médicos de difícil comprobación o refutación¹⁹.

La comprensión presupone la introyección de la antijuridicidad de la conducta, previo conocimiento de la misma, pero no debe calcularse, como si se tratara de una regla de tres simple, que si un niño tiene determinada edad, pudo comprender la criminalidad de lo que hacía sin más. Por el contrario, deben tomarse en consideración factores de tipo sociales que permitan evaluar, en cada caso en particular, si el niño pudo introyectar que su conducta era disvaliosa para la sociedad en general. Se me ocurre que tal vez, para alguien que vive la violencia de modo habitual, en todos y cada uno de los ámbitos en los que se mueve, la introyección de la antijuridicidad que pueda importar su conducta, es mucho pedir. Inclusive, si hipotéticamente se le pudiera

¹⁹ En este sentido, no queda claro qué tipo de proceso de iluminación sufre una persona, que hace que comprenda mejor la criminalidad de su conducta cuando tiene 16 años, que cuando tiene 15 años y 364 días, 23 horas y 59 minutos.

exigir la comprensión de dicha criminalidad, nos tendríamos que preguntar si le es exigible que adecue su accionar a dicha comprensión, para lo cual tendríamos que analizar si los niños, niñas y adolescentes alcanzados por el sistema penal, actúan dentro de un margen relativamente amplio de libre autodeterminación.

Si tomamos en cuenta los conceptos desarrollados por Howard Becker e incorporados por Eugenio Raúl Zaffaroni en muchos de sus textos, respecto del etiquetamiento del desviado como elemento constitutivo del delincuente juvenil, y el posterior mecanismo psíquico que lleva a que el joven reproduzca las conductas fieles al carácter que le fue adjudicado en función a su coincidencia con cierto estereotipo mediáticamente construido, deberíamos cuestionarnos fuertemente cuál es el nivel de autodeterminación con el que cuenta para comportarse de una u otra manera. De las consecuencias segregativas que ya comenté unas páginas atrás, surge la integración de quien es señalado como “*desviado*” a un grupo de personas que se encuentran en su misma situación. Ellos se juntan porque sienten que “...comparten un destino, que están en el mismo barco”²⁰.

Otro factor de carácter social que puede resultar determinante al momento de discutir los condicionamientos a los que se encuentra sujeto el ámbito de autodeterminación de un joven en conflicto con la ley penal, es el de las necesidades materiales; y, por “*necesidades materiales*” no me refiero únicamente a las necesidades básicas, sino también a aquellas perversamente creadas, por parte del sistema capitalista.

En una sociedad en la que se baja línea de manera constante y sin pedir permiso, respecto de que la existencia de uno está determinada por aquello que posee o deja de poseer, nos encontramos condenados a una vida de consumismo exacerbado, a la cual no todos podemos acceder por igual. Algo de esto aparece desarrollado en la teoría criminológica de la anomia de Robert Merton²¹, la cual si bien se circunscribe a la sociedad norteamericana, considero que puede servir para explicar lo que ocurre en la nuestra (lamentablemente, cada vez más norteamericana).

Para Merton, la combinación del fetichismo por el dinero y el consumo, y el excesivo hincapié que se hace en el logro de objetivos circunscriptos al éxito en términos de ascenso social, en conjunción con una falta de igualdad de acceso a los medios institucionalizados que habilitan al estilo de vida competitivo que se fomenta, lleva a que quienes no pueden acceder a dichos medios para satisfacer las necesidades creadas, apelen a métodos innovadores (es decir, no institucionalizados). En este orden de ideas, no es posible concluir que los jóvenes en conflicto con la ley penal puedan moverse con total libertad respecto de la presión cultural y de mercado que pesa sobre ellos. Más bien, pareciera que estos *etiquetados* fueran –apelando a la metáfora utilizada por Marx para hacer referencia al papel de las clases obreras en las fábricas- “*simples apéndices de la máquina*”, cuya propiedad pertenece a la clase burguesa. Así, “sólo se le exigen las operaciones más sencillas, más monótonas y de

²⁰ Becker, op. cit., p. 56.

