

# **Las contradicciones de la problemática de los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal**

## **Introducción**

Este trabajo quiere reflexionar críticamente, acerca de la compleja problemática de los niños y adolescentes en conflicto con la ley.

Pensar dicha problemática significa incorporar el análisis de las prácticas productoras de subjetividad y dadoras de sentido de la identidad social.

En la base de toda práctica social constructora de subjetividad, se encuentra la dimensión del discurso.

Tomaré, la dimensión del discurso, como articulador para poder pensar ordenes tan heterogéneos como el judicial, el asistencial, el comunitario, estructurantes de la problemática de los niños y adolescentes en conflicto con la ley.

Por derecho penal se entiende el conjunto de normas jurídicas, que determinan restricciones de derecho o libertad asistida.

Es decir que la esencia del derecho penal, consiste en imponer coacciones a la libertad o el derecho de los individuos que han violado o transgredido determinadas normas consideradas básicas para la sociedad.

El delito es una construcción social y esto relativiza su supuesta condición natural.

El delito no es una cuestión natural; cuando hablamos de delito , no hablamos de un cierto tipo de hecho y dsus consecuencias penales.

El acto infractor, puede ser pensado desde una perspectiva micro, es decir, aislada de sus determinaciones sociales o puede pensarse inserto en una visión macro, que en última instancia es su verdadera determinación. El delito es la fractura del pacto social. Pero en esta coyuntura histórica caracterizada por el borramiento del estado como garante de los derechos de los ciudadanos,el delito estatal es la ruptura del pacto implícito previo que obligaba a la sociedad en su conjunto a dar respuestas a las necesidades de los niños y adolescentes.

Se hace necesario propiciar una reflexión intensa sobre la situación de la infancia y adolescencia en la República Argentina.

El reconocimiento de los derechos del niño se produce en un escenario de ampliación inédita de la brecha entre sectores ricos y pobres, a partir de la concentración de la riqueza y el aumento de la exclusión social.

Los procesos de transformación, político, económicos, sociales de la Argentina, que se inician en los 70 , pero que se plasman en los 90, indican que los niños han dejado de ser depositarios privilegiados de un futuro ya sea en forma de utopía democrática o de retórica política.

La Niñez y la adolescencia ha dejado de ser un valor para la nación, ha dejado de ser parte del imaginario de la nación y la desestructuración de ese imaginario que funcionó durante casi un siglo como horizonte totalizador no ha podido ser reemplazado por otro del mismo alcance.

Los niños han perdido su valor como factor de acumulación económica en una sociedad caracterizada por la gradual desaparición del mundo del trabajo y por las tendencias a la exclusión social de amplios sectores sociales. Pero lo más conflictivo para el futuro social es la pérdida de la carga simbólica de la infancia. Esto deja en evidencia desde todas las perspectivas ideológicas la falta de cumplimiento ético y político de los deberes del Estado y el carácter contradictorio de muchas de sus prácticas, agravadas por el deterioro de los espacios comunitarios capaces de hacerse corresponsales del crecimiento infantil. La crisis de las instituciones públicas como la escuela, que en nuestro país fue un factor importante de equidad social, hoy es escenario de un malestar social agudo.

En todo estado democrático, de derecho, no bastan ni alcanzan las declaraciones formales sobre la igualdad ante la ley si las condiciones sociales reales desmienten todos los días dicha igualdad. Compete a los poderes públicos asegurar las garantías y derechos formales de la ciudadanía

Si bien la última década, fue el momento que se caracterizó por el reconocimiento de los Derechos Humanos, y en ellos los Derechos de los niños. Todavía el cambio social no se instaló en las instituciones hegemónicas. Aún no podemos reconocer cambios en el imaginario social, sobre la infancia y adolescencia.

Los derechos de los que gozan los niños y los adolescentes constituyen un conjunto de derechos y garantías frente a la acción del Estado y es un deber de los poderes públicos

garantizar estas prerrogativas. Por lo tanto reconocer a los niños y adolescentes sus derechos es situarlos en un lugar de sujetos.

### **Haciendo un recorrido histórico**

En nuestro país, el control penal de la minoridad, comienza a plantearse a fines del siglo XIX y comienzos del XX, período caracterizado por el predominio en el pensamiento social de las corrientes positivistas. En estos momentos se organiza una interpretación de lo social, posibilitada por una mirada desde de la disciplina médica, de la sociedad como organismo y las crisis como enfermedades. En esta cosmovisión, los factores ambientales coadyuvan a reproducir la delincuencia. Por lo tanto la tarea orientada a su saneamiento tenía como consecuencia la separación de los niños de su núcleo familiar considerado viciado o inmoral.

