

Osvaldo Marcón

Lic. en Trabajo Social
Psicopedagogo
Mg. en Salud Mental
Especialista en Minoridad
Diplomado Superior en Ciencias Sociales (FLACSO)
Doctorando en Ciencias Sociales (UNL)
Justicia Menores Santa Fe
E-mail: omarcon@arnet.com.ar

Juventudes, conflicto penal y paradojas discursivas: de la tutela represiva a la represión penal

Resumen

La Convención sobre los Derechos del Niño en gran parte del mundo impulsó cambios en los modelos de intervención sobre los jóvenes vulnerables, incluyendo a los relacionados con el campo delictivo. Atrás queda la "tutela" entendida como protección represiva para vigorizar la vigencia de los Derechos. No obstante la producción interdisciplinaria de conocimientos no avanza con la profundidad necesaria, limitándose a la reproducción de meros enunciados jurídicos. Esta limitación impacta sobre la intervención que encuentra dificultades para desarrollar diferencias substanciales. Los esfuerzos por diversificar tanto los conocimientos como las intervenciones chocan con la preocupación por diferenciar "lo jurídico" de "lo social" pues se considera que esta diferenciación en sí misma garantiza derechos, lo que incluye el derecho a "un juicio justo". Sin embargo este último, en los estrados judiciales, y aún con dicha "pureza jurídica", no llega a corregir integralmente lo que se ha desviado con la violación de derechos previa. Esta "pureza jurídica" requiere urgentemente de una mirada crítica para incorporar la cuestión de los derechos desde una perspectiva compleja. Este artículo tiene como contexto la República Argentina. Pero la substancia del mismo es extrapolable a la realidad de muchos otros países.

Palabras claves

delito · penal · infancias · juventudes

Abstract

The Convention on the Rights of Children in most of the world prompted changes in the models of intervention on vulnerable young people, including those related to the criminal field. Gone was the "protection" understood as protection of repression to invigorate the life of Rights. Despite the interdisciplinary production of knowledge does not advance the necessary depth, limited to themere reproduction of legal statements. This limitation impacts the intervention is difficult to develop substantial differences. Efforts to diversify both the knowledge and interventions conflict with the concern to differentiate "the law" of "social" as it is considered that this differentiation in itself guarantees rights, including the "right to a fair trial". However the latter, in the courts, and even with that "purity law", fails to fully correct what has been diverted after the violation of rights. This "purity law" urgently required to incorporate a critical look at the issue of rights from a complex perspective. Context of this article is Argentina. But the substance of it is transferable to the reality of many other countries.

Keywords

crime · criminal · children · youth

1. El estado de la discusión

En gran parte del mundo, y en la República Argentina, algunas discusiones tomaron nuevas formas desde que la Convención sobre los Derechos del Niño (CIDN) fue emplazada como marco regulador de las políticas públicas para la niñez¹. Distintas ideas pasaron a ser consideradas anacrónicas frente a otras, ahora novedosas. En dicho contexto cobró centralidad el esfuerzo por proporcionar a todo niño un tratamiento estatal no violatorio de diversas garantías constitucionales, posición que es acompañada por distintos colectivos profesionales pues excede ampliamente lo estrictamente jurídico para constituirse en parte de un orden ético y político a defender.

La que podríamos denominar lógica previa a la CIDN es caracterizada, aunque no excluyentemente, a partir de intervenciones que judicializaban tanto al niño en situación de riesgo² como al que, estando o no en dicha situación, protagonizaba hechos penalmente tipificados (delitos). En este contexto, exponiendo legalmente la pretensión de proteger a los sectores infantiles socialmente vulnerados, el Estado promovía acciones tutelares que llevaba adelante haciendo uso de la fuerza disponible. Generaba así un esquema de funcionamiento que algunos autores denominaron tutelar-represivo pues el primer componente (tutelar) adquiría un carácter residual frente el segundo (represivo) que se transformaba en omnipotente. Tanto los niños pensados como objeto de compasión por su situación social como aquellos que cometían delitos eran tratados de similar manera. Con esta lógica aparece cierta re-victimización centrada en distintas formas y grados de privación de la libertad ambulatoria, lo que tomó cuerpo en instituciones de internación corrientemente conocidas como asilos, orfanatos o institutos, entre otras denominaciones utilizadas. Quedó configurada la mencionada matriz de pensamiento "compasivo-represiva" (García Méndez, 2006:1), subrayándose la combinación de una pretendida protección que degenera en reprimenda social al ser aplicada, cuando no lo es en su origen mismo.

