

*Ni menores, ni jóvenes, ni conflictivos, ni locos.
Infancia, adolescencia y cuestión penal.*

Germán Darío Martín

Introducción:

Niñez y cuestión penal.

Quiero aclarar que el presente no es precisamente un “artículo”, ni mucho menos un artículo cerrado, son reflexiones inconclusas -tal vez equivocadas-, pistas, comienzos posibles, que pongo a consideración de los lectores.

Son algunas consideraciones a partir de una propuesta académica en la ciudad de Neuquén denominada diplomado en “*Menores en conflicto con la ley penal*”. Estas notas son particularmente referido al nombre del diplomado, no al contenido del mismo.

Breve introducción.

Considero que “*niñez y la cuestión penal*” es un tema que excede enormemente lo “*jurídico*” requiriendo una colaboración, cooperación y perspectivas ineludibles de otras ciencias como lo psicológico, lo sociológico, lo histórico, lo antropológico y aun lo medico. De hecho, creo que lo “*jurídico/normativo*” debería ser solo una de las herramientas de una intervención multidisciplinaria. Mas aun cuando la cuestión jurídico/normativo tiene la dimensión *de lo penal*.

Penal, pena, es decir incorporación del castigo, de la “*distribución estatal de dolor*” (Nils Chiestrie).

Por ello considero que el desafío no sólo es hacia la “*despenalización*” de la cotidianidad de la niñez y adolescencia, sino mas bien hacia la “*desjuridicidad*” de esa etapa.

El mandato constitucional de “*desjudicialización*” entiendo que nos marca ese camino, no solo en el ámbito de la protección de derechos sino también en el ámbito penal.

En el caso de niños, niñas y adolescentes acusados o imputados de delitos creo que es necesario una teoría “*militante*”, que defienda conquistas y luche por nuevas. Es decir generar teoría, reflexión y conocimiento pero con efectos prácticos. Ciencia aplicada y contextualizada.

El tema de la niñez y el sistema penal (subsistema normativo, agencias judiciales, agencias de control, etc) es una temática subestimada en el análisis, por lo cual sus espasmódicos acercamientos sociales al tema suelen ser simplistas, superficiales y estigmatizadores.

Estas breves líneas pretenden, justamente, “*pensar*” *la niñez y cuestión penal* desde nuestras prácticas y discursos, pero para incidir en nuestra prácticas y discursos.

La sospecha a las palabras.

Niños y adolescentes o Jóvenes.

No es ninguna novedad que el paradigma tutelar era un sistema cargado de eufemismos. En el proceso de *deconstrucción* del paradigma tutelar descubrimos y aprendimos el valor simbólico, axiológico y discursivo que el vocabulario tiene en el tema que estamos abordando.

El cambio de un “paradigma tutelar” al “paradigma de la protección” no significó necesariamente un corte claro y definitivo de una lado hacia otro.

Mary Beloff nos habla de que, en realidad, hay continuidades y discontinuidades entre un paradigma y el otro.

Algunas de las “continuidades”, creo, ha sido la utilización del termino “*juvenil*” para referirse a la cuestiones penales de personas menores de 18 años.

Claudia Cesaroni, nos dice que lo “*juvenil*” es para darle un aire de “*frescura*”, a lo que necesariamente es penal (castigo y dolor).

Encontramos que es usual el uso de la denominación “*Joven/es*”, (de hecho la Fiscalía neuquina especializada se denomina Fiscalía Penal Juvenil) aun cuando esa denominación no identifica a un grupo etario en forma precisa.

Este último grupo “*jóvenes*” es muy laxo y no existe consenso en su delimitación.

Según cierto consenso internacional al respecto, la etapa de la juventud correspondería a las edades entre 15 y 24 años. Para la Organización Mundial de la Salud, “*juventud*” comprende entre los 10 y 24 años. La Constitución neuquina diferencia claramente los dos grupos etarios en los artículos 47 (Niñez y Adolescencia) y 48 (Juventud) para mayores de 18 años sin límites para arriba.

Por ello, la palabra “*juvenil*” tiende a *adultizar* – e invisibilizar un tramo “la adolescencia”-, lo cual es realmente un inconveniente a la hora de tener una visión de la problemática. Aún frente a hechos reprobables, nunca dejan de ser adolescentes con todo lo que ello significa desde el punto de vista psicológico y social.

Se pretende *adultizar* para luego poder aplicar, sin culpa, el sistema penal –delitos, proceso y pena- de adultos.