²¹ Ver Merton, Robert K., *Teoría y estructura sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

más fácil aprendizaje”²². Si trasladáramos la metáfora aplicada a la fábrica, al caso de la prisión, veríamos que la *máquina* es el sistema penal, y las *operaciones sencillas, monótonas y de fácil aprendizaje* son los mínimos esfuerzos que estos jóvenes deberán realizar para ser atrapados por el poder punitivo. Esta circunstancia aparece desarrollada por Zaffaroni en su teoría del delito como la “*culpabilidad por la vulnerabilidad*”. Este es un factor de medición que, según este autor, no puede ser dejado de lado por parte de los intérpretes de la ley, ya que da cuenta del carácter selectivo que porta en la realidad, el sistema penal, habilitando a una reducción de la consecuencia jurídico-penal en aquellos casos en que el agente haya realizado un esfuerzo mínimo por ser atrapado.

Tal como lo plantea Adrián Martín, no atender a la historia y al contexto socio-económico en el cual se desarrolló la adolescencia del joven en conflicto con la ley penal, y en el efecto contraproducente de la aplicación de una pena privativa de la libertad (circunstancia que se analizaré más adelante), implica “...una pena lesiva del principio de culpabilidad y, además, cruel e inhumana y por ello contraria a las disposiciones convencionales y constitucionales (arts. 18 y 75.22 CN, art. 5.1 CADH, y arts. 7 y 10.1 PIDCyP, entre otros)”²³. En el mismo sentido, se pronuncia en el fallo *Barrios*, al decir que “...si la ley penal alcanza casi siempre a los más vulnerables - muchas veces porque esa misma condición les ha impedido construir su invulnerabilidad al sistema-, el encierro estatal debería, al menos, ofrecerles la posibilidad que les negó en sus infancias, adolescencias y juventudes, es decir: de disminuir esa vulnerabilidad. Sin embargo, ello tampoco ocurre. Ahora bien, advierto que el caso de Barrios da cuenta –una vez más– de una persona en situación de grave vulnerabilidad respecto de la cual el Estado interviene activamente recién cuando comete un delito y, además, lo hace prisionizándolo...”²⁴. El repudio a esta solución estandarizada, tuvo eco muy recientemente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la cual el Estado argentino incumplió con su compromiso de garantizar los derechos y las garantías judiciales consagradas en la Convención Americana, al aplicarles condenas de privación de la libertad perpetuas, a cinco personas menores de edad.²⁵

Por último, no creo que la única manera de reconocer garantías a favor de los jóvenes en conflicto con la ley penal, venga a estar dada por el reconocimiento de la responsabilidad en igualdad de condiciones que los adultos. Y esto por una única

²² Marx, Karl y Engels, Federico, *El manifiesto comunista*, Buenos Aires, Ed. Polémica, 1971.

²³ Causa “Acosta, Jorge Martín”, Nro. 3680, resuelta por el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 15, el 15 de marzo de 2012.

²⁴ Causa “Barrios, Damián Jorge”, Nro. 3772, resuelta por el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 15, el 24 de octubre del 2012. En el mismo sentido se pronuncia el juez Rodrigo Morabito, de Catamarca, en el fallo “S.F.L. (16) S/ IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS TUTELARES”, resuelta el 8 de julio de 2013. Disponible en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/07/sentencia-s.f.l.-.pdf>. Nota publicada en Página 12, disponible: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-224065-2013-07-09.html>

²⁵ Comunicado disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_11_13_esp.pdf

razón: el derecho es una construcción humana que opera como herramienta ajustable a las necesidades de las sociedades en un momento dado. En este sentido, no llego a comprender por qué habría de ser necesario el trasladar a los jóvenes al terreno de los adultos, para que gocen de las mismas garantías que estos últimos, en vez de extender las garantías de las que gozan los adultos, al terreno de los jóvenes. Sostener lo primero implica aferrarse a un normativismo riguroso carente de toda practicidad en el plano de la realidad. Zaffaroni, por ejemplo, se ha pronunciado en este sentido²⁶ y ha referido que hoy por hoy, el sistema tutelar en el cual quedan comprendidos los jóvenes no punibles, los jueces se manejan sin límites, por no estar regidos por las garantías propias del proceso penal. La solución, desde su perspectiva, sería – aparentemente- la de bajar la edad de imputabilidad para que operen las garantías a su favor y de ese modo se limite la discrecionalidad jurisdiccional. En un mismo sentido, se han pronunciado numerosos candidatos a ocupar bancas en el Congreso, con el claro objetivo de lograr votos de aquellos sectores más reaccionarios y menos reflexivos respecto de la problemática delictual general.

