



Atribuciones y categorías de una justicia para la infancia y adolescencia

Carla Villalta*

RESUMEN

Este artículo se propone analizar las categorías sobre las cuales se ha construido la justicia de menores en nuestro país. Tomando como hitos los momentos de sanción de distintas normativas, se distingue una serie de etapas en la conformación de esta justicia. Organizamos este recorrido a partir de identificar los sentidos asignados a la oposición tutela/responsabilidad en distintos momentos, con el objetivo de indagar sobre las principales perspectivas hegemónicas en la categorización de los "menores". Nos interesa analizar estas categorías ya que ellas han contribuido a configurar determinadas "posiciones sociales", como la del juez de menores, y a legitimar sus prerrogativas y atribuciones.

PALABRAS CLAVE: justicia – menores – perspectivas hegemónicas – tutela.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze those categories on which minors' justice has been built in our country. Considering the time at which different normatives were approved, a sequence of stages can be distinguished in the structure of this justice.

We have arranged this course as from identifying the assigned senses to the opposition to guardianship/responsibility at different time, in order to investigate the main hegemonic perspectives in the "minors" classification. We are interested in analyzing these categories since they have contributed in shaping specific "social attitudes" such as that of the minors' judge, and legitimate their attributes and prerogatives.

KEY WORDS: justice – minors – hegemonic perspectives – guardianship

* Lic. en Ciencias Antropológicas, Equipo de Antropología Política y Jurídica, Instituto de Ciencias Antropológicas, Facultad de Filosofía y Letras, UBA. Becaria CONICET. E-mail: carlavillalta@sinectis.com.ar Fecha de realización y entrega del artículo: Julio de 2001.

INTRODUCCIÓN

En este artículo nos proponemos indagar sobre los fundamentos de la justicia de menores en nuestro país, identificando las principales perspectivas hegemónicas en la categorización del sujeto “menor”. En el interior de la agencia judicial cobra existencia una justicia dedicada a las personas menores de 18 años de edad. La categoría dominante en estos juzgados es la de tutela y tras ella se perfila una serie de otras categorías y nociones que la refuerzan. La tutela del Estado es una facultad otorgada a los jueces de menores por la cual estos funcionarios al *disponer tutelariamente* a un menor, restringen parcialmente la patria potestad y asumen la responsabilidad de ese niño o joven teniendo, de esta forma, la prerrogativa de decidir acerca de su destino.

Para comprender este régimen “especializado” es necesario indagar en los entramados de categorías sobre los cuales se ha edificado. Por lo tanto, luego de realizar una caracterización de la justicia de menores como una justicia especial, describimos y analizamos las principales categorías que han dado sustento a los mecanismos contruidos para tratar a los niños y jóvenes que ingresan en el sistema penal. Para ello tendremos en cuenta los momentos de sanción de las distintas normativas referidas a la administración de justicia para niños y jóvenes, ya que en ellos se condensan distintos argumentos, intereses y posicionamientos. De esta forma, tomaremos las creaciones y reformas legislativas en relación con la minoridad como hitos que nos permitan detenernos a explorar las perspectivas que en distintos momentos han sido hegemónicas en la definición del menor.

¿POR QUÉ UNA JUSTICIA ESPECIAL?

Según el derecho liberal, todos los individuos tienen igualdad de derechos y, a la hora de reprocharles conductas consideradas como contrarias o amenazantes al orden social, a todos se les debe garantizar una serie de condiciones que vienen a cumplir la función de límites al poder de intervención del Estado.

Desde esta perspectiva, se podría decir que no existe una administración de justicia especial para los niños y jóvenes toda vez que la justicia penal, con independencia del tipo de sujetos que juzgue, debiera regirse por leyes impersonales, universalistas y abstractas.

Sin embargo, basta adentrarse en el “mundo judicial” para visualizar algunas especificidades que contribuyen a crear múltiples identidades; si bien éste

constituye un conjunto de códigos, normas y reglamentaciones ordenados jerárquicamente dista de ser un todo homogéneo y estático. En su interior existen diversas prácticas rutinizadas y diferentes ámbitos compuestos de distintos grupos profesionales. Estos "fueros" tienen asignadas específicas funciones y responsabilidades. En relación con la justicia de menores, desde una perspectiva jurídica se podrían aislar dos características que señalan algunas de sus particularidades. Una de ellas es la relativa a la "inimputabilidad" y "no punibilidad" de los menores. Para el derecho la noción de inimputabilidad se basa en la consideración de que el sujeto es incapaz de comprender la norma, por lo tanto no puede dirigir sus acciones, "motivarse" por lo dispuesto en ella, y por esta razón no se le pueden aplicar penas. La noción de no punibilidad se refiere exclusivamente a la no aplicación de penas, y en el caso de los menores se dice que el Estado "resigna" su pretensión punitiva con relación a determinados delitos de escasa trascendencia social, cuando son cometidos por menores de 18 años. La otra característica específica está dada por el carácter esencialmente "tutelar" de la justicia de menores, ya que los objetivos de este régimen son la protección y reeducación de los jóvenes. Lejos de aplicar "penas", en esta justicia se privilegia la adopción de "medidas" para el amparo y la formación integral de los niños y adolescentes. Sobre estas cuestiones, históricamente, han girado las principales disputas teóricas y dogmáticas en este ámbito.

Por otro lado, puede observarse que los agentes que operan y construyen cotidianamente esta justicia explican su propia tarea en términos de una dicotomía que opone "su fuero", al que ellos denominan "menores", a los juzgados dedicados a la administración de justicia para los mayores de 18 años de edad, que son nominados como "mayores". A partir de este par de oposición, recurrentemente puesto de relieve por los distintos profesionales de esta justicia, se establecen comparaciones que son utilizadas para ponderar de manera diferencial las particularidades del régimen creado para los menores de edad. Estas particularidades se encuentran en la "competencia" de estos juzgados; en el plano de la organización formal; y en el "procedimiento" donde se visualizan diferencias que provienen y se apoyan en el régimen penal especialmente creado para los niños y adolescentes¹.