Ante esta expresión de la cuestión social o –dicho de otro modo– ante la sociedad expresando a través de las infancias excluidas "el enigma de su cohesión" (Castel, 2004:20), se advierte cómo el Estado reacciona con la fuerza judicial. La lógica de la CIDN propone retirar dicha fuerza aplicada sobre esta forma de exclusión social para, en su lugar, impulsar la intervención a través de políticas sociales. Esto último está particularmente referido a la situación de los niños que expresan la mencionada problemática de cohesión social sin llegar a

1 En este artículo los términos niño, adolescente y joven, como así también los términos derivados, se usarán como sinónimos por razones de practicidad.

2 Esta expresión admite una extensa discusión que aquí no se abordará pues dispersaría demasiado el objeto que se intenta delinear. Se la toma entonces en su sentido más corriente, como sinónimo de *niños en situación de calle* u otras expresiones similares.

exteriorizar actos penalmente tipificados. Sin embargo para aquellos niños que -aún formando parte de la misma expresión- desarrollan conductas nominadas por el discurso jurídico como “delitos”, la reacción es otra. Se construye un objeto específico de intervención asentado en la *punibilidad* como factor decisivo, por lo que dicho objeto tiende a ser caracterizado como *penal*. Unas edades particulares y unos hechos específicos, en condiciones también especiales, harán que el niño pueda ser penado, a condición de que se le garantice un proceso judicial justo, es decir adecuado según las garantías constitucionalmente vigentes para los adultos.

Causalidad compleja mediante, el debate ensancha toda su fuerza en la construcción de estos dos caminos: Los “niños pobres” deben ser objeto de las políticas sociales y los “niños delincuentes” deben ser objeto de la intervención penal. Estas dos tendencias simultáneamente resisten, con cierta nitidez, toda posibilidad de bifurcación hacia el interior de cada uno de esos caminos, lo que si se diera resultaría compatible con la idea de complejidad causal. Por ejemplo, casi no se opera en términos de “niños en situación de pobreza” cuando el vector de análisis es penal. Por el contrario, codificadas las situaciones sobre esta lógica, es ella la que se impone frente a consideraciones de cualquier otro orden (por ejemplo: Social). Corrientemente la mayor parte de los actores del sistema penal dicen saber que el sistema judicial capta mayoritariamente a “jóvenes pobres”, pero esto no se plasma en las distintas conceptualizaciones ni en las acciones. No se admite entonces que, así dadas las cosas, se discute respecto de una abstracción –los “jóvenes delincuentes”- sin que tenga lugar la problematización de la misma para reconocerlos “jóvenes en situación de pobreza”.

Ahora bien ¿qué importancia puede tener esta caracterización? Se trata de un aspecto decisivo pues las garantías constitucionales varían substancialmente según las condiciones en las cuales se piensa su ejercicio. Enhorabuena, es la preocupación por la vigencia de estas garantías las que motorizan los aspectos positivos de las aludidas transformaciones. Sin embargo, no se trata de leyes (normas jurídicas, en este caso) que inexorablemente, y con prescindencia de los contextos, resultarán eficaces asegurando con ello un trato igualitario de todos los ciudadanos. El propio Luigi Ferrajoli, en la ya muy conocida obra “*Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*” manifiesta su preocupación entre, por un lado, lo que puede llamarse cierta especie de “*Garantismo Teórico*” y, por otro lado, el “*Garantismo Real*” (Ferrajoli, 1995:854).

Esto es así por diversas razones pero fundamentalmente porque las ciencias del campo jurídico, parte constitutiva de las ciencias sociales, no pueden “producir conocimientos que expresen relaciones invariantes que regulen los fenómenos humanos” (Heler, 2005:91). Las condiciones en que se producen y/o reproducen dichas relaciones transforma a estas últimas en variantes alterando, inclusive, la posibilidad de materialización de las mismas. A un niño que no esté en situación

de pobreza es más factible garantizar una defensa técnicamente adecuada pero ¿podría sostenerse esto respecto de un niño en situación de pobreza? Como se sabe, en estas sociedades, con estas formas de Capitalismo (para decirlo rápidamente) y, entonces, estas formas de producción y consumo; quien dispone de recursos económicos puede contratar servicios de mayor calidad y así aumentar sus posibilidades de éxito.