Ahora, hoy por hoy, los jóvenes de 16 y 17 años que incurrir en delitos cuya pena privativa de la libertad supere los dos años, reciben dichas garantías. ¿Esto ha cambiado, para ellos, algo en el plano fáctico? ¿Ha evitado que los jóvenes sean ubicados en instituciones totales bajo denominaciones distintas a la de “*prisión*”, hasta tanto alcancen la mayoría de edad? ¿Ha evitado que al cumplir los 18 años, estos jóvenes sean trasladados a instituciones carcelarias, con todo lo que ello implica? Las respuestas a todas estas preguntas son las que me conducen a pronunciarme en contra de toda privación de la libertad, bajo el argumento, fundamento, denominación y en la institución de que se trate, de toda persona, particularmente de los niños, niñas y adolescentes. En mi opinión, buscar mejorar la situación en la que se encuentran estos últimos, mediante una baja en la edad de imputabilidad, constituiría algo insoportablemente contrario al principio de progresividad de los derechos humanos: significaría atrasar el proceso aún más de lo que ya lo atrasa la normativa vigente, la cual –para variar- tuvo nacimiento en plena dictadura militar, en el año 1980²⁷. No se puede, razonablemente, ir hacia un horizonte más oscuro que este que ya existe.

En resumen, hemos visto cómo la adopción de medidas tutelares o proteccionistas de la minoridad “... iba mucho más allá de meras reformas instrumentales en el control social de la juventud. Fue también un movimiento simbólico que parecía estar defendiendo la santidad de las instituciones fundamentales...”²⁸.

¿Podemos quedarnos tranquilos y aseverar que esa vieja realidad ha cambiado para mejor desde la aparición de la Convención de Derechos del Niño?

²⁶ <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-160973-2011-01-23.html> y <http://www.youtube.com/watch?v=G9o9g6I69bU>

²⁷ En este sentido, ver la nota realizada por Página 12 a la Defensora General de la Nación, Stella Maris Martínez, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-229048-2013-09-15.html>

²⁸ Platt, Anthony, op. cit., p. 95.

“Cuando usted se contenta con las ideas que se le han transmitido sobre el sistema penal y la prisión; cuando usted se encoge de hombros ante las noticias que, a pesar de todo, se filtran en algunos sueltos de prensa y contienen datos pavorosos sobre los problemas penitenciarios: encarcelamiento de adolescentes en celdas para incomunicados, suicidios de jóvenes, motines, violencias mortales entre presos; cuando aquellos que accionan la maquinaria y conocen sus desbarajustes bajan los brazos en señal de impotencia ante el mal que ella causa, sin renunciar a sus puestos, cuando esto sucede, es porque usted y ellos consienten de hecho en que subsistan la prisión y el sistema penal que conduce a ésta. ¿Acepta usted, verdaderamente, estar implicado en las actividades concretas que posibilitan esta situación?” – Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*.

Siguiendo la línea de lo precedentemente sostenido en este trabajo, esta parte estará dedicada a clarificar y criticar ciertas cuestiones atinentes al origen y al carácter del delito; al modo en que se aplican las normas que prevén consecuencias jurídicas frente a la comisión de aquel, y a la finalidad que persiguen las consecuencias jurídicas propiamente dichas.

Zaffaroni explica cómo la *inseguridad existencial* da lugar a la *angustia social*, la cual “impulsa la búsqueda anárquica de responsables de la inseguridad, que se traduce en violencia contra los más dispares grupos y personas...”²⁹. Se produce una retroalimentación de violencia difusa y *angustia social*, que alcanza a su punto cúlmine, se torna insoportable y es entonces el momento de encontrar el *chivo expiatorio* al cual se tendrá por fuente creadora de la inseguridad existencial. Es ahí, cuando la *angustia* se transforma en *miedo* y la sociedad se pone alerta a los posibles ataques del enemigo. Todo este proceso, denominado por el autor como “*Masacre larvada*”³⁰, prosigue con el etiquetamiento de ciertas personas como “desviadas”, la consecuente aplicación de la ley y culmina en la pena privativa de la libertad. Su finalidad política es conocida: lograr el control social. La vigilancia constante que

²⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Masacres: larvas y semillas. Lineamientos para un replanteo criminológico*, Departamento de Derecho Penal y Criminología – Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Mayo de 2009.