También tiene efectos respecto de los medios de comunicación, tan presente en esta temática, en tanto identifican como delito juvenil o jóvenes delincuentes, a personas de alrededor de entre 14 a 25 años según la noticia.

Ello amplía objetivamente –al ampliar la edad-, la cantidad de delitos y afecta subjetivamente a la sensación y percepción social frente a los hechos delictivos cometidos por niños y adolescentes. Muchos de los hechos delictivos que los medios identifican como “*jóvenes*” son cometidos por personas adultas. Pero aquí el efecto es contrario a la “*adultización*” porque la impresión que genera *Jóvenes delincuentes* es que se trataría de personas menores de 18 años. Ello y sin extenderme en el análisis refuerza el estereotipo criminal, el estigma personal y el temor social del/al “*pibe chorro*”.

El efecto es reaccionario. No es que se extienden las garantías legales de abajo hacia arriba sino que se contamina de arriba – adultos- hacia abajo –niños y adolescentes-.

Creo que el termino “*juvenil*”, además de arbitrario, comparte con la idea de “*menor*” el pensamiento segmentador de la infancia, es decir no son niños, niñas y adolescentes son “*jóvenes*”.

Relativizando la situación tan fuerte e intensa que significa el proceso de la adolescencia en un contexto de sociedad de consumo, hedonista, de cultura neoliberal y el impacto que ello tiene en el ámbito penal.

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

De hecho, no encuentro objeciones a que se puedan expresar cuestiones vinculadas a “*adolescentes y jóvenes*” por ejemplo.

¿Adolescentes conflictivos?

Así como empezamos a denominar adolescentes y no “*jóvenes*” o “*menores*”, también se deberíamos repensar o directamente desterrar el uso del agregado “*en conflicto con la ley*”.

En algunos sectores, para otorgarles un poco más de precisión a la función u oferta de servicios, le incorporan la calificación de “penal”, es decir expresan “*menores en conflicto con la ley penal*”. Como se denomina el curso que disparara este comentario.

Sobre las ideas que subsayen – en realidad es bastante evidente-, respecto de la significación de rotular a un niño con la etiqueta de “menor” se ha escrito bastante y fueron unas de las primeras luchas discursivas entre un paradigma y otro.

Sintéticamente, es la idea de infancia segmentada como dijera más arriba, es decir existirían “los menores y los niños”.

Los primeros eran las personas menores de 18 años sin familia, los pobres, los excluidos de la educación, en situación de abandono y de calle, las excepciones, los anormales, los que están “en conflicto con la ley”. Por lo tanto peligrosos, a un pasito de delincuente (aun cuando el menor tenga 7 años ¡¡¡).

Son incompletos, incapaces y, cosificación mediante, son objetos de intervención y disposición estatal –no importando, y de hecho esta indiferenciada, si la intervención es penal o tutelar-.

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

Es decir que sea menor o adolescente no es la edad sino si está o no en conflicto con la ley. Si está en conflicto con la ley penal es menor. El calificativo determina el sustantivo, lo accesorio a lo principal. Excede aun la retribución o el “castigo”.

Menores y conflictivos.

El adicional “*en conflicto con la ley penal*” no tiene un claro origen, pero me lo imagino como un eufemismo de transición. De paso de un paradigma a otro. Allí en el purgatorio.

Vinculado a la historia institucional de los Juzgados de menores, allá por los años ‘80. Aferrado al modelo de justicia penal *inquisitivo*.

Desde el punto de vista teórico, es un absurdo y una paradoja. Es un sincretismo teórico de dos fuerzas contradictorias a lo largo de muchos años de debate en la historia del derecho penal y procesal penal.

Primero Foucault, luego Christie y más acá Binder, han identificado y mostrado cómo *conflicto e infracción* son piedras basales de cómo se “*produce*” derecho penal. Con infinidad de consecuencias según la elección.

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

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

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

El Estado confisca –estatiza- el conflicto, desde tres perspectiva: desinteresado al verdaderamente afectado –víctima-, desinteresando a la comunidad en la resolución de ese conflicto –profesionalizando la resolución- y creando infracciones sin víctimas.

Dicho esto, queda más o menos claro que no se puede estar en “conflicto” con la ley.

Si se encuentra “*en conflicto*”, nos paramos en el paradigma originario, previo a la apropiación por parte del Estado del conflicto interpersonal, por lo cual los conflictos son con otras personas.