El contexto socio-histórico-político de la Argentina de principios de siglo se caracterizaba por el aumento poblacional provocado por las diferentes olas inmigratorias, la creciente urbanización y el afianzamiento del modelo agroexportador.

En el año 1919, se sanciona la ley 10.903 de Patronato del Estado y se legitima la posibilidad de intervención estatal en las familias de los sectores populares.

Es en torno a la concepción de rehabilitación y de protección, que se comienza a erigir en el ámbito de la justicia un espacio específico para los “menores” de edad.

Sus pilares son de tipo educativo, pedagógico y tutelares. Su objetivo no es la persecución penal ni el castigo, sino la educación y la tutela.

**Es esta ley la que hablará del menor abandonado o en peligro material o moral. En los artículos 15 y 14 señala que los menores de 18 años pueden comparecer ante la justicia criminal o correccional, acusados de un delito o como víctimas, o en estado de abandono. El juez podrá disponer provisoriamente de estos menores por tiempo indeterminado hasta los 21 años.**

La disposición podía consentir en entregarlo a una persona “honestá”, a un establecimiento estatal o en última instancia a sus padres, tutores o guardadores con la vigilancia estatal.

Ingresa al sistema penal tanto los menores víctimas, infractores o en situación de peligro moral o material. Incluso siendo sobreseídos o absueltos respecto de la infracción penal podían permanecer dentro de la agencia judicial por su situación personal o familiar.

La ley de Patronato no modifica el Código Penal de 1886 que establecía que aquellos menores de 10 años eran irresponsables. Desde los 10 años hasta los 14 había que probar a través de un juicio su capacidad de comprensión y una vez determinada su aptitud se hacían pasibles de la legislación como cualquier adulto. La ley del Patronato no modificará las edades de punibilidad hasta la reforma del Código penal de 1921, en que se eleva la edad de 10 a 14 años. Y es recién en 1954, cuando se sanciona La ley 14.394, que eleva la edad nuevamente de los 14 años a los 16 años.

La concepción que subyace es que las medidas tutelares son un “bien” y por lo tanto no tienen que estar acompañadas de garantías, es decir limitaciones al poder del Estado.

En el año 1989 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprueba el texto de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Es un tratado internacional de derechos humanos que plantea una visión acerca del niño como sujeto de derecho. Reconoce al niño como persona en desarrollo, lo que permite pensar las normas no desde el lugar de la incapacidad del niño sino desde sus capacidades.

Este instrumento se presenta como garantizador de los derechos del niño en todas las instancias civiles y penales que así lo requieran.

En relación con los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal sus artículos 37 y 40, son los que especifican las garantías procesales y constitucionales y las obligaciones que tiene el Estado.

La Convención es considerada como representante de un nuevo paradigma que reconoce a los niños como titulares de derechos y por lo tanto, ciudadanos.

### **La dimensión subjetiva del niño y del adolescente en el proceso judicial**

Como anteriormente mencioné toda práctica es productora de subjetividad, por lo cual me pregunto cual es el lugar y la dimensión de la subjetividad del niños y adolescentes en el proceso judicial.

Al referirme al proceso judicial, hago mención a toda la maquinaria que se pone en marcha y que recae sobre los niños y adolescentes, repercutiendo en el entorno familiar.

Al contextualizar la situación del niño y adolescente en el momento histórico- político y social, vemos que, el Estado actual se ha retirado de sus obligaciones en relación a los derechos sociales de los ciudadanos pero al mismo tiempo, viola las obligaciones asumidas al firmar la Convención Internacional de los Derechos del Niño que en sus artículos 12, en tanto reconoce el derecho a ser oído y expresar sus opiniones, asegura la garantía de defensa en juicio; y el artículo 40, inciso. 1 plantea: “Reconocer el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido estas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover su reintegración y que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

La ciudadanía de la infancia y de la adolescencia está estrechamente relacionada con la responsabilidad penal. Sólo en la medida en que reconozcamos que los adolescentes tienen responsabilidad por sus acciones si infringen la ley penal, y se les aplica un debido proceso, los

estaremos considerando sujetos de derechos y por tanto ciudadanos de un sistema democrático. El niño y el adolescente tienen responsabilidad penal, es decir que el Estado puede exigir al niño y al adolescente una determinada respuesta frente a una norma penal, pero ésta va a ser distinta que la que se le exige al adulto.