³⁰ Explica: “*Masacre larvada* es toda señalización comunicacional de un chivo expiatorio que se agota en la pretensión de convertirlo en enemigo. Son semillas de genocidio que no son viables o van a dar en terreno no apto para su germinación, pero que con potencia germinadora y terreno fértil prenden como maleza venenosa y desembocan en masacres. Por ello, toda pretensión de creación de un enemigo siembra una semilla de masacre y nunca es posible prever su desarrollo y extensión...” – *Ibíd.*

lleva al auto-disciplinamiento ante la inminencia de poder estar siendo observado. Zaffaroni sostendrá que este modelo de manipulación social o gobernabilidad (él utiliza el término *governance*), da lugar a una simbiosis inestable de dictadura y democracia.

Los medios de comunicación revisten un papel cuasi-protagónico en este fenómeno de construcción del enemigo. No cesan de “sembrar peligrosas semillas de masacre”³¹ y apelan a sus recursos discursivos para exacerbar la importancia y la gravedad de los hechos delictivos en los que pudieran verse involucrados niños, niñas o adolescentes de las características previamente descriptas. El joven varón, morocho, de clase baja representa el enemigo ideal en los tiempos que corren.

Sobre el origen del delito, Howard Becker sostuvo que las conductas tipificadas como delictivas no son de una cualidad intrínsecamente delictiva, sino que son aquellas que un determinado grupo social (dominante) indica como tales, y que son atribuidas a determinadas personas de manera selectiva, las cuales son –en consecuencia– etiquetadas como “*desviados*”.

En primer lugar, habría que explicar el proceso por el cual se decide qué conductas se considerarán delictivas, y cuáles no, sin pasar por alto la definición de quien está a cargo de este proceso de creación de normas o reglas. Este primer proceso, denominado por Zaffaroni “*de criminalización primaria*”, es llevado adelante por *emprendedores morales*. Estos *emprendedores morales* son personajes que pertenecen a la clase social dominante y que, por ende, tienen cierto dominio sobre la construcción del discurso que se ajusta y responde a sus intereses de clase. No obstante, señala Becker, que estos *emprendedores morales* delegan el proceso de creación legislativa en aquellos profesionales expertos en el tema sobre el cual se vaya a legislar. Estos profesionales, a su vez, realizarán su tarea de acuerdo a sus propios intereses corporativos. Podemos apreciar que, en definitiva, se trata de una cadena de intereses personales y corporativos, los que rigen procesos como el que nos ocupa. Al respecto se sostuvo que “Con el establecimiento de organismos de agentes de aplicación de la ley, la cruzada queda institucionalizada...”³². Esta cruzada contra el “*desviado*” está signada por la selectividad que apunta a perseguir los actos más toscos y fáciles de descubrir. No ahondaré en esta cuestión para evitar caer en explicaciones repetitivas e innecesarias acerca del proceso de etiquetamiento y persecución de las agencias ejecutivas, ya descripto páginas atrás.

A esta altura del análisis puede concluirse que, hoy por hoy, los niños, niñas y adolescentes se encuentran regidos por un sistema que les promete una igualdad ante la ley que no existe; que los considera sujetos de derechos y, entonces, los responsabiliza de sus actos –en el plano teórico– en las mismas condiciones y medida que lo hace respecto de un adulto; que se le aplica –en el plano práctico– cualitativamente la misma pena privativa de la libertad (sea que la escala penal fuere

³¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Masacres: larvas y semillas. Lineamientos para un replanteo criminológico*, op. cit.

³² Becker, Howard, op. cit., p. 175.

reducida, sea que se apele a eufemismos como “*la disposición tutelar con internación*”, cuando el hecho no le sea imputable en razón de las reglas de la ley 22.278); y que dicha privación de la libertad arroja resultados lamentables, hipócritas y exitosos únicamente para quienes sacan provecho económico y político de su subsistencia, no veo otra alternativa que pronunciarme a favor de un abolicionismo penal radical.