Se advierte así cuán importante es reconocer la necesidad de diversificar los enfoques para superar, inclusive, cierto ‘amesetamiento’³ en la producción de conocimiento que abona las prácticas institucionales. Pareciera operar un supuesto según el cual luego de formular las invariantes solo resta esperar que ellas actúen con la eficacia de –por ejemplo- aquella ley de la Física según la cual los objetos se atraen entre sí con fuerza constante lo que posibilita, según lo formulara Isaac Newton (1643/1727), que todo objeto en caída libre lo haga con la fuerza gravitatoria de la Tierra. Recordemos, en esto de subrayar la variancia de las supuestas invariancias, que –aún en el campo de la Física- la teoría de Newton fue revisada por Albert Einstein (1879/1955) mediante la Teoría de la Relatividad General, crítica que forma parte de un proceso al que se suman los hallazgos de la denominada Física Cuántica, más otros significativos aportes como la Teoría del Caos que encuentra a su principal precursor en Ilya Prigogine (1917/2003). Pues bien, si ni siquiera el más duro de los campos –el de la Física- logra ser conocido a través de ideas absolutamente invariables ¿cómo pretender esto para esta porción de las Ciencias Sociales? Admitido queda que en la forma que aquí queda escrito, la expresión “ni siquiera” ya desliza una idea de grado, propia de la lógica que domina el objeto discutido. Esta lógica seduce bajo la promesa de lograr la eficacia taxativa de las garantías constitucionales prescindiendo del contexto, para lo cual es necesario parecerse a las prestigiosas “Ciencias Duras” pero sin confesarlo, profesando inclusive ciertos credos supuestamente anti-positivistas. He aquí parte del núcleo duro en el que se asienta la arquitectura de los dos caminos identificados.

2. La producción amesetada

El mencionado amesetamiento no implica que nada se crea sino que lo que se produce no avanza significativamente en los aquí anhelados términos de diversificación. Trazadas estas dos sendas pareciera que la tarea se limita a remarcarlas o, en todo caso, a prolongar sus extensiones pero siguiendo el mismo sentido. Casi no se admiten sistemas de ideas que no coincidan con los dos

3 El término, de uso en textos académicos, refiere a cierto impasse en la producción, sin importantes descensos u ascensos en términos de cantidad y/o calidad.

señalados, es decir, que las políticas sociales deben ocuparse de los niños en situación de pobreza y que, por la vía penal, debe garantizarse un proceso justo cuando otros –o los mismos niños– cometen delitos.

En este trabajo se elige llamar la atención respecto de aspectos de la segunda senda. A tal fin cabe recordar que generar conocimiento para este campo, si es que se pretende lograr la debida acreditación, es producirlo de acuerdo con los postulados del “modelo oficial de ciencia” (Heler, 2005:91). El “camino penal” expresa la mencionada oficialidad en producciones acordes con una serie de postulados que funcionan como invariencias. Si ellos han sido ya desarrollados para otras zonas del conocimiento (por ejemplo: Derecho Penal de ‘Mayores’) u otras zonas geográficas (por ejemplo: otros países) se asume que funcionarán de igual manera y, así, de antemano, carece de sentido toda discusión que proponga perspectivas alternativas. De todos modos y aunque se advirtió más arriba, cabe repetir que dentro de este camino aparecen componentes a defender por lo que ellos reaparecen sucesivamente en este trabajo.

Existe entonces la necesidad de explorar otras orientaciones de modo tal que dicho tránsito incida eficazmente sobre las actuales configuraciones. En términos del ya citado Mario Heler, se trata de la necesidad de producir conocimientos útiles, provecho de que se exprese en la mencionada posibilidad de eficacia. Pero se debilitaría significativamente dicha potencialidad si tal producción no lograra acreditación, encrucijada que impone la utilización de “estrategias de doble juego consistentes en ponerse en regla, en poner el derecho de su parte, en actuar conforme a intereses mientras se aparenta obedecer la regla” (Heler, 2005:95). Dicho figurativamente, es posible que la diversificación genere terceros caminos sobre la misma superficie. Pero la encrucijada también puede ser superada transitando otros planos, mediando tanto la posibilidad de escaleras como la de túneles si es que se admite este recurso discursivo.

Aparentar obediencia ante la regla significa, aquí, tratar de sumar eficacia a la vigencia de las garantías pero innovando en términos de adecuación en la intervención entendida como la “puesta en acto... en el marco de una especificidad profesional” (Cazzaniga, 2001), necesariamente en contexto y teniendo presentes los distintos planos de la realidad que en cada caso convergen. Producir conocimiento problematizando dicha intervención requiere advertir que, entonces, lejos de tratarse de un camino penal a ser conocido excluyentemente por el derecho penal, se trata de una esfera cuyos contornos exceden lo estrictamente jurídico. Y que inclusive éstos últimos (límites jurídicos) desbordan el marco de la derecho penal para quedar mejor comprendidos en la idea de “saber penal” (Zaffaroni, 2007:17), término que se revela más inclusivo y menos atado a los preceptos de la ciencia oficial.