Quiero aclarar: considero que el paradigma del conflicto es el mas acorde con un paradigma penal de derechos humanos, lo que digo es que no se puede estar en conflicto con una legislación.

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

Tal vez y forzando un poco los conceptos, uno puede pensar que estar en conflicto con una ley significa que no se está de acuerdo con tal o cual ley.

O que entendamos, que los niños y adolescentes comenten delitos como herramienta política para “*conflictuar*” la ley penal.

Creo que esta visión, además de romántica, “*demodé*” y poco realista, corre el riesgo de distorsionar al “*conflicto penal*”, victimizando a los victimarios. Pero además, neutraliza cualquier intervención seria de política criminal frente al delito adolescente, porque en definitiva en cualquier intervención estatal de política criminal se estaría criminalizando la protesta adolescente.

Parece que la realidad nos demuestra que no es así.

Desgraciadamente, el delito adolescente no tiene esa pretendida dimensión “política”, no es un enfrentamiento al sistema capitalista y de consumo, sino más bien un acto exageradamente individualista, materialista y consumista.

Que no pretende discutir al sistema legal sino que al contrario pretende, mediante el delito, remplazar los medios legales que le son negados, para acceder y ser incluidos en el sistema.

La manifestación del delito adolescente, Merton mediante, no solo no discute el sistema, sino que justamente es parte y derivado directamente del sistema. Es una de las respuestas posibles para poder acceder a las metas impuestas por el sistema.

También aquí encontramos una idea segmentadora de la adolescencia, en tanto estaríamos frente a adolescentes “*en conflicto*” y los adolescentes “*comunes*” o “*sin conflicto*”.

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

Desde las teorías conflictualistas hasta la ideas de justicia restaurativa nos hablan del conflicto como algo corriente, en un sentido positivo, como una posibilidad, etc. Parecería ser que la adolescencia es, necesariamente y aun saludablemente, conflictiva.

La paz de los cementerios. La idea que alguien pueda estar “*sin conflictos*” nos lleva necesariamente al idea de que se puede vivir y convivir “*sin conflicto*”.

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

En el marco de un derecho *penal mínimo* y de garantías que sirva de límite y cauce del poder punitivo del estado, la categoría de “*chicos conflictivos*” es justamente lo

contrario, es una concepción expansiva del derecho penal una oportunidad teórica y practica que habilita ampliaciones de intervención desproporcionada.

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

Entiendo que quienes están en conflicto con la ley – sobre todo con la constitución- son mas bien las instituciones del Estado.

Inimputables o punibles.

Esos locos bajitos

Si retrocedemos hasta los orígenes del derecho penal moderno, ubicándonos en el siglo XVIII, vemos que se produce teóricamente -y normativamente- en un marco filosófico del contractualismo con pensadores como Montesquie, Rosseau, Locke, los cuales tenían unas ideas generales del derecho penal.

Es Cesare Beccaria, con su “*de los delitos y de las penas*” -1764- quien acoge, mas o menos sistemáticamente, las ideas Iluministas al ámbito del derecho penal.

A qué viene esta introducción, a que estas ideas contractualistas y del Iluminismo penal se basaban, como toda teoría política, en un modelo de hombre, de sociedad y de estado. Deteniéndonos en el modelo de hombre que subsaye en todas esta construcción teórica/normativa es el de un varón, blanco, adulto, propietario y europeo. Como modelo ideal, después se vio que en la práctica, que el modelo en acción difiere fundamentalmente del modelo teórico.

Cualquiera que lea la declaración francesa de los derechos del hombre, la declaración de independencia de EEUU, la obra de Beccaria observa esta homogenización.

El derecho penal necesariamente nace *totalizante*, no es muy permeable a las diferencias. Ser *totalizante*, es decir tratar como iguales a quienes no lo son, tratar a todos/as como varones y adultos.

Quién o quiénes han quedado evidentemente afuera de esta concepción?. ¿A quiénes se trató de invisibilizar con este derecho penal?

Obviamente a las mujeres y a los niños. Ambos comparten esta historia de invisibilización o ninguneo. Pero eso no es solo historia, es presente.

Toda la concepción normativa y práctica actual del sistema penal tiene una fuerte vocación varonil y adulta.

Es una lucha de largos años – desde mediados de los “60- las que llevan a cabo las mujeres para ser reconocidas en sus diferencias frente al ámbito penal.