El abolicionismo penal radical lucha por la eliminación del sistema penal en su totalidad, en resumidas cuentas, porque sostiene que hay que hacer algo respecto de todas aquellas fallas que vemos y señalamos, de las cuales padece del mismo. Hacer lo contrario, sería reproducir discursos legitimantes que se quedan a mitad del camino³³. Tal como lo plantea Alberto Bovino, este movimiento teórico comparte la “*fotografía de los sistemas penales*” que arroja la teoría criminológica de la reacción social, la cual ya fue descripta acabadamente a lo largo de este trabajo, no obstante lo cual, considero necesario señalar algunas características que hayan quedado en el aire, tales como:

- i) Que el sistema penal propone la misma consecuencia jurídico-penal para cualquier hecho: el encierro;
- ii) Que su funcionamiento carece de coherencia, ya que las distintas agencias que lo componen funcionan de manera aislada y orientada a su propio interés particular: no hay un trabajo en conjunto orientado a un único fin;
- iii) Que existe una mirada simplista o reduccionista respecto de los conflictos, que lleva a que se los considere dentro de la categoría de “*delito*” a todos por igual³⁴, sin analizar el contexto dentro del cual tuvieron lugar. Esto explica el por qué de la característica “i”);
- iv) La conservación de los dos pilares sobre el cual se sostuvo el modelo de enjuiciamiento criminal inquisitivo, a saber: la persecución penal pública, como consecuencia de la “*expropiación del conflicto*”³⁵ producida a partir del siglo XII, por el cual se da lugar al fenómeno de inclusión-exclusión de la

³³ Ver el prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni en *El abolicionismo penal en América Latina: imaginación no punitiva y militancia* – 1ª ed., Buenos Aires, Del Puerto, 2012 y Morris, Norval, *El futuro de las prisiones*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2009.

³⁴ O es delito, o no lo es. “Este carácter binario del derecho penal influye tanto en la evaluación de los actos como en la evaluación de las personas, y esto lo hace un tipo de derecho que lleva a un cuadro simplista del hombre y de sus actos”, dice Nils Christie, citado por Alberto Bovino, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, en *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 271.

³⁵ A esta expropiación, Massimo Pavarini le agrega la “expropiación de sentido”, derivada de la profesionalización de los personajes intervinientes en el proceso penal, los cuales manejan un vocabulario y categorías técnicas ininteligibles para aquellas personas que no detentan ese saber, quienes deberán acudir a su asesoramiento suscitado un conflicto determinado, a los fines de desentrañar aquellos misteriosos significados.

víctima en el proceso penal³⁶; y la búsqueda de la verdad histórica como objeto de dicho proceso. Respecto de la necesidad de escuchar a la víctima, este ejercicio permitiría pensar los hechos que hoy se encuadran en la rígida categoría de “*delito*”, como si se trataran de conflictos entre dos partes (que es lo que, en definitiva, son). Como consecuencia de este cambio en la percepción de lo acontecido, podría pensarse en soluciones alternativas a la prisión, que se ajusten a lo que la víctima desea obtener para recomponer su situación³⁷. Esto repercute en el objeto del proceso, ya que si se devolviera el conflicto a las personas realmente implicadas en el mismo, nos encontraríamos con que aquel (de naturaleza no penal o no punitiva), pasaría a ser la búsqueda de una solución real ajustada a los intereses reales de las partes.

A estos planteos se les han opuesto críticas de lo más variadas, a saber:

- i) Que las garantías en el proceso penal caerían en desuso, y los victimarios estarían desprotegidos en el marco de un proceso alternativo al penal. A esta preocupación corresponde aplacarla dejando en claro que, si apelamos a sistemas alternativos de búsqueda de resolución de conflictos, su legitimidad vendría dada por otros mecanismos de control de la viabilidad de las soluciones a las que lleguen las partes. Esta conservación estatal del poder de controlar que las soluciones arribadas no sean crueles o abusivas para una de las partes es propuesta por Alberto Bovino, aunque desestimada por Nils Christie. Por otra parte, Bovino sostiene que la mera enunciación de una garantía no “garantiza” necesariamente su efectivo cumplimiento (una idea que, palabras más, palabras menos expone páginas atrás al hablar sobre la baja de imputabilidad). Por último, este autor sostiene un argumento muy lógico: las garantías le son reconocidas a los imputados en procesos penales, para ser opuestos al accionar arbitrario estatal. Si desde el abolicionismo se plantea la posibilidad de sustituir el sistema penal por uno alternativo, en el cual la intervención del Estado sea mínima en vez de preponderante, y no se busque la solución de todos los conflictos de la manera que al Estado le parece adecuada, algunas de las garantías que conocemos no serían del todo necesarias³⁸.