En esta peculiar conformación de la justicia de menores se observa una recurrente tensión entre los aspectos tutelares y penales de éste régimen, que es posible identificarla en los pares de oposición tutela/responsabilidad y flexibilidad/formalismo. La tutela, en esta justicia, se asocia con distintos significados tales como los de protección, reeducación, resocialización que, haciendo hincapié en los aspectos humanitarios y benevolentes del régimen, posibilita la construc-

ción de un modelo, asociado al ideal terapéutico, que se basa en la retórica de “hacer el bien” (Cohen:1988). Esta noción se liga a la de flexibilidad, referida a las modalidades del accionar de esta justicia en la cual las normas amplias y genéricas posibilitan la existencia de un régimen de privilegio en donde la operatividad de las leyes depende de quién cometió el crimen. Los otros términos de estas oposiciones apuntan a la idea de un sujeto responsable por sus acciones, y a la necesidad de leyes estrictas y claras que especifiquen sin ambigüedades las conductas que pueden ser juzgadas.

Es posible analizar esta oposición entre tutela/responsabilidad partiendo de los universos sociales de la “persona” y el “individuo” que caracteriza Da Matta. Él propone que el universo de las leyes impersonales, abstractas y universalizantes tiene foco en el “individuo”, mientras que las “personas” se encuentran en otro universo social donde priman las relaciones personales y se exaltan valores básicos como la caridad y la bondad. Sin embargo, las dos nociones están siempre presentes y de hecho existe una dialéctica entre ellas (Da Matta, 1980).

En distintos momentos la categorización de los niños y adolescentes fue tributaria de los significados que encierran los términos de tales dicotomías. Así, las clasificaciones de las que han sido objeto los “menores” han contribuido a configurar determinadas “posiciones sociales” (Elías, 1996) y a construir y reproducir mecanismos para su tratamiento.

Para dar cuenta de ello realizaremos un recorrido a través de la conformación de la justicia de menores organizando el análisis a partir de las dicotomías antes señaladas (tutela/responsabilidad y flexibilidad/formalismo). Es decir, identificando cuáles fueron los sentidos asignados a estas nociones en distintos debates que precedieron a las reformas legislativas.

ENTRE NORMAS Y EDADES: LA HISTORIA DE UNA CREACIÓN

Si el pensamiento legal representa una determinada forma de imaginar la realidad, y al tiempo la estructura, no siendo sólo un mero reflejo de ella (Geertz, 1994), podemos observar que desde las últimas décadas del siglo pasado hasta el presente, se han sucedido diversas categorizaciones que nos señalan las formas en que el derecho “imaginó” a los niños y los adolescentes, y evaluó las causas de sus conductas y las medidas para el tratamiento de los menores que ingresaban al sistema penal.

Esta serie de categorías, conformadas a partir de prácticas sociales que engendraron este dominio de saber (Foucault, 1996), pueden ser vistas también como parte integrante de los esfuerzos de elites sociales, políticas e intelectuales que compiten, a lo largo de cambiantes coyunturas, por la instauración de sus posiciones y proyectos ideológicos². Por tanto, estas categorías no son una creación repentina y azarosa, al contrario deben ser vistas como el resultado de perdurables elaboraciones intelectuales tendientes a organizar el conjunto de la vida social. Expresadas en términos legales, aunque descansen en el terreno de la política y la moral, se encuentran plasmadas en las normas que, tomen la forma de códigos, leyes, reglamentos o convenciones, no dejan de ocupar un lugar fundamental, como fuente de autoridad y autorización, en la organización del mundo judicial.

En el tratamiento judicial de los menores de edad se pueden distinguir cuatro grandes momentos clave. El primero comienza a principios del siglo XX y se extiende hasta los años '40, en él se sientan las bases de esta justicia y hace su aparición la facultad de la tutela estatal sobre los niños y jóvenes. Le sigue una etapa conformada sobre la base del Estado social que, con nuevas normativas sobre los niños y adolescentes, se extenderá hasta los años '70. Un tercer momento se puede distinguir cubriendo los años de la última dictadura militar hasta entrados los años '80. Y el último se delimita a comienzos de la década del '90 hasta la actualidad, época en la que nuevos debates entran en escena.

En todos estos momentos puede visualizarse un común denominador en la categorización de la infancia y adolescencia que remite a la naturalización de estas nociones, asignándoles el carácter de un "hecho natural". Asimismo, en los debates que preceden a las reformas legislativas, se puede observar la recurrencia de algunos núcleos argumentativos que, referidos a las características de los "menores", al rol de los padres y del Estado, y alternando el énfasis entre tutela y responsabilidad, postulan específicos mecanismos para el tratamiento de la minoridad.

I. DEL DISCERNIMIENTO AL ABANDONO Y EL PELIGRO MORAL

A fines del siglo XIX, en el proceso de consolidación y centralización del Estado, nace el Código Penal que se mantuvo hasta el año 1921³. En relación con los jóvenes esta normativa mantenía las disposiciones que habían regido desde la época de la Colonia⁴. Así los menores de diez años, cualquiera hubiese sido el acto cometido no recibían sanción alguna, se preveía para ellos la posibilidad de co-

rrección doméstica con la vigilancia de la autoridad judicial, y ello se fundamentaba en su “mengua de razón y sentido”. Sin embargo, para los chicos que tuvieran entre 10 y 14 años se utilizaba otro criterio, que se conoce como prueba del “discernimiento”⁵, es decir, el juez debía decidir si esos menores tenían la suficiente capacidad de comprensión para ser considerados o no imputables. De acuerdo al grado de “discernimiento” que poseía un chico, era considerado o no pasible de penas, y esta decisión recaía en la figura del juez.