La adolescencia se caracteriza por constituir una etapa de evolución y cambio en todos los órdenes de la vida del sujeto. Supone una etapa crítica respecto del proceso madurativo que debe ser acompañada y sostenida por las instituciones de la sociedad para un tránsito saludable.

La juventud supone en la vida del ciudadano un momento de consolidación de proyectos de vida y de inserción social. Las condiciones actuales, económica y laboralmente precarizadas restringen sus posibilidades de futuro incrementadas por la expulsión de su proyecto educativo y laboral.

En relación a las políticas sociales, estas excluyen tácitamente a los adolescentes para los que se plantean políticas focalizadas, que terminan estigmatizando las condiciones de marginalización, evitando reforzar los aspectos protectores y solidarios propios de un modelo de participación.

Otro punto a tener en cuenta son los efectos que las prácticas tutelares y el aparato judicial tienen en la construcción subjetiva del niño que infringe la ley penal.

Se puede observar que en varios de los niños y o adolescentes que se encuentran con conflicto con la ley penal, la entrada al circuito judicial es por medio de un expediente tutelar, a veces porque la propia familia solicita

ayuda - víctimas de la pobreza, víctimas de algún delito - y así, luego de esta medida de “protección” frente al “abandono moral o material,” la institucionalización produce como consecuencia, aquello que supuestamente se proponía evitar, que el niño delinquiera en el futuro.

Se consolida una cadena constituida por las prácticas tutelares, la institucionalización (como medida de protección) y el delito. Es decir: lo que produce la paradoja de la exclusión, promueve aquello mismo que se quería evitar.

Los presupuestos de la Justicia de Menores y de sus leyes atenta contra el objetivo formulado de erradicar la delincuencia juvenil. Proteger a los menores que se encuentran en la denominada situación irregular para evitar futuros delincuentes, resulta totalmente imposible de cumplir.

Esta ficción afecta gravemente a la condición de sujetos de las personas menores de edad y a la responsabilidad de los mismos.

La primer resolución que dicta un Juez de Menores, respecto de quién se encuentra en situación irregular, sin distinguir su condición de víctima o acusado de un delito sobreseído o absuelto, es la disposición provicional del menor.

El objetivo de la misma es el estudio y evaluación de la personalidad y del medio familiar y social.- Esta disposición es la clara consecuencia de considerarlos objeto de estudios y no sujetos de derechos; en el desinterés de distinguir víctimas de autores, culpables de inocentes, provoca una desigualdad y confusión en los

sujetos menores de edad y en la sociedad; como mínimo restringe derechos (obligación de concurrir al juzgado, derivación a tratamientos terapéuticos) y llega en muchos casos a la privación de libertad ( eufemísticamente llamada internación).

Si bien la ley 22.278, diferencia dos grupos, los no punibles, refiriéndose a los menores de 16 años y los punibles aquellos de 16 a 18 años. En la práctica no hay grandes diferencias, o lo que es peor, al grupo de los no punibles a los que aparentemente se los va a proteger más son los más vulnerados en sus derechos y garantías procesales. Pueden recibir sanciones y aún privación de libertad por tiempo indeterminado, sin haberse dictado respecto de ellos una Sentencia de Responsabilidad Penal, ya que nos se los somete a proceso; su causa penal no continúa y su situación se resuelve en el expediente Tutelar, secreto y discrecional para el juez que además es inconstitucional.

El discurso del patronato es ambivalente y contradictorio para los niños y adolescentes que se encuentran internados, ya que su sensación ( y la realidad misma) es que ellos están siendo castigados con el encierro y de ninguna manera lo viven como una medida de protección.

Por ello el efecto de la Justicia de Menores es iatrogénica, provoca mayor violencia, discriminación, injusticia, subvierte valores, vulnera derechos y garantías y colabora en la no responsabilización de los menores de edad a quienes se les hubiese comprobado la comisión de un delito.

El régimen penal de la minoridad, aplica sanciones, penas, restringe derechos antes de haberse dictado una sentencia de responsabilidad penal.- (para el segundo grupo).-

Una persona menor de edad acusada de un delito permanece en un instituto, privada de libertad, por tiempo indeterminado, mientras se sustancia su proceso.- Sin embargo la Ley prohíbe la prisión preventiva para menores. Pero al no ser considerada como privación de libertad a la internación los niños y adolescentes se encuentran internados sin poder salir por su propia voluntad sin los beneficios de la excarcelación y sin que el juez cumpla los requisitos exigidos para dictar la prisión preventiva.