Así pensado el plano de la intervención cabe advertir que el déficit en términos de producción de conocimientos se da en un contexto específico. La parte

del mundo a la que se conoce como Occidente (por utilizar una denominación corriente) forma parte de un proceso de construcción y fortalecimiento de “nuevo sentido común penal que apunta a criminalizar la miseria” (Wacquant, 2004:22), íntimamente asociado con el desarrollo del neoliberalismo. No obstante, y aún en este contexto, no se puede perder de vista que el esfuerzo por expandir la vigencia del denominado *garantismo* forma parte de un movimiento orientado a acotar la intervención penal. No se trata de abolir lo penal (aunque algunas corrientes lo postulan) pero sí de regular la fuerza punitiva del Estado de modo tal que ésta se aplique solo allí donde existen algunas certezas jurídicas. Zaffaroni sostiene por un lado que “el poder punitivo... es un producto de la civilización industrial o de los pasos previos necesarios a la civilización industrial y a la actual civilización tecnológica” (Zaffaroni, 2007: 36). Y luego precisa que por ello la principal función del saber penal (profesionales, investigadores, etc) “es la de ponerle límites al ejercicio del poder punitivo” (Zaffaroni, 2007: 21). Si este es el sentido no cabe menos que aportar a dicha construcción pues constituyen un avance en términos de fortalecimiento de los Derechos Humanos.

Pero ¿podemos suponer, entonces, que esta dimensión de la cuestión escapa del sistema de ideas propuesto por autores como el ya citado Loïc Wacquant? La penalización creciente del conflicto social es bastante evidente en el contexto neoliberal, fundamentalmente desde el período que tiene su hito fundacional en el denominado “*Consenso de Washington*” (1989), a partir del cual un conjunto de medidas políticas de sesgo neoliberal fueron impuestas a los países de la región. Para observar algunas consecuencias precisas de esta tendencia pueden tomarse distintos ejemplos dado que se trata de una tendencia internacional. Ilustremos brevemente acerca de su expresión en la Provincia de Santa Fe, República Argentina.⁴

Durante la década del '80, aún no vigente el decálogo del “*Consenso de Washington*”, el Poder Ejecutivo intervenía sobre los niños que cometían delitos desde la denominada “Dirección General del Menor Transgresor” (DGMT). De esta denominación se pueden inferir distintos ejes conceptuales típicamente previos a la CIDN, pero también se advierte el esfuerzo por no rotular al joven como delincuente, situándolo en el papel del transgresor. Con ello, el Estado disminuía la gravedad del hecho penal cuando el protagonista era un niño, considerándolo una transgresión. Esta tendencia varía en la década del '90, coincidentemente con la plena vigencia del “Consenso” en la región. La DGMT se transforma en “Dirección Provincial de Menores en Conflicto con la Ley Penal” (DPMCLP), con lo que se advierte un deslizamiento hacia la idea de lo penal aún cuando ella

4 Sobre la evolución del sistema institucional en la Provincia de Santa Fe puede consultarse: Marcón, O. (2011). “Niñez, memoria y vanguardia legislativa en Santa Fe”. En: diario El Litoral, 27 de junio de 2011. Disponible en: <http://www.ellitoral.com/index.php/diarios/2011/06/27/opinion/OPIN-02.html>

aparece morigerada por la noción de mero conflicto. El niño ya no asoma vinculado con la transgresión sino, más abiertamente, con el delito. Pasada la década del '90, en el año 2008, la DPMCLP se transformó en "Dirección Provincial de Justicia Penal Juvenil" (DPJPJ), advirtiéndose un corrimiento mayor hacia la vinculación del niño con el delito, aún cuando conserva cierta especificidad a través del carácter "juvenil" de la dependencia estatal.

Por otra parte, y siguiendo con el ejemplo de la mencionada Provincia de Santa Fe, el Poder Judicial se ocupaba de la cuestión -antes del "Consenso"- desde sus "Juzgados de Menores". Éstos contaban con tres secretarías. Dos de ellas con funciones típicamente jurídicas, idénticas entre sí pero con intervención alternativa (lo que obedecía solamente a una cuestión organizativa en relación a la distribución de la cantidad de tareas), y la tercera de naturaleza interdisciplinaria (denominada 'secretaría social'). Dicha estructura estaba establecida por la Ley Orgánica 3611 que en la década del '90 (año 1998) fue reemplazada por la Ley Orgánica 10.160 en la que ya se advierte la aparición de una secretaria penal (subsistiendo la social y apareciendo una civil). A la fecha de elaboración de este trabajo (año 2008) la discusión legislativa está abierta pero predomina la idea de transformar los "Juzgados de Menores" en una importante estructura que obedezca lisa y llanamente a la lógica penal aún cuando conserve su especificidad "juvenil", al igual que en el Poder Ejecutivo.

Se advierte así que dentro del propio camino penal existen dos huellas. Una es la denunciada por Wacquant, abiertamente orientada al secuestro y represión del conflicto social. La otra circula a la par, como segunda pista de la misma calzada. Contiene el germen de múltiples y enriquecedoras diversificaciones aunque no pasa al acto. Continúa en la senda penal sin diversificarla con contundencia, quizás porque no le son favorables las relaciones de poder, o quizás como consecuencia del aludido amesetamiento en la producción lo que, de ser así, le restaría contundencia conceptual.