Este tratamiento diferencial para los menores que estipulaba el Código argentino, se inspiraba en el Código de Baviera el cual sostenía que la juventud era causa de “atenuación legal”⁶ y sus fundamentos eran: *“Habría sido contrario a las leyes de la naturaleza someter a una represión uniforme los actos cometidos desde los 8 a los 16 años. Toca al juez, además, arbitrar la pena según que la persona esté más o menos desarrollada”*⁷.

Las discusiones jurídicas generadas en torno a estas disposiciones se centran en la prueba del discernimiento. Los juristas destacaron que esta determinación implicaba una gran cuota de discrecionalidad ya que se trataba de una decisión basada puramente en la “apreciación subjetiva” del juez. Como en los debates de otros momentos históricos, el cuestionamiento se dirigió a la discrecionalidad y arbitrariedad con las que podían actuar los jueces de menores.

En el Código Penal posterior, del año 1921, se elimina la prueba del discernimiento, y se establece la inimputabilidad absoluta para los menores de 14 años. Sin embargo, el establecimiento de un nuevo límite etario y la supresión del discernimiento no sólo obedecen a las discusiones generadas en torno a él, sino que guardan relación con la sanción de una ley denominada Patronato de Menores, que en nuestro país constituyó el momento fundacional de la justicia especial para los menores de edad.

Luego de 10 años de debate y de la presentación de distintos proyectos legislativos, en 1919 se sanciona esta ley que tiene una fuerte impronta positivista. Con ella nacen las categorías que marcarán el desarrollo de la justicia de menores: “abandono o peligro moral y/o material” y “tutela estatal”. En virtud de la primera categoría comienzan a ingresar al sistema penal diversas situaciones que no tienen su origen en un hecho considerado como delictivo. Esta es la cuestión más novedosa que inaugura dicha normativa. Así, a partir de su sanción no sólo ingresan a los juzgados de menores las causas de niños y jóvenes considerados autores de un delito, falta o contravención⁸, sino también las causas de los menores que han sido víctimas de delitos y también los casos en que un menor de edad se encontrara “desamparado”, “falto de asistencia” o en una “situación de abandono o peligro

moral y/o material". Esta normativa amplió considerablemente la intervención de los organismos judiciales sobre la infancia y la adolescencia.

Las antiguas reglamentaciones se mostraron insuficientes para hacer frente al desamparo y la criminalidad de los jóvenes, problemas que fueron definidos como tales por nuestras elites⁹. En esos momentos poco importaba la discusión sobre el "discernimiento", porque tomó cuerpo una perspectiva correccionalista que no se basaba en la idea de establecer la capacidad individual de comprensión de la norma, ya que lo objetivable era la existencia de circunstancias exteriores a la voluntad de los sujetos que determinarían la consecución de un camino hacia la delincuencia¹⁰. Esta tarea de construcción de nuevos mecanismos de normalización se apoyaba en una retórica científica que deslindaba categóricamente las causas de la criminalidad, a saber: los rasgos personales y el medio social. Específicamente en relación con los menores de edad se produce un cambio de concepción, los niños adquirieron una fisonomía propia cuyas características se construyeron sobre la base del determinismo en parte biológico aunque fundamentalmente social, y se apoyaron en un discurso científico que mayoritariamente se refería al niño perteneciente a los sectores populares, puesto que en él se agravaban los factores nocivos característicos de la niñez (Ruibal, 1993). Así comienza a delinearse el "problema de la infancia y la adolescencia".

En este contexto se sancionó la ley de Patronato que marcará el inicio de la justicia de menores. Dicha ley se basó en el proyecto de un diputado que, desde el saber médico y con un discurso encendido, defendía la justeza de la norma: "*se trata de suprimir por medio de la ley que propongo ese verdadero cultivo del crimen que principia en las calles vendiendo diarios y concluye en la cárcel penitenciaria por crímenes más o menos horribles*"¹¹.

Uno de los objetivos de la criminología positivista para posibilitar la prevención del delito era la sustitución de la pena ante el crimen consumado a través de la detección previa de la "temibilidad" del individuo. A su vez, el higienismo social sostenía que los factores ambientales coadyuvaban a reproducir la delincuencia, por lo tanto la tarea estuvo orientada a un saneamiento generalizado, que en el caso de los niños se vinculó a la separación de su núcleo familiar cuando éste fuera "viciado o inmoral". En este sentido, la noción de "prevención" engarzada con la de "peligrosidad" ha sido central en la constitución del fuero penal de menores. Como plantea Gaetano De Leo, la peligrosidad social es "una categoría flexible con enormes posibilidades de carácter utilitario (...) cuanto más evidente es la ausencia del requisito de la responsabilidad en un sujeto, tanto más fundada será la presunción de su peligrosidad social" (1985:31). La "situación de abando-

no o peligro moral y/o material¹² pasa a constituir un claro indicador del posible camino hacia la delincuencia. Sobre la base de esta categoría se legitima la intervención del Estado sobre aquellos menores abandonados o faltos de asistencia.

En esta etapa formativa de la justicia de menores, las discusiones que tienen lugar se refieren fundamentalmente al rol de los padres. Así, en un debate signado por propuestas de penalización a los padres que abandonar a sus hijos, en la Ley Agote se estipulan causales de pérdida de la patria potestad que amplían las ya existentes, modificando y complementando las disposiciones del Código Civil sobre patria potestad, tutela y tenencia de menores. La categoría que a partir de este momento deviene en dominante es la de tutela estatal, facultad de los jueces y otros funcionarios, que se aplicará en un amplio abanico de situaciones.