En las representaciones sociales de nuestra sociedad se considera que el sistema penal de menores es blando, no les aplican penas porque van a un “internado” o “reformatorio” y se los protege, cuando en realidad es un sistema violatorio de los derechos y garantías de los menores de edad y aplica sanciones desde el inicio mismo de las actuaciones, sin exigirse una sentencia condenatoria, único presupuesto constitucional para permitir la acción coercitiva del Estado .

Si la responsabilidad es una toma de posición frente a la ley las prácticas que no apelan a la responsabilidad, tendrán entonces efectos des-subjetivantes sobre los niños y adolescentes que infringen la ley penal.

En principio, les es negada su condición de sujetos; sabemos de los efectos patológicos que tiene para un sujeto ser destinatario de un doble mensaje - protejo- sanciono; condeno- no sanciono.

"La responsabilidad (que no hay que confundir con la culpabilidad) es un esquema regulador de interacciones de respuestas tendientes a desarrollar sentimientos de propiedad sobre los propios actos y de autoridad sobre los mismos". Esta definición proveniente ahora del campo jurídico, admite entrecruzamientos con las hipótesis psicoanalíticas. Primero porque no ubica a la responsabilidad como un mero revestimiento de aspectos volitivos ,y, en segundo término, porque pensada para la perspectiva adolescente apunta a uno de los aspectos de este período: la construcción de la identidad..

La responsabilidad es un concepto irrenunciable de nuestra cultura y aun se puede afirmar que la responsabilidad, conlleva a sentimientos de propiedad sobre los propios actos y de autoridad sobre uno mismo, conformando un derecho inalienable de los jóvenes.

Siempre existe responsabilidad, lo que varia son las formas de respuesta que dicha responsabilidad supone y el ámbito en el que tales respuestas se producen

Por ello cuando tales formas se generan en un ámbito como el de la actual justicia de menores , que se ampara en su no responsabilidad , la respuesta aparece mistificada, enmascarada y no solo no ahorra a los jóvenes los procesos de estigmatización y de castigo , sino que tampoco contribuye en nada a su proceso de maduración personal y a su inserción social.

En particular ciertas prácticas punitivas con los adolescentes infractores de la ley se sostienen en una concepción que tiene como consecuencia grados extremos de degradación subjetiva.

La reclamación de una practica que conlleve a un discurso de responsabilidad en los adolescentes infractores no implica de ninguna manera la legitimación de las prácticas punitivas. Más al contrario, implica situar estas prácticas en el plano ora de ineficacia, ora de iatrogenia propia de las circunstancias actuales .

Una responsabilización descontextuada del modelo político-social vigente, deviene en una legitimación de la criminalización de la pobreza, porque obviamente son los adolescentes de los sectores humildes los más expuestos a las prácticas punitivas.

Por lo dicho , estas ficciones señaladas, no hacen otra cosa que fortalecer la noción de un control social fuerte sobre una determinada población menor de edad y vulnerable. Siguiendo el razonamiento anterior no se sitúa la categoría de responsabilidad como parte fundamental del proceso de constitución subjetiva del adolescente, si no que se le concede a la pobreza condición de patología. Por otro lado se tiende a perfilar en el imaginario ya sea un adolescente pasivo o un adolescente con deficiencias estructurales.

La responsabilidad subjetiva introduce el acto en un eslabonamiento marcado por lo simbólico, lo reintegra a la historia personal, familiar y subjetiva que siempre es historia social. De esta forma queda involucrada la sociedad en su conjunto dejando al acto no aislado, disociado, como un acto patológico.

Así podemos considerar que el acto contextualizado política y socialmente e interpretado por los actores desde su propia mirada, genera la creación de un evento

cualitativamente diferente a la mirada solidificada del derecho penal.

Dado que la adquisición de la categoría de responsabilidad forma parte del proceso de construcción de la subjetividad y que tiene sus momentos cruciales y de consolidación en la etapa adolescente, cualquier hecho que apunte a la desresponsabilización tiene un efecto desestructurante

La posibilidad de poner de relieve la contradicción de la actual legislación de menores con los principios constitucionales, debería posibilitar su revisión crítica, ya que tras una doctrina jurídica se oculta una ideología punitivo-tutelar.