En el espacio de los niños y adolescentes la perspectiva especializada es incipiente. Pero en ámbitos como en el proceso penal se ha avanzado mas que en la dimensión sustantiva del derecho penal.

Es decir el derecho penal trata a los niños como adultos.

Es curioso pero quiénes por primera vez, en el ámbito del derecho penal, distinguieron a los niños y adolescentes de los adultos fue la *Scola positiva* italiana.

Ya todos conocemos los postulados de esta “escuela” de finales del siglo XIX en Italia, pero también en todo Europa y EEUU, que adopta el sistema de comprobación de la ciencia natural positivista y la aplica a la cuestión delictiva.

Trata de encontrar las causas del delito. Ello lo realizan analizando anatómicamente a los criminales. La búsqueda científica era la idea de encontrar el “*delincente nato*”.

En síntesis, buscan las causas del delito en la morfología de las personas ya consideradas delincuentes. Buscan tamaños especiales de cráneo, de esqueleto, volumen y tamaño de cerebros, buscan variaciones en la sangre, en la longitud de determinados huesos, en la morfología de orejas y narices, etc.

Pero ¿que decían respecto del niño delincuente??

Por ejemplo Lombroso, quien era médico nos dice que:

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

Esto que nos suena cruel actualmente, no es un dato exótico de la historia, es ideología que aun permanece.

Creo que, lejos de ser un dato curioso, este primer encuentro de la cuestión penal con el niño ha sido determinante en la historia construida hasta la actualidad en la dimensión penal de niños, niñas y adolescentes.

Lo curioso es que la escuela positiva cayó en un gran desprestigio académico y aun social y político pero que muchos de sus postulados son habitualmente utilizados en el espacio penal.

Esta primigenia concepción de vincular *“locura y niñez”*, como dijera, ha permanecido a pesar de los años. Fue amor a primera vista ¡¡¡

Actualmente si vemos que lugar tiene asignado el derecho penal para los niños y adolescentes nos encontramos que los ubican en el ámbito de los *inimputables*.

Qué nos imaginamos todos cuando decimos *“inimputable”*? una persona que no está en sus cabales, que no piensa, que no razona, o que está *“loco”*.

Se lo vincula unívocamente a lo psiquiátrico, a lo enfermo, a lo mental.

La persona de a pie no entiende cuando lo dicen que no lo penan por que *“es inimputable”*, porque no tiene una idea de la adolescencia como una enfermedad mental (y al adolescente como enfermo mental).

Claramente va a responder que el chico *“sabía”* lo que hacia *–quería robar y robó–*, no es un loco. Y en cierto sentido tiene razón.

La idea de los niños y adolescentes como *inimputables* rompe con el sentido común, porque socialmente no tenemos arraigada la idea normativa de niño como *“incapaz mental”*; creo que ello le resta valor simbólico al derecho penal y deslegitimándolo socialmente.

Un derecho que no se entiende, se presta para grandes falacias y malosentendidos. Pero además no es un derecho democrático.

Desde el punto de vista más teórico *inimputable* es aquella persona que *“no ha comprendido la criminalidad del acto”* ya sea *“por insuficiencia de sus facultades o por alteración morbosa de la mismas”* Art. 34 CP.

En cualquier libro de derecho penal vamos a encontrar que los niñ@s están en la misma categoría, son insanos o que no tienen la madurez mental suficiente. Más o menos lo mismo. Más eufemismos.

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

En el caso de los niñ@s aun con un suplemento adicional, en tanto se postula la inimputabilidad de toda una categoría, en este caso etaria, pero podría ser de género, racial, de nacionalidad, (*“todos los son inimputables”*) etc.. Ello cuando el concepto de *inimputabilidad* es necesariamente individual, subjetivo y personal.

Cero que esto ultimo no resiste el menor análisis, es decir no se puede plantear la inimputabilidad de un grupo social.

Esta ideología de tratamiento –teórico/practico- de los “*chicos como locos*” es claramente funcional y es la otra pata del sistema adoptado y aun no desmantelado del paradigma tutelar.

Es funcionalmente la legitimación científica –biológica/psicologista- del modelo tutelar para la intervención como enfermos, por fuera del derecho penal, para los que previamente ya fueron etiquetados de “*menores*”. Hasta que se curen o la enfermedad desaparezca, es decir cumplan 18 años (hasta hace poco 21 años).

En síntesis para desmantelar el paradigma tutelar es necesaria la universalización, pero también la despatologización de la infancia.