II. UNA JUSTICIA TUTELAR

Si bien el Código Penal de 1921 había establecido la inimputabilidad para los menores de 14 años, con lo cual no eran posibles de penas, en virtud de la ley de Patronato se les podían aplicar “medidas para su protección” toda vez que se encontraran en situación de peligro material y/o moral¹³. La justicia penal de menores operó con estas dos disposiciones hasta el año 1954, en que se sanciona una ley penal especial para la minoridad que eleva la edad de inimputabilidad a los 16 años, establece la inimputabilidad relativa para los chicos de 16 a 18 años, y fija específicos mecanismos como el estudio de la personalidad del menor, el tratamiento adecuado para conseguir el mayor grado de adaptabilidad social y aptitud para el trabajo, el desdoblamiento de la sentencia en una primera sentencia de declaración de responsabilidad penal y una segunda sentencia condenatoria o absolutoria¹⁴. En esta normativa, se reafirma la categoría de la “tutela estatal” considerando obligatoria su aplicación, por parte de los jueces, en todos los casos de menores considerados infractores a la ley penal.

Así, la justicia de menores pasa a ser caracterizada como una “justicia tutelar”¹⁵. Los debates de la década peronista acerca de la familia y el rol del Estado, según Donna Guy (2000), estuvieron atravesados por argumentos que no constituían una novedad histórica sino que se encontraban presentes en los planteos que socialistas, conservadores y radicales sostenían desde los primeros años del siglo. Sin embargo, en esta época la preocupación por la familia cobra predominancia en las políticas sociales, y además la metáfora familiar se despliega con fuerza en el ámbito de lo público. En este período se sanciona una gran cantidad de normas

destinada a regular las relaciones familiares¹⁶, y en relación con los niños y jóvenes se comienza a hablar de derechos que el Estado tiene la obligación de garantizar¹⁷.

En los fundamentos de la nueva norma que fijó los mecanismos para la justicia penal de menores se postulaba que el menor no debía ser considerado como un vulgar delincuente “*sino como pupilo del Estado, sujeto a su atención, vigilancia y disciplina*”¹⁸. Así se establecen los objetivos manifiestos de esta justicia especial que no son la persecución penal, ni el castigo, sino la educación y la protección de los jóvenes. Con esta reforma se inicia una tendencia conocida como “despenalización” de los menores, sustrayendo del Código Penal las disposiciones relativas a los mismos¹⁹. El argumento para la creación de un régimen específico sostenía la necesidad de establecer la más absoluta separación entre el derecho penal de adultos -del cual se resaltaba su carácter retributivo y expiatorio- y el derecho penal de menores, al que se quería pedagógico y correccionalista. En este debate, la tensión entre tutela/responsabilidad se resuelve caracterizando negativamente al segundo de estos términos, para resaltar los aspectos benéficos de esta justicia.

A partir de las características de esta etapa de la vida, en la cual “*el adolescente, cuyo paso vacilante en un sendero tortuoso y oscuro lo hizo tantas veces caer en medio de los vicios y la delincuencia*”²⁰, se crea un régimen específico para su tratamiento y rehabilitación. Asimilando a los menores infractores a seres enfermos y débiles, se despliega una serie de prácticas destinadas a recuperarlos. Los objetivos son: “*redimir a los niños y jóvenes que tal vez llevados por un ambiente familiar o social nocivo, cayeron en infracciones antijurídicas. Si los padres manifiestan su mayor afecto por sus hijos débiles y enfermos, también los gobernantes deben poner el acento en las medidas de tutela, socorro y protección destinadas a los ciudadanos moralmente debilitados, especialmente cuando son niños y jóvenes*”²¹.

De esta forma, a partir de la asociación del modelo familiar y médico, y de la consecuente caracterización de los menores como “hijos enfermos”, se legitima la adopción de medidas indeterminadas para su protección. Con esta normativa se introduce nuevamente el debate acerca de la discrecionalidad judicial, ya que pasa a ser el juez quien, según su “impresión personal”, debe administrar el tipo y duración de las medidas y sanciones.

Unos años después, se crea el Consejo Nacional del Menor²² al que se atribuye la facultad de detentar la tutela y ejercer funciones de vigilancia sobre los menores en establecimientos especiales. En esta época terminan de conformarse las bases y organismos de esta justicia especializada, que crea a su vez una especi-

fica "clientela", nutrida de menores "abandonados", "desamparados", "faltos de asistencia", infractores, contraventores y víctimas de delitos.

III. LA EDAD DE LA INOCENCIA

Por espacio de veinte años se mantienen similares mecanismos para la administración de la justicia de menores. En los años '70, los debates se centran fundamentalmente en el límite etario que corresponde a la inimputabilidad. Si bien se sostenía la necesidad de reemplazar la *retribución* por la *prevención*, incluso antes de la dictadura militar distintos proyectos postulaban bajar de los 16 a los 14 años el límite de la imputabilidad justificando tal propuesta en "*los datos aportados por la filosofía del hombre y la psicología evolutiva*" que demostraban que los cambios sociales generaban una más pronta capacidad de discriminación y dirección de los jóvenes²³.

En el año 1976 la dictadura militar baja la edad de inimputabilidad a los 14 años²⁴, aunque se continuó operando sobre la base de los mecanismos ya fijados. Es decir, en este período, la responsabilidad de los jóvenes *punibles* se tradujo en represión y castigo, mientras que el sistema, para con los menores considerados inimputables, siguió actuando de manera discrecional y arbitraria responsabilizando, por su comportamiento, a la familia.

En el contexto del estado terrorista se sanciona, en el año 1980, otra ley que crea el régimen penal de la minoridad. Esta ley, cuyo proyecto se encomendó a magistrados especializados en la problemática de la minoridad²⁵, recrea los mecanismos judiciales que habían sido estipulados en la década del '50. Esto es, la categoría jurídica de tutela continuó dominando el procedimiento en "menores".