3. ¿En qué consiste el doble juego?

En este camino existen múltiples fisuras que pueden transformarse en boquete a partir del cual promover diversidades conceptuales. Una de tales fisuras es la *pena*. Descartada en este trabajo la posibilidad de problematizar el saber penal aplicado sobre adultos (pues excede las posibilidades), cabe discutir su naturaleza íntima y los efectos de la pena aplicados al campo juvenil. Ella constituye íntimamente el referido entramado de invariencias. No es en sí misma una garantía pero forma parte del continuo de precauciones constitucionalmente establecidas. Sus componentes (por ejemplo: tiempo de duración precisamente determinado) deben garantizar poder ciudadano ante el poder punitivo. Su rango

es -entonces- superlativo cuando cumple con los imperativos constitucionales. Y con este rango es trasladada, casi automáticamente, al campo de la intervención judicial sobre la niñez en conflicto penal. Dicho automatismo replica, en relación a la pena, la referida ilusión de invariabilidad. Se cree que ella garantiza al niño los respetos constitucionalmente previstos y que, inclusive, mediante ellos más su contenido específicamente sancionatorio se logrará transformar la subjetividad del niño, unilateralidad no casual en tal enfoque del problema.

Retomando ideas expresadas en párrafos anteriores se advierte que el avance penal adquiere distintos sentidos según las intencionalidades de base. La que Wacquant denuncia es la tendencia a expandir el poderío punitivo para sofocar toda expresión de conflicto social. En tensión con esta orientación se advierte la presencia de la preocupación por acotar dicho crecimiento a partir del fortalecimiento del sistema de garantías o conjunto de postulados que limitan el carácter discrecional del poder punitivo. Pero éstas tienden a ser caracterizadas, como lo señalamos anteriormente, en tanto leyes universales que al ser aplicadas garantizan por sí misma, con independencia del contexto, aquellas bondades que la justifican en teoría.

Precisemos que desde el discurso hegemónico se niega la pertinencia de, ante el hecho penal consumado por un joven punible⁵, transitar primariamente el camino de las políticas sociales. Si bien se acepta dicha intervención complementariamente o en términos preventivos (antes de que suceda el delito), ante el hecho sucedido se impone hegemónicamente la lógica penal, todo bajo la idea de que el niño encontrará así mejores garantías ante la intervención estatal. Ya se dijo en este trabajo que tal idea es un progreso en términos de vigencia de los Derechos Humanos, pero para seguir avanzando requiere de mayor diversificación. Ya no es suficiente considerar que si ante lo penal se interviene tutelarmente, es decir con predominio de la preocupación por la cuestión social, "se reafirma la institución de la disposición, la discrecionalidad" (Guemureman, 2001:32) de los jueces. Es cierto que la lógica tutelar pone en manos de los magistrados la posibilidad de disponer de las vidas de los niños, arbitrariamente y casi sin controles, con la excusa de la preocupación social. Esta afirmación contiene verdad pero no de un modo absoluto. Es justamente esta coexistencia de aspectos verdaderos y aspectos falsos la que explica la presencia de polos opuestos. Por ello es que si solamente se copian herramientas provenientes de otras lógicas, con sus virtudes pero con sus defectos potenciados, aparece en el horizonte el riesgo de cierto pseudo-garantismo bajo el cual la vieja tutela se deposite en estructuras que, cristalizadas, niegan la complejidad de lo viejo y

5 En Argentina "No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación" (Ley 22.278, Art. 1°).

lo nuevo. Esta cristalización puede calmar la conciencia de sectores estatales rendidos a los pies de postulados ilusorios pero nada indica que puedan transformarse en garantías reales.

Ahora bien: teniendo a la vista lo anterior vale recordar que participar de la discusión sin “ponerse en regla” (Heler, 2005: 95) es disminuir las posibilidades de incidir en la construcción de discurso contra-hegemónico. Para cumplir con los requisitos exigidos y simultáneamente “actuar conforme a intereses” (Heler, 2005: 95) se impone la necesidad de inscribir la producción en alguno de los caminos que se vienen transitando para –desde allí- proponer bifurcaciones. No se trata de volver a las sombras de la ideología tutelar ocultando dicho retroceso, ampliamente condenado en este campo pero también en el campo más general de las políticas sociales. Por el contrario, se trata de abandonar la lógica tutelar para avanzar realmente en términos de vigencia de los Derechos Humanos. Para que este avance sea tal se impone evitar que los derechos muten en abstracciones destinadas a satisfacer el intelecto de algunos pero sin cualificar el vínculo con la realidad.