³⁶ Para mayor profundización, ver Bovino, Alberto, *Ingeniería de la verdad, procedimiento penal comparado*. Disponible en: <http://www.scribd.com/doc/103184142/Ingenieria-de-la-verdad-por-Alberto-Bovino>.

³⁷ Así, Alberto Bovino sostiene que “Distintas experiencias parecen haber demostrado que el solo hecho de prestar más atención a la víctima produce el resultado de que ésta considera inútil cualquier tipo de reacción punitiva.”, op. Cit., p. 274.

³⁸ Él pone como ejemplo, la parte final del artículo 18, C.N. sobre las condiciones en que deben estar las cárceles. Este artículo carecería de sentido, si las cárceles dejaran de existir.

ii) Segunda cuestión, ¿qué pasaría con los delitos más graves?

A esta pregunta, debe responderse que son escasos los casos de delitos graves, perpetrados por niños, niñas o adolescentes. Los hechos en los que estos intervienen, constituyen el menor porcentaje sobre el total, y dentro de ese porcentaje, son los de menor gravedad. Por otra parte, se ha llegado a sostener que la eliminación del sistema penal nos haría regresar a las épocas en las que los conflictos eran solucionados mediante el ejercicio de la venganza privada, ya que no habría Estado que funcione como *intermediario* (¿o debería decirse *personaje principal*?) entre víctima y victimario. Por último, Bovino aclara que no se debe creer que los abolicionistas rechazan toda medida coercitiva o la mismísima idea de la responsabilidad personal por un hecho, sino que “Habría que considerar en qué condiciones ciertos apremios como el encierro, la residencia obligatoria, la obligación de reparar y de restituir, tienen la posibilidad de desempeñar un papel de reactivación pacífica del tejido social”³⁹.

Volviendo a la temática de minoridad, todos estos desperfectos descriptos, nos permitirían sostener la necesidad de detener la aplicación de regímenes de encierro, bajo el eufemismo o intención de que se trate, tanto a aquellos niños menores de 16 años de edad que quedan atrapados en un sistema penal paralelo signado por el paradigma “*tutelar*”, como de aquellos de 16 o 17 años a los cuales se les imputan hechos punibles conforme a la ley. Si bien a estos últimos se los traslada a las unidades penitenciarias propiamente dichas, recién al cumplir la mayoría de edad, eso no quita lo reprochable de dicha “*solución*”.

Vivimos inmersos en una cultura capitalista de consumo, que con la ayuda de infaltables colaboradores nos imponen sueños, objetivos de vida; definen qué se entenderá por éxito; nos dicen qué pensar y qué sentir frente a determinadas cuestiones, cómo vestirse y cómo hablar. Crean un enemigo público, lo describen para que lo reconozcamos fácilmente y de ese modo se pueda proceder a su inmediata destrucción. Casualmente, el enemigo público será aquel que no haya satisfecho exitosamente los cánones de normalidad y apreciación establecidos por dicha cultura, y sobre él caerá (sin piedad alguna) la ley. Es decir, lo señalará y castigará, sin sentarse a contemplar su historia pasada, ni su presente, ni mucho menos, su futuro.

Vivimos inmersos en una cultura del castigo fácil. Descontextualizamos los conflictos, en parte, porque “La modernidad significa, en una gran medida, vivir entre gente que no conocemos y que nunca llegaremos a conocer”⁴⁰. Al dogmatismo jurídico-penal no le importa conocer las circunstancias que rodean a cada caso, incluidas las relaciones de poder cruzadas que se presentan como determinantes para la subsistencia de esta cultura del castigo.

³⁹ Alberto Bovino cita a Louk Hulsman, op. Cit., p. 278.

⁴⁰ Christie, Nils, op. Cit., p. 115.

Es una iniciativa de carácter urgente, la que debemos tomar respecto del análisis de la cuestión de la delincuencia juvenil, que descarte la realidad virtual en la que estamos sumergidos, como primer gran paso para salir del pozo en el que nos encontramos.

Tal vez valga la pena hacer que la conciencia social sea capaz de sostener, algún día, que la abolición de los mecanismos represivos de control social tanto de menores como de adultos, es el próximo paso a dar. Para ello habrá de librarse una batalla cultural larga y complicada, pero en absoluto imposible.