Este "régimen penal de la minoridad" establece tres modalidades diferentes cuya aplicación está determinada por la edad del chico acusado de haber cometido un delito²⁶. En dicha normativa se enfatiza la necesidad de estudiar la personalidad del menor y para ello el juez podrá poner al menor en un lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo que él considere indispensable; también se establece la necesidad de evaluar las condiciones familiares y ambientales del mismo para dictaminar si se encuentra en una situación de "riesgo". A partir de los estudios sociales y ambientales, el juez deberá decidir las medidas más convenientes para su formación integral. Así, en las prácticas cotidianas de esta justicia sucederá que el hecho se desmaterializa, pierde entidad como tal. Los actos por los cuales los chicos ingresan al sistema penal son retenidos sólo como una prueba

más de la personalidad y de la conducta de éstos. Los hechos se transforman en un síntoma de su situación de riesgo, haya cometido o no el delito que se le imputa. Por tanto, en la conformación de esta justicia se observa una perdurabilidad de aquella impronta positivista que le dio origen, no sólo legitimada en las normas, sino también arraigada en múltiples prácticas institucionales que refuerzan las atribuciones otorgadas al juez de menores. Tal impronta se visualiza en el hecho de que antes que juzgar actos, en esta justicia lo que se juzga son personas, familias, posibles conductas virtuales.

Esta norma ha sido y es blanco de numerosas críticas, y si bien existen diversos proyectos legislativos para su modificación aún hoy se encuentra en vigencia.

IV. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DEBATES

Desde los últimos años de la década de 1980 comienzan a profundizarse las críticas a la normativa que rige la justicia de menores. Así, a principios de los '90, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño²⁷ aparece en este escenario como elemento privilegiado para vehiculizar cuestionamientos y demandas a este ordenamiento. A partir de ella, otras categorías han sido construidas para definir a esta población, sus comportamientos y sus derechos. En su nombre se entabló un debate zanjado por la dicotomía entre la denominada "doctrina de la situación irregular", de la cual se consideran máximos exponentes las leyes de Patronato y del Régimen Penal de la Minoridad, y la "doctrina de la protección integral" basada en dicha Convención, y que hace hincapié en la consideración del niño como "sujeto de derechos" en vez de "objeto de protección". Las nuevas categorías son construidas por oposición a las ya existentes –a las que se califica como estigmatizantes y cosificadoras–, dando surgimiento a una multiplicidad de pares de oposición, entre otros: menores/niños, niñas y adolescentes, incapaces/personas en condiciones particulares de desarrollo, menores en riesgo/niños en circunstancias especialmente difíciles, delincuencia juvenil/niños y/o adolescentes en conflicto con la ley penal, objeto de intervención/sujeto de derechos.

Los debates inaugurados en esta década son tributarios de la emergencia de un nuevo "discurso de los derechos humanos" que ha sido apropiado por diferentes movimientos sociales como una guía de lucha en pos de sus reivindicaciones (Santos, 1997).

En este contexto, es recurrente la denuncia a la intervención abusiva del Estado en la vida de los niños y jóvenes, así como a su intromisión en los derechos de la patria potestad, por lo cual se sostiene la necesidad de “reintegrar a los niños y adolescentes a su medio familiar”, trabajando en virtud del fortalecimiento de la familia. Simultáneamente, se cuestiona la falta de garantías de la que son víctimas los menores que ingresan al ámbito judicial y se proponen distintos “sistemas de responsabilidad juvenil” que tienen como premisas los términos de responsabilidad y formalismo legal. Estas propuestas promueven una vuelta al derecho estrictamente penal, considerando al “derecho de menores” como una falacia (Beloff, 1996). En este sentido, la mayoría de los argumentos –fuertemente críticos hacia la lógica de la tutela- quedan instalados en el terreno de las definiciones legislativas y en la paradójica creencia de que la imputabilidad representa una garantía que pone límite a la reacción estatal coactiva.

Actualmente la justicia de menores es el blanco de numerosos cuestionamientos. Así, es posible escuchar que es un sistema “por completo inconstitucional”, “opera con una amplia discrecionalidad y arbitrariedad”, “produce una criminalización de la pobreza”. Centro de un prolongado debate, los recursos argumentales utilizados críticamente hacia esta justicia se encuentran estandarizados, ya que apenas varían unos de otros. Situación paradójica la que reina, porque tanto en el interior como al exterior de la agencia judicial, se pregona lo mismo. Sin embargo, este aparente consenso no es tal, y los proclamados y anhelados cambios parecen diluirse en un debate signado por acusaciones cruzadas.

SOBRE LAS PERSONAS Y LOS INDIVIDUOS. ALGUNAS CONCLUSIONES

En los debates acerca de la justicia de menores que se han sucedido en los diferentes momentos ha primado una visión dicotómica, y en ellos se han enfatizado de manera diferencial uno u otro de los términos de la oposición tutela/responsabilidad. Sin embargo, aunque opacado, el otro término continúa presente. Así, si en una etapa se privilegia la tutela, la responsabilidad es reenviada al medio familiar de los chicos. Cuando lo que se pregona es la responsabilidad y el formalismo o bien se los utiliza para justificar mayor represión y castigo, o bien permanecen como definiciones abstractas en el terreno de los derechos sin encontrar forma de materializarse en prácticas que redunden en una menor intervención coactiva del Estado.

Al recorrer los principales momentos en la conformación de la justicia de menores, es posible relacionar esta tensión entre tutela/responsabilidad con una forma constante y generalizada de conceptualizar a la infancia en nuestra sociedad. La infancia en tanto construcción social supone un término complementario. Los niños y adolescentes son indisolubles de la esfera privada. En el nivel del modelo de familia occidental y conyugal²⁸, se atribuye a los niños “una serie de fases de desarrollo emocional e intelectual que exigen cada una cuidados especialmente adaptados y suministrados por adultos específicos” (Fonseca, 1998:32). Son ante todo hijos, por tanto el término complementario y no contradictorio que corresponde es padres. Los niños son, retomando la caracterización de Da Matta, “personas”.