Respecto del carácter ilusorio de algunos dispositivos cuyo carácter garantista debe ser problematizado, vale presentar algún ejemplo. Imaginando situaciones judiciales específicas cabe señalar cómo la mera presencia de una intervención escrita del Defensor en un expediente judicial penal no implica que en ese proceso judicial se haya garantizado efectivamente el Derecho de Defensa propio de todo ciudadano, en este caso menor de edad. O, en ocasiones, el análisis del discurso desarrollado en una intervención judicial puede poner en evidencia una débil presencia de principios tales como el de contradictoriedad (contraposición de argumentos) dado lo endeble del debate. Esto no siempre deviene de una baja capacidad técnica de los contendientes sino que, en muchos casos (los más), tiene que ver con la cantidad de expedientes en las que los profesionales deben intervenir, lo que conduce hacia cierta burocratización de la misma.

Existe, en este camino penal, la idea de que el progreso jurídico llega junto a cierta purificación del discurso. Ésta se apoya en la necesidad declarada de abandonar lo tutelar con lo que también se tiende a transformar en deshecho conceptual toda vinculación con lo social pues –se dice- esto es materia de las políticas sociales. Es entonces, en el ideario dominante, asunto que debe resolverse por el otro camino pero no por el penal. Este camino se transita intentando aplicar, mecánicamente, principios cuya eficacia puede ser discutida en el campo de la denominada justicia penal en general pero resiste una aplicación mecánica en el ámbito de la justicia penal para ciudadanos menores de edad.

Haciendo uso de una licencia especial, vale otro ejemplo. Como parte de la defensa penal el ciudadano acusado de un delito tiene derecho a negar su responsabilidad en el hecho que se investiga. Este derecho, aplicado mecánicamente en relación con ciudadanos menores de edad choca con la intervención de

profesiones como Trabajo Social, Psicopedagogía o Psicología que procuran la conexión subjetiva del joven con lo actuado pues constituye un punto de partida para la asunción efectiva de responsabilidad ante el acto protagonizado. Se advierte la colisión lógica que, entonces, exige reformulaciones para que el joven no se encuentre frente a discursos que se contradicen, sin poder discernir el sentido de tal contradicción. Sobre el joven del ejemplo, si avanza la aplicación mecánica de las garantías, se busca solamente probar jurídicamente su responsabilidad en el hecho penal sucedido para dejar definitivamente atrás la discrecionalidad de la Justicia de Menores. Esta es una condición necesaria, pero aún así ¿es condición suficiente? La actuación de un hipotético defensor, en el ejemplo del párrafo anterior, puede ajustarse a Derecho pero no implica que se ajuste a la realidad. Puede, como planteamos antes, purificar jurídicamente la intervención pero no importa un avance en términos de posibilidad de responsabilización de las partes involucradas, entre ellas el propio ciudadano menor de edad.

El camino penal tiende a valorar excluyentemente la eficacia técnica en la administración del poder punitivo para evitar que se vulneren derechos constitucionalmente garantizados. En este sentido se opone al crecimiento indiscriminado del poder penal pero en esa propia lógica subyace cierta tendencia auto-destructiva o, dicho de otro modo, cierta tendencia a convertirse en abono para el discurso penal denunciado por Wacquant. Esa dificultad para pasar al acto, quizás a partir del amesetamiento en la producción, constituye una amenaza para los propios principios sustentados desde las posiciones más comprometidas con la vigencia de las distintas garantías.

Pero volvamos al núcleo de la cuestión: este entramado conceptual penal, aplicado en el campo de las infancias, encuentra resistencias en el sistema de representaciones sociales vigentes en el campo profesional, particularmente en el campo de las profesiones de naturaleza “no penal” (Trabajo Social, Psicología, etc.), inclusive a nivel de amplios sectores ciudadanos. La cárcel, lo policial o lo represivo en general no es mayoritariamente aceptado como un valor sino –en todo caso- como un “mal necesario”. Pero tales resistencias tienden progresivamente a ser vencidas por el discurso dominante, por ejemplo a través de lo que hemos caracterizado como fisura en el camino: la pena. Mediante conceptos tales como el de “sanción responsabilizante” se intenta vencer esta oposición específica sosteniendo que la sanción promueve en el sujeto, automáticamente, su responsabilización. En tal línea de pensamiento se sostiene que “en síntesis, el fin de la pena es a la vez resarcitorio, correctivo, preventivo y por sobre todas estas características socio-educativo” (Puebla, 2005:166).