Corregir los aspectos no garantistas de la actual ley de tribunales supone cambiar las bases esenciales del actual sistema.

Acabar con la posibilidad de enjuiciar a menores por hechos no constitutivos de delitos o faltas y por lo tanto con la posibilidad de enjuiciar las llamadas conductas irregulares. Supone en el orden procesal, poder introducir el derecho del menor a contar, no solo con la defensa, sino incluso con la acusación, como garantía básica de conocimiento del reproche que se le formule y como presupuesto necesario para un proceso contradictorio, lo que de alguna manera introduce la dimensión de la responsabilidad del joven en el proceso.

En definitiva se trata delimitar garantizar y adecuar las respuestas penales a la fase evolutiva del adolescente y el joven.

Garantizar, supone que habrá de respetarse los derechos que los menores tienen como ciudadano y especialmente el

derecho a un proceso rápido, comprensible para ellos y dotado de todas las garantías jurídicas.

Actuar en función de la globalidad de un adolescente y su realidad social, comporta evaluar propuestas educativas, compartir, escuchar, conocer al niño y a los que lo rodean. Comporta desjudicializar al proceso judicial como si de juzgar a un adulto se tratase.

Cuando un niño o adolescente transgrede una norma perteneciente a la vida social que trasciende a su familia y a la escuela, el sistema administrador de justicia en representación de la sociedad se lo reprocha. Esta reacción punitiva de la sociedad al delito cometido, debe contribuir al mismo tiempo al desarrollo del adolescente - infractor como persona y como ciudadano.

En consecuencia, un dispositivo de responsabilidad juvenil global debe ser protagonizado por los propios adolescentes y debe tener un verdadero contenido participativo tanto en sus procedimientos como en la formulación de sus objetivos.

Refiriéndome a la recuperación de la capacidad, creatividad y responsabilidad adolescente, no debe ser confundida ni con abandono ni con anarquía. Como plantea Zaffaroni se trata de reemplazar el discurso socializador fundado en la criminología etiológica por una filosofía del trato humano reductor de la vulnerabilidad.

Incluir a los jóvenes privados de la libertad dentro de un dispositivo de responsabilidad global juvenil debería tener como fin principal, el desarrollo del adolescente.

## Conclusion

Desearíamos que la adecuación de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, no sea meramente formal,; que el reconocimiento de los niños y adolescentes como sujetos de derecho, les garantice todos los derechos fundamentales y sociales, efectivos a través de instrumentos jurídicos y políticas públicas.

En este trabajo he tratado de mostrar como los niños y adolescentes pueden pasar de ser víctimas sociales a constituirse en peligrosos delincuentes, en así como el sustrato social al que ellos pertenecen, la pobreza, como encubadora del delito

Esta construcción de representaciones sociales opera en las intervenciones coercitivas y asistenciales alternativamente. Frente a la magnitud del fenómeno, se plantea una fuerte dicotomía y las respuestas políticas y jurídicas institucionales reaccionan contradictoriamente ante la manifestación del conflicto social.

Este antagonismo se manifiesta entre la doctrina irregular y la protección integral de la infancia y la adolescencia.

Sin embargo los niños y adolescentes no son un tema central en la agendas del Estado

Su única propuesta es la abolición de la delincuencia y lo que no parece tenerse en cuenta es la dimensión ni las causas de este fenómeno creciente.

Como plantea Castel " nadie puede remplazar al Estado en la dirección de las maniobras para evitar su naufragio, y esta es por otra parte es su función fundamental".

**Bibliografía:**

UNICEF Argentina Convención internacional de los derechos de niños.

S. Freud, El malestar de la Cultura

S. Freud, Totem y Tabú.

Beloff, M.A. Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina

De Leo, G. La justicia de menores, Ed. Teide.

Espert F. y. Mayers, W Análisis de situación. Menores en circunstancias especialmente difíciles.

Forteza, C. La protección del menor o el reino del revés.

García Mendez G y .Beloff, m Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la CIDN (1990/9) Depalama, Bogotá, 2º De.

Maier, J Los recursos en el procedimiento penal, Bs. As. Editores Puerto

Efron R: Adolescencia, pobreza, educación y trabajo.

Subjetividad y adolescencia. Editorial losada, UNICEF. 1997.

Efron R. El adolescente y la responsabilidad. revista Posdata.