Sin embargo, en el aparato de justicia destinado a los menores de edad se pueden identificar modalidades correspondientes a las zonas de pasaje entre estos dos dominios. Los niños en el seno de una familia son “personas”. Ahora bien, los chicos que ingresan al sistema penal lo hacen porque se opera en ellos un pasaje de “persona a individuo”.

Este pasaje se relaciona con otra oposición, casa/calle, que delimita ámbitos con cualidades específicas. En el hogar se realiza el primer pasaje fundamental, ya que naciendo individuos somos transformados en personas, ganamos nuestro nombre que nos liga con la sociedad mayor. La calle es connotada como un lugar peligroso, no existe la protección que brinda estar en un grupo, es el ámbito donde domina lo individual y donde se está expuesto a las leyes universalizantes e impersonales. Baste recordar aquí los debates en torno a la infancia abandonada, al “verdadero cultivo del crimen que principia en las calles”, y a la perdurable fórmula “alejados de la vista de sus padres”, para comprender que los chicos ingresan al orden jurídico como “individuos” ya que cruzaron a ese dominio impersonal sin las mediaciones adecuadas²⁹. No obstante, pareciera que por pertenecer a la categoría infancia y adolescencia prevalece la noción de que es necesario un término complementario. Así se completa el pasaje “persona-individuo-persona”. La administración de justicia para los menores de edad oscila por ello entre la individualización del mundo igualitario de las leyes y el código de las moralidades personales.

Además, esta naturalización de las categorías infancia y adolescencia, posiciona a los distintos actores en roles que tienden a asemejarse a los que imperan en ese dominio del cual los chicos han salido a destiempo. Así, la posición social del juez de menores se ha construido históricamente dotándola de atributos que asemejan su lugar al rol del padre. Los jueces en tanto “responsables” de los

niños y adolescentes, no pueden estar atados a reglas universalizantes e igualitarias. Por ello, la discrecionalidad no es más que “flexibilidad”, ya que este régimen, al tratar con una categoría especial de personas, deberá operar con benevolencia y rigurosidad a la vez.

Consideramos que es esta forma naturalizada de conceptualizar a la infancia –y no tanto el uso de la categoría “menor”, sobre la que hay un consenso generalizado acerca de la cosificación y estigmatización que conlleva- la que posibilita aun hoy la existencia de específicas atribuciones para esta justicia especial. Ellas se han legitimado en la elaboración de perdurables categorías y han contribuido a crear una determinada *sensibilidad legal* en torno a los niños y jóvenes.

Por otra parte, esta sensibilidad legal, que presenta a las categorías de “riesgo”, “problemas de conducta”, “situación familiar y personal”, y “falta de asistencia” como hechos judiciales, no puede desligarse de los esfuerzos realizados por las elites en pos de sus posiciones morales. En este sentido, nos interesa dejar planteado que si en los diferentes momentos históricos los núcleos argumentativos de los debates giran alternativamente en torno a la responsabilidad de los niños y jóvenes o de su familia, las situaciones de abandono y/o peligro, y, entre otras cuestiones, la baja de la edad de inimputabilidad, ello no debiera comprenderse tanto como resultado directo de un cambio objetivo en el contexto social, sino como fruto de transformaciones en “el contexto de percepción de las elites morales, dentro del ámbito político y cultural, y de la interpretación moral que son capaces de ofrecer relativa a la coyuntura y lo que ella requiere” (Melossi, 1992:38).

Como planteamos en un principio este régimen especializado se asienta sobre variadas categorías que se han construido para designar a la infancia y la adolescencia, y ellas –como observamos en los distintos momentos- antes que conceptos abstractos debieran ser reconceptualizadas como categorías en acción, mediante las cuales se justifican, mantienen y reproducen determinados mecanismos, atribuciones y prerrogativas. En otros términos, con ellas se libra la “batalla por la hegemonía”.

NOTAS

¹ Ver Tesis de licenciatura en Ciencias Antropológicas: "Justicia y Menores. Taxonomías, metáforas y prácticas", Facultad de Filosofía y Letras, UBA, Maraca de 1999.

² Estas "elites morales", según la denominación de Darío Melossi, están constituidas por "individuos y grupos que, dentro de pautas dadas, tienen éxito en expresar las posiciones morales que eventualmente se transformarán en hegemónicas" (1992:43).

³ El primer Código Penal (en adelante C.P.) data del año 1886, Zaffaroni indica que éste se sanciona con notorio retraso respecto del Código Comercial y Civil, y que ello puede explicarse en razón de que "el control social punitivo de las clases más desfavorecidas se llevaba a cabo con legislación rural en manos de caudillos políticos y sus jueces de paz, existiendo desde la colonia una medida de seguridad pre-delictual para los 'vagos y malentrenidos', que era el servicio militar obligatorio" (Zaffaroni, 1995:254).

⁴ La legislación que rigió hasta 1886, año de promulgación del C.P., era la heredada de la Colonia que consistía en la Nueva Recopilación de Leyes para las Indias, que contenía las Siete Partidas Alfonsinas.

⁵ El discernimiento apunta a la idea de una maduración que se va consiguiendo gradualmente, considerada como la capacidad para comprender la norma y dirigir las acciones de acuerdo a lo dispuesto en ella.

⁶ El derecho considera que algunas circunstancias actúan como "agravantes" o "atenuantes" en relación a la condena fijada por el delito juzgado, entre otras son: la manera como se ejecutó, qué medios se emplearon, y también la edad, la educación, la conducta, etc. Foucault inscribe el surgimiento de las "circunstancias atenuantes" en el proceso de atenuación de la severidad penal y de desplazamiento en el objeto de la penalidad. Al postular que ya no es el cuerpo sino el alma del delincuente lo que se juzga, plantea que mediante el rodeo de las circunstancias atenuantes se hace "entrar en el veredicto no precisamente unos elementos circunstanciales del acto, sino otra cosa completamente distinta, que no es jurídicamente codificable: el conocimiento del delincuente, la apreciación que se hace de él" (1988:25).

