

# El régimen penal de minoridad en Argentina: una mirada desde el Trabajo Social

Osvaldo Agustín Marcón

## **Resumen**

Cíclicamente se discute la situación de la niñez y la adolescencia en la República Argentina en cuanto objeto de las políticas sociales. El asunto aparece ligado a las problemáticas de la seguridad (personal) confundiendo en ocasiones la frontera que divide a ésta del funcionamiento de la Justicia y los instrumentos normativos. Se tiende a creer que la sanción en sí misma rehabilita, reduciendo la problemática de la intervención transformadora al denominado “garantismo penal” pero sin incluir con idéntica fuerza las garantías substanciales con rango constitucional, es decir los Derechos Humanos expresados en diversos convenios que el país ha firmado.

**Palabras clave:** imputabilidad – delincuencia – niñez – adolescencia – derechos

## **Summary**

The situation of childhood and the adolescence in the Republic of Argentina as object of social politics is discussed from a clinical point of view. This matter seems to be connected to the problems of (personal) security, sometimes mingling the barrier that separates this from the way Justice functions and the legal instruments. The tendency is to believe that the punishment itself rehabilitates, diminishing the problems of transforming intervention upon the so-called “penal guaranty” without including with identical force the substantial guarantees having constitutional rank, that is Human Rights stated in all kind of conventions that the state has signed.

**Key words:** imputation/blame – delinquency – childhood – teen-age – rights

## **Résumé**

D'une façon cyclique on discute à la République Argentine la condition de l'enfance et l'adolescence comme des sujets des politiques sociales. Le thème apparaît lié aux problèmes de la sécurité (personnelle) et parfois on confond les limites qui séparent cette-ci de l'opération de la justice et des instruments normatifs. On a la tendance à croire que la punition réhabilite par soi même, en réduisant le problème de l'intervention transformatrice à ce qu'on appelle la “garantie penale”, mais sans l'inclusion avec la même force des garanties substantielles de catégorie constitutionnelle, c'est à dire, les Droits Humains exprimés dans les plusieurs traités que le pays a signé.

**Mots clefs:** imputabilité – délinquance – enfance – adolescence – droits

## SALVEDAD INICIAL

En la República Argentina, antes que las **responsabilidades penales de niños y adolescentes**, es necesario discutir la creación de un código que particularice los postulados de la **Doctrina de la Protección Integral**<sup>1</sup> con base en la **Convención sobre los Derechos del Niño**.<sup>2</sup> No obstante, y dado que algunos sectores sociales han impuesto la dimensión penal como tema de discusión, valen algunas consideraciones.

EL “SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL”<sup>3</sup>

Aun con elementos que deben ser preservados, el sistema de normas vigentes es anacrónico, falta de coherencia interna y altamente ineficaz. Tampoco la función judicial responde a las exigencias sociales, por lo que urge su renovación. Pero no debiera olvidarse que en una república no conviene confundir **seguridad** con **justicia**. En *Patás arriba*, Galeano escribió:

En un mundo que prefiere la seguridad a la justicia, hay cada vez más gente que aplaude el sacrificio de la justicia en los altares de la seguridad. En las calles de las ciudades, se celebran las ceremonias. Cada vez que un delincuente cae acribillado, la sociedad siente alivio ante la enfermedad que la acosa. La muerte de cada malviviente surte efectos farmacéuticos sobre los bienvivientes. La palabra “farmacia” viene de “*pharmakos*”, que

- <sup>1</sup> La **Doctrina de la Protección Integral** supera a la **Doctrina de la Situación Irregular** postulando la adecuación integral del sistema de intervención sobre la niñez según los postulados de la **Convención sobre los Derechos del Niño**, con rango constitucional en Argentina. Se opone a que se intervenga judicialmente sobre problemáticas sociales exigiendo la formulación de adecuadas políticas públicas. Busca limitar el poder discrecional de los jueces de menores sobre los niños en riesgo social. Para profundizar se sugiere: María Daniela Puebla, *Control social punitivo institucionalizado en niños y adolescentes en la provincia de San Juan. Congruencia con la Constitución Nacional* (San Juan: UNSJ, 1998).
- <sup>2</sup> Aprobada por la ONU en 1989, ratificada por la Argentina en 1990, país que en 1994 le dio rango constitucional. Es un significativo avance en materia de derechos humanos. Reconoce al niño como “Sujeto de Derechos”, confiriéndole una “protección especial” que tiene por objeto “preservar sus derechos”. Reconoce especialmente el “derecho a la identidad” y fija la obligación del Estado de respetar el “interés superior del niño”. El concepto de “protección integral” supone el reconocimiento de estatus jurídico a derechos sociales tales como la salud, la alimentación, la educación y la recreación.
- <sup>3</sup> Propuesta difundida en diversos países. Consiste en la construcción de un sistema de sanciones distintas del sistema penal convencional (para adultos) que tendrían un efecto educativo. Por ejemplo, a través de la imposición de tareas comunitarias, libertad asistida, reconciliación con la víctima u otras. El énfasis se coloca en que el niño transgresor asuma responsabilidades por su conducta ante la sociedad.