La sanción es la pena. En sus formas más morigeradas se acude a algunas especiales consistentes en –por ejemplo- trabajos comunitarios o tareas institucionales, entre otras. Nada de esto es malo en sí mismo pero sucede que, al ser tomado como invariante sin considerar el contexto, amenaza con transformarse

en una parte más del sistema que en definitiva conservaría lo más importante de sí que es su íntima lógica penal. No se sancionaría con pena de cárcel sino, por ejemplo, con la obligación de realizar un trabajo comunitario: pena menor, pero pena al fin. Así es que, en este trabajo y sobre esta base, se trata de favorecer pasos hacia delante evitando debates ya superados como por ejemplo la oposición entre Derecho Penal de Acto y Derecho Penal de Autor⁶, cuyos ecos suelen tener efectos en este campo. Ante la omnipotencia de la pena en gran parte del sistema de representaciones sociales dominantes, quizás convenga preguntar ¿qué es lo que la legitima al punto de pensarla como alternativa ante los niños? O bien ¿qué intervención es la que goza de legitimidad? ¿porque ante tal legitimidad podría pensarse en la pena?

Parece razonable suponer que, mayoritariamente, la sociedad quiere para sí sujetos autónomos, no necesitados de ortopedias sociales para cursar sus cotidianidades. No se trata de una autonomía plena y absoluta pues ella implica un estado de perfección. Tampoco se trata del concepto exacerbado de individuo que degenera en su istmo (el "individual-ismo") sino al opuesto, es decir a la idea de sujeto social que se constituye en tal cuanto más se construye a sí mismo como sujeto responsable, capaz de responder por sus actos ante el contexto pero también capaz de responderse a sí mismo, comprometiéndose en la construcción de respuestas. Es decir el sujeto al cual la norma social lo constituye substancialmente pero en el mismo movimiento se constituye lo social. Ni absolutamente falto de normas (anómico), ni absolutamente dependiente de normas exteriores (heteronómico).

Podría sostenerse entonces que la sociedad legitima un orden social en el cual cada uno de sus componentes sea capaz de progresar en su trayectoria vital de un modo altamente autónomo que, paradójicamente, no puede ser entendido si no es en relación con los otros que también aspiran a trayectorias independientes. Ante un primer repaso de posiciones, de un extremo al otro del arco ideológico es difícil encontrar demasiadas expresiones en las que se postulen ideas contrarias a éstas: desde todas se aspira a sujetos autónomos, por una razón o por otra. Las diferencias aparecen si revisamos los argumentos ideológicos de cada posición pero se profundizan cuando en la discusión se incluyen aquellas cuestiones inherentes a las condiciones de realización de la aspirada autonomía. Allí se llega a una zona de producción del conocimiento no tan ar-

6 El *Derecho Penal de Acto* se dedica, fundamentalmente, a aquellas acciones exteriorizadas por personas que, además, la normativa jurídica previó como delito. Desde esta perspectiva solo pueden ser sancionados actos (u omisiones) pero nunca la personalidad del autor. Cuando el *Derecho Penal* juzga personalidades se transforma en *Derecho Penal de Autor*. En el *Derecho Penal de Acto* el ciudadano puede conocer de antemano qué conductas son susceptibles de castigo penal mientras que en el *Derecho Penal de Autor* no es posible determinar con exactitud lo que es sancionable, abriéndose las puertas a distintas arbitrariedades penales.

mónica sino altamente polémica que puede iniciarse preguntando ¿coadyuva la pena a tal fin? Es decir ¿ayuda a la construcción de responsabilidad?

De poco sirve creer que un joven realiza su autonomía y su vínculo con el mundo porque ejecuta una “tarea comunitaria” si no se advierte qué sucedió en términos subjetivos a partir de tal tarea. Allí es donde, entonces, conviene retomar la cuestión de la responsabilización. Como se marcaba antes, una tarea impuesta por un juez puede ser vivida como no mucho más que una pena menor. Y en definitiva lo que moviliza en el joven es algo bastante parecido a lo que en la jerga carcelaria se conoce como “hacer conducta”: aparentar una conducta correcta para evitar castigos pero sin el convencimiento de que dicha corrección es la conveniente en términos de relación consigo mismo y con el entorno social.

Como no podía ser de otro modo esta construcción se da en un contexto y como parte de un continuo. La tendencia a suponer que “sancionar responsabiliza” es una consecuencia del modo en que cotidianamente viven quienes sostienen tal supuesto. Se trata de diversificar el debate referido a la pena dentro de un sistema cuya lógica de funcionamiento impone a sus miembros una lógica también punitiva (o de “premios y castigos”). Se trata de advertir que se postula mayor autonomía para niños judicializados siendo que el sistema judicial es altamente heterónomo. Así planteadas las cosas aparece entonces la necesidad de incluir, al explotar la fisura penal para construir otro camino, la idea de redistribuir la problemática. Y no es solamente “el niño” sino que el asunto se diversifica notoriamente.