⁷ Zulita Fellini, *Derecho Penal de Menores*, Ed. Ad - Hoc, Bs. As. 1996.

⁸ Es interesante observar que en el caso de las contravenciones también existen diferencias en el tratamiento que recibían los niños y jóvenes. En el ámbito de la Capital Federal, las contravenciones se encontraban reguladas por los edictos policiales que datan de principios del siglo XX, y que fueron derogados en el año 1998. En relación con los mayores de 18 años que se encontraban incurso en una contravención, era la Policía Federal la encargada de sancionar, sin poner el hecho en conocimiento del órgano jurisdiccional. Sin embargo, con la sanción de la ley 10.903 de Patronato de Menores, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal sustrajo a los “menores” de la jurisdicción de la policía, la función de ésta quedaba limitada a la preparación de un informe respecto de la situación del menor en la familia, y debía dar intervención al juzgado de menores de turno.

⁹ Desde el siglo XIX existían diferentes organismos (Defensor de Pobres y Menores, Sociedad de Beneficencia) y reglamentaciones que alertaban sobre los efectos nocivos del “abandono de niños”, como por ej. el decreto que en 1863 dicta el gobernador Sarmiento disponiendo la obligatoriedad de mandar a los niños a la escuela. De este modo los Jueces de Paz y los comisarios de los distintos departamentos debían llevar un registro del cumplimiento de tal decreto, con el fin de dar a conocer al Jefe de Policía la “mala conducta” de los padres que no cumplían con esta obligación, y siendo así éste debería buscar a los niños “patrón o tutor que se encarguen de darle educación” (Fellini, 1996).

¹⁰ Rosa Del Olmo (1987) señala que a comienzos del siglo XX, el delito pasa a considerarse no ya el producto del libre albedrío de los individuos, sino como determinado por fallas en su constitución física o moral. Ello se observa en una de las críticas al discernimiento: “la ley aparecía basada en un criterio unilateral (...) y un desconocimiento del poder con que actúan en la mala conducta infantil determinados factores mesológicos (abandono moral y material), de los cuales el menor es totalmente inculpable” (Soler, 1951: t. 1, p. 110 citado en González del Solar, 1995:164).

¹¹ Dr. Luis Agote, Diario de sesiones, Cámara de Diputados, Congreso Nacional, 8/8/1910.

¹² El texto de la norma incluye las situaciones que deberá entenderse son de peligro o abandono, entre otras: la mendicidad, vagancia, la frecuentación a sitios nocturnales o de juego”, y el estar alejados de la vista de sus padres (Ley 10.903, art. 21).

¹³ Para los menores “inimputables” se preveía la entrega a sus padres, sin embargo si ello resultaba “peligroso”, el tribunal debía ordenar su colocación en un estable-

cimiento correccional hasta que cumplieran 18 años. El cese de la internación antes de esa edad dependía de la buena conducta del menor y de sus padres. También el juez tenía la facultad de postergar la internación hasta los 21 años de edad cuando el menor “revistiese condiciones de perversión o peligrosidad” (C.P. de 1921, art. 36).

¹⁴ El desdoblamiento de la sentencia es otra de las particularidades de “menores”, se aplica a los chicos considerados relativamente inimputables. Así, si en la primera sentencia se declara que el joven es “responsable penalmente” (es decir, se acredita el hecho y se lo considera autor del mismo) tendrá que transcurrir como mínimo un año de “tratamiento tutelar” para dictar la segunda sentencia.

¹⁵ La ley sancionada en diciembre de 1954, es la 14.394, denominada “Modificación al régimen de los menores y familia”. Con ella se derogan los artículos del C.P. destinados a los menores de edad.

¹⁶ Entre otras normas, en el año 1948 se sanciona la primera ley de adopción de nuestro país; en el año 1950 se sanciona una ley que pena el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar; asimismo la ley 14.394 conocida como ley omnibus establece el bien de familia y el divorcio vincular.

¹⁷ Por ej., en uno de los anteproyectos para la reforma constitucional se postulaba que “El estado adoptará las medidas necesarias para la protección de la maternidad y de la infancia como únicos elementos privilegiados de la Nación” (Citado en Guy, 2000).

¹⁸ Sajón, Achard y Calvento, “Menores en situación irregular”, Boletín del Instituto Latinoamericano del Niño, 1973 (Citado en González del Solar, 1995:166).

¹⁹ Una de las discusiones que generó esta tendencia se relaciona con la necesidad, sostenida por algunos teóricos penales, de legislar no sólo un tratamiento diferencial para los menores de edad, sino también de tipificar “figuras penales” específicas para los menores.

²⁰ Diario de Sesiones, Cámara de Senadores, Congreso Nacional, 14 de diciembre de 1954.

²¹ *Ibid, op. cit.*

²² Según Decreto ley 5286 del año 1957. Este organismo, si bien ha tenido modificaciones a lo largo de su historia, existe actualmente. Se ocupa, fundamentalmente, de la administración de los institutos de régimen cerrado y de los progra-

mas en los cuales los chicos deben cumplir la medida tutelar ordenada por la justicia.

²³ Proyecto de la Comisión de Reformas, decreto 480/73. (Citado en González del Solar, 1995:170).