era el nombre que daban los griegos a las víctimas humanas de los sacrificios ofrendados a los dioses en tiempos de crisis.<sup>4</sup>

Ahora bien, tras las apariencias re-educativas de lo que se conoce como “sistema de responsabilidades penales” para niños o adolescentes, subyace la vieja simplificación sancionatoria propia del funcionalismo sociológico desarrollado fundamentalmente por Talcott Parsons.<sup>5</sup> Reaparece la antigua idea de un menú con tarifas a cobrar al transgresor para que aprenda a “funcionar” bien, mediando las garantías del debido proceso.

Este debate exige una perspectiva que trascienda lo meramente unidisciplinario incluyendo tres aspectos:

1. La **imposición** unilateral de penas y/o tareas sancionatorias, ¿logran *per se* que el sujeto menor se rehabilite/responsabilice?
2. ¿Es eficaz la extrapolación del garantismo procesal y substancial a este campo sin adecuarlo según la especificidad del “sujeto de derechos” al que se pretende beneficiar?
3. ¿No es paradójal que se admita la incidencia de “lo social” en la génesis del delito pero que, a la par, no operen garantías para la cualificación del emplazamiento social del sujeto menor luego de su judicialización?

#### LA SANCIÓN COMO UN RECURSO MÁS

Respecto del primer aspecto recordemos que la sanción, el castigo, la limitación, el reproche, aquello que infringe dolor (consciente o inconsciente), interviene en la configuración de las representaciones sociales que regulan las conductas pero no de un modo excluyente ni como centro del sistema. La sanción, además, adquiere infinitas formas por lo que la propia del control social (incluido el subsistema jurídico-punitivo) es apenas una de las posibles. Todo sujeto, aun adulto, puede cambiar su posición ante el mundo por la incidencia de diversas experiencias, pero no necesariamente gracias a la imposición unilateral. Son varias las vías para limitar conductas, moldeándolas. Optar por una de ellas supone valorar la singularidad de cada sujeto pues lo que opera en un caso no necesariamente sirve para otro, inclusive puede

<sup>4</sup> “Patás arriba”, 1999, citado por guemureman y daroqui en *La niñez ajusticiada* (Buenos Aires: Del Puerto, 2001).

<sup>5</sup> Talcott Parsons es autor de *The Structure of Social Action* (1937), *The Social System* (1951), *Structure and Process in Modern Societies* (1960), *Social Structure and Personality* (1964), *Societies: Evolutionary and Comparative Perspectives* (1966), entre otras obras.

resultar contraproducente. Este riesgo no es excepcional sino que tiene gran significación desde el punto de vista estadístico.

La asunción de responsabilidades por voluntad del sujeto importa avances en su proceso de autonomización, de desarrollo, de maduración. Hacer que sus conductas dependan solamente de sanciones exteriores supone un retroceso que, inclusive, pasa a constituir la matriz educativa general (*paideia*, según los griegos), provocando atrasos culturales significativos. Si la vigilancia epistemológica interdisciplinaria tuviera más fuerza, se advertiría cómo –por ejemplo– en el campo escolar infanto-juvenil ya se ha revisado el valor educativo del castigo. Sin desecharlo se lo ha ubicado como un recurso entre otros. Pero, ¿es que en el campo jurídico los “menores” son menos niños o adolescentes que cuando asisten a las escuelas? ¿No se advierte aquí un déficit importante en términos de fundamentación teórica?

Son necesarias –sin duda– medidas que ayuden a que el sujeto menor resignifique su posición cotidiana a partir del contacto con el lugar simbólico de “la” ley (o su manifestación jurídica), produciendo adaptaciones activas o aprendizajes sociales que modifiquen su conducta. A esto tienen derecho. Y es posible pues la pena –en el sentido penal ortodoxo– no es insustituible. Así lo demuestran varios países<sup>6</sup> con el avance de las medidas de justicia restaurativa, mediación, *probation*,<sup>7</sup> etc.