Pero en esta diversificación reaparece la problemática de la acreditación de lo producido. Por ello se descarta la posibilidad de discutir la pena para, por ejemplo, quitarla del ámbito judicial sino de –por el contrario– reconfigurar su naturaleza en el ámbito de la ley (con forma jurídica, en este caso). Es necesaria esta reconfiguración dentro del propio poder judicial pues es allí donde pueden operar eficazmente estas soluciones⁷. Se entremezclan entonces, al momento de planificar el doble juego, tanto aspectos de orden estratégico (estar en regla) como aspectos que forman parte de convicciones personales facilitando los primeros.

Conclusiones

Queda así planteada la cuestión. Se advierte la existencia de dos órdenes de producción que tienden a la saturación por su propia reducción a dos alter-

7 Al respecto léase la opinión de Aída Carlucci de Kemelmajer en “*Justicia Restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*”. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004.

nativas. No conviene sugerir terceros caminos si tal propuesta no participa de las lógicas permitidas por alguno de ellos. En este caso interesa la lógica penal, dentro de la cual se impone respetar e –inclusive– reforzar la vigencia de los Derechos Humanos a través del denominado garantismo. Dentro de él es posible problematizar la naturaleza de la pena para lograr un mejor emplazamiento de la ley en tanto imperativo cultural pero no partiendo, lisa y llanamente, del recurso sancionatorio.

Evitar la sanción o, en todo caso, reducirla a su mínima expresión no propugna un abolicionismo ingenuo. Por el contrario, busca construir una posición dominada por la comunicación que lleve al compromiso de responder por lo actuado, es decir de hacerse-responsable ante conductas que la sociedad ha definido como delito. Reconfigurar las formas de responder desde el sistema judicial implica una transformación en las matrices de pensamiento que lo regulan. Solo mediando este cambio serán factibles transformaciones instrumentales que, respetando el denominado debido proceso (garantista) promueva intervenciones orientadas a obtener respuestas alejadas de la mera obediencia por temor.

Salir de la obediencia por temor implica avanzar en un camino que construya ciudadanos antes que súbditos. No se trata de una afirmación menor sino de una racionalidad profundamente diferente. Pero las posibilidades de construcción de dicho camino están condicionadas por el actual substrato, que requiere ser conocido más interiormente para identificar los resquicios desde los cuales problematizar. Se ha dicho que se postula favorecer la construcción de sujetos autónomos desde estructuras profundamente heterónomas, con lo que se aspira a que sus operadores logren en los otros algo que ellos mismos no experimentan en sí mismos con asiduidad. Allí existe un obstáculo importante que forma parte de los mencionados condicionamientos.

No obstante allí mismo, en estos obstáculos, es posible encontrar posibilidades. Queda abierto un campo de investigación que, así, facilita la necesidad de estar en regla pues el objeto a problematizar queda dentro de la lógica penal y no fuera de ella discutiéndose, sí, algunos de sus componentes. Está constituido por factores que no se pretende destruir sino reconfigurar, aún cuando en dicha reconfiguración se aspire a lograr el máximo posible de transformaciones pues de esto se trata en definitiva. Sin amenazar con el reemplazo de actores o de modificar su lugar en el campo de fuerzas al que no estamos refiriendo, promover una transformación en las lógicas imperantes que sea acompañada por sus portadores.

Se sabe que “el campo es también un campo de luchas por la conservación o la transformación de la configuración de sus fuerzas” (Bourdieu, 2006:155) por lo que, siendo así, es central producir conocimientos acreditables. El nivel de tensión debe ser tal que asegure transformaciones pero dentro de las lógicas convalidadas desde la perspectiva del discurso hegemónico.

Referencias bibliográficas

BOURDIEU, P. "La lógica de los campos", en: BOURDIEU, P. y WACQUANT, L. *Una invitación a la Sociología Reflexiva*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, pp. 147-173, 2008.

CASTEL, R. *Las metamorfosis de la cuestión social: Una crónica del salariado*. Buenos Aires, Paidós, 2004.

CAZZANIGA, S. "El abordaje desde la singularidad", en: Revista Electrónica *Desde el fondo*. UNER-FTS. N° 22, agosto de 2001. [en línea: 21/07/2008]. Disponible en: www.fts.uner.edu.ar/publicaciones/fondo/fondo_index.htm

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal*. España, Editorial Trotta, 1995.

GARCÍA MÉNDEZ, E. "Introducción", en: GARCÍA MÉNDEZ, E. *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*. Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 5-7, 2006.

GUEMUREMAN, S. *et al. La niñez ajusticiada*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.

HELER, M. *Ciencia incierta. La producción social del conocimiento*. Buenos Aires, Editorial Biblos, 2005.

KEMELMAJER, A. *Justicia Restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004.

PUEBLA, M. *Democracia y Justicia Penal Juvenil: Doctrina e Intervención*. San Juan, Editorial Fundación Universidad Nacional de San Juan, 2005.

WACQUANT, L. *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires, Manantial, 2004.

ZAFFARONI, E. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires, Hammurabi, 2002.