²⁴ La ley que sanciona la dictadura militar autodenominada Proceso de Reorganización Nacional (1976-1983) es la 21.338 de junio de 1976. La referencia a esta ley es un recurso extendido entre los actores del fuero en el actual debate acerca de la conveniencia o no de bajar los límites de imputabilidad y es interesante observar cómo se reitera la referencia a las “características de la adolescencia”, tanto en las propuestas de reformar la legislación, como también en las críticas que ésta merece. Transcribo una de las críticas a la ley 21.338: “la mayor severidad de las penas contribuyó a instaurar un contexto sumamente adverso a la reeducación juvenil, ignorando que la eventual participación de adolescentes en las acciones guerrilleras respondía al impulso de factores que debían removerse -degradación moral, desestructuración familiar, graves perturbaciones del orden económico y social- y a la prédica disolvente de agentes subversivos que (...) captaban con sus frases lisonjeras y mendaces los enjundiosos ideales de aquella etapa vital” (González del Solar, 1995:170).

²⁵ El hecho de que hayan participado jueces de menores en la elaboración del proyecto de ley, lejos de generar críticas relacionadas a la situación política en la que se gesta esta ley, es valorado por algunos jueces como un signo altamente positivo y una muestra del espíritu comprometido de estos magistrados en la tarea de “proteger” a los menores.

²⁶ El régimen penal de la minoridad, ley 22.278, modificada por la ley 22.803 de mayo de 1983 que eleva la edad de inimputabilidad a los 16, establece tres categorías diferentes de “menores” a las que les corresponde distinto tratamiento: 1) los menores de 16 años son inimputables absolutos; 2) los menores de 16 a 18 años son imputables, pero son “no punibles” cuando cometen determinados “delitos menores” (reprimidos con multa o con pena privativa de la libertad inferior a 2 años) y 3) los de 18 a 21 años que son plenamente imputables, pero la condena deben cumplirla en establecimientos especializados.

²⁷ La Convención sobre los Derechos del Niño, fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, la Argentina la ratificó en 1990 y fue incorporada a la Constitución Nacional con la reforma del año 1994.

²⁸ Me refiero al modelo de la familia conyugal, nuclear y cerrada, donde los parientes consanguíneos son relegados a un papel secundario (Fonseca, 1998). La familia, es así “*un privilegio que se ha instituido en norma universal. Privilegio que de hecho implica un privilegio simbólico: el de ser como se debe, en la norma, y tener, por tanto, un beneficio simbólico de la normalidad*” (Bourdieu, 1998).

²⁹ Da Matta plantea que las relaciones personales son características de sociedades tradicionales u “holísticas” donde el individuo es controlado por ser peligroso y no tiene una relación directa con la totalidad. Es incorporado a la sociedad a través de segmentos intermediarios como clanes o linajes. Es importante recordar que difícilmente los “hijos de familia” ingresen al sistema penal y si lo hicieran la “impresión” del juez posibilitaría un tratamiento diferencial, ya que ellos difícilmente se encuentren en una “situación de abandono y/o peligro material y moral”.

BIBLIOGRAFÍA

- Beloff, Mary (1996) "El sistema de justicia penal y la doctrina de la protección integral de los derechos del niño"; en: *Revista Justicia penal y sociedad*, Guatemala.
- Bourdieu, Pierre (1998) "Espíritu de familia". En: Neufeld, Grimberg, Tiscornia, Wallace (comp.): *Antropología social y política. Hegemonía y poder: el mundo en movimiento*, Eudeba, Buenos Aires.
- Cohen, Stanley (1988) *Visiones de control social. Delitos, castigos y clasificaciones*; PPU, Barcelona.
- Da Matta, Roberto (1988) "A propósito de microescenas y macrodramas: notas sobre el problema del espacio y del poder en Brasil". En: *Revista Nueva Sociedad*, Caracas.
- (1980) *Carnavais, malandros e herois*; Ed. Zahar, Río de Janeiro.
- De Leo, Gaetano (1985) *La justicia de menores*; Teide, Barcelona.
- Del Olmo, Rosa (1987) *América Latina y su criminología*; Ed. Siglo XXI.
- Elías, Norbert (1996) *La sociedad cortesana*, FCE, México.
- Fellini, Zulita (1996) *Derecho penal de menores*; Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- Fonseca, Claudia (1998) *Caminos de adopción*, Eudeba, Buenos Aires.
- Foucault, Michel (1996) *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, Buenos Aires.
- (1988) *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*; Siglo XXI.
- Geertz, Clifford (1994) *Conocimiento local*; Paidós, Buenos Aires.
- González del Solar, José (1995) *Delincuencia y derecho de menores*; Ed. Depalma, Buenos Aires.
- Guy, Donna (2000) "Rupturas y continuidades en el papel de la mujer, la infancia y la familia durante la década peronista", inédito.
- Melossi, Darío (1992) "La gaceta de la moralidad: el castigo, la economía y los procesos hegemónicos de control social". En: *Revista Delito y Sociedad*, Año 1, N° 1, Buenos Aires.

- Ruibal, Beatriz (1993) *Ideología del control social. Buenos Aires 1880-1920*, CEAL, Buenos Aires.
- Santos, Boaventura de Sousa (1997) "Uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos". En: Revista *Lua Nova*, N° 39, San Pablo, Cedec.
- Terán, Oscar (1987) *Positivismo y nación en la Argentina*; Puntosur, Buenos Aires.
- Villalta, Carla (1999) "Justicia y Menores. Taxonomías, metáforas y prácticas", Tesis de licenciatura en Ciencias Antropológicas, Facultad de Filosofía y Letras, UBA.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1995) *Estructuras judiciales*, Ed. Depalma, Buenos Aires.

DOCUMENTOS

- Código Civil de la República Argentina; Editora, Buenos Aires, 1995.
- Código Penal y Código Procesal Penal de la Nación; Editora, Buenos Aires, 1996.
- Convención sobre los Derechos del Niño, Unicef, Buenos Aires, 1997.
- Diario de Sesiones, Cámara de Diputados, Congreso Nacional, 8/8/1910.
- Diario de Sesiones, Cámara de Senadores, Congreso Nacional, 14/12/1954.