Pero si sobre niños o adolescentes se imponen –por ejemplo– tareas comunitarias desde una inocultable lógica tarifaria, éstas serán reducidas a la función sancionatoria. Para que estas alternativas operen restaurativamente a nivel vincular, del sujeto con las víctimas y viceversa, deben surgir de una construcción tan voluntaria como conjunta: he ahí la complejidad del problema, pensado desde la práctica cotidiana en los órganos jurisdiccionales.

<sup>6</sup> Para estudiar las experiencias en Reino Unido, Costa Rica y Chile, entre otros, se sugiere la obra de Pedro David et al. *Suspensión del juicio a prueba: perspectivas y experiencias de la Probation en la Argentina y en el mundo* (Buenos Aires: Lexisnexis-Depalma, 2003).

<sup>7</sup> También conocida como “Suspensión del Juicio a Prueba”, términos que aluden a un acuerdo entre la persona sospechada de delito y el juez para suspender el procedimiento a cambio de que el sospechado desarrolle una conducta acordada con el Juez. Si se cumple el acuerdo el juicio no sigue adelante y el sospechado es totalmente desvinculado del hecho investigado.

## EL GARANTISMO EXTRAPOLADO

Respecto del segundo aspecto preguntemos: ¿Basta que un sistema obedezca a esta forma de entender el “garantismo”?<sup>8</sup> En la Provincia de Santa Fe –por ejemplo– hace ya casi diez años rige un Código Procesal Penal que contiene tales seguros.<sup>9</sup>

Sin embargo, la realidad claramente ha empeorado. ¿Puede sostenerse que ello se debe, solamente, a que no se lo ha acompañado con otras medidas? ¿O se trata de un problema que va mucho más allá, alcanzando el orden de los supuestos teóricos?

Aquí también se omiten los beneficios ofrecidos por la “vigilancia” epistemológica que ejercen las diversas disciplinas presentes en este “campo”.<sup>10</sup> La diversidad de miradas alberga un aporte trascendente para resignificar la noción de garantismo aplicada al campo del Derecho de Menores, si se reconoce la existencia de un estancamiento teórico. O sea: es necesario superar el garantismo en cuanto reduccionismo jurista<sup>11</sup> lo que, claro está, no se logra desde ningún saber en particular. Muy por el contrario, todo saber que se aísla en el llano o en la cúspide del poder, comienza a girar sobre sí mismo hasta enloquecer, sosteniendo concepciones que aparentan respetar una lógica unidisciplinaria impecable pero raquitizan su vínculo con la realidad.

Aceptemos esquemáticamente y con fines didácticos que multidisciplinariamente puede diferenciarse, por un lado, el Derecho Penal solamente preocupado por la investigación del hecho. Y por otro lado, el Derecho Penal que substancializa el hecho en cuanto parte de una situación que incluye perfiles sociales, antropológicos, psicológicos, etc. El Derecho de

<sup>8</sup> Doctrina jurídica centrada en limitar el poder discrecional de los jueces garantizando al ciudadano judicializado que será sometido a un juicio jurídicamente justo y no a la voluntad de hombres. El “debido proceso” se encuentra en el centro de tales garantías suponiendo derecho a la defensa, presunción de inocencia, etc.

<sup>9</sup> Por ejemplo, regula a través del Art. 69 y siguientes la actividad procesal en los casos de niños punibles, imponiendo el derecho a la defensa técnica, plazos ordenatorios, medidas precisas entre las cuales el juez debe optar, etc. Ello expresa la mencionada doctrina garantista.

<sup>10</sup> Pierre Bourdieu, *Sociología y cultura* (México: Grijalbo, 1980).

<sup>11</sup> Reducción de la vida social a su dimensión jurídica, del mismo modo en que desde otros lugares se la suele reducir a lo biológico (“biologismo”), a lo sociológico (“sociologismo”) u otras formas de omisión de las visiones que intenten capturar el todo sin pretender explicarlo desde una de sus partes (la jurídica, en el caso del juristicismo).

Menores obedece a una estructura epistemológica similar a la de aquel, pues si bien no excluye el hecho, coloca al autor “y sus circunstancias” (parafraseando a Ortega y Gasset) en el centro de la escena.

Pero sucede que las **garantías procesales y substanciales**,<sup>12</sup> tal como se las practica cotidianamente, acarrear estructuras conceptuales cuya razón de ser aparece substancialmente unida a la lógica de la investigación del hecho sin garantizar lo que rodea las circunstancias (sociales, etc.). Si la sana crítica del magistrado les da fuerza, ellas valen. Pero si esto no sucede, las circunstancias caen frente a la lógica del hecho que –aquí sí– goza del empuje de toda la fuerza normativa garantizada.

Las prácticas cotidianas se deslizan, entonces, hacia la trascendente substancialidad de lo articulado al hecho, relegando a un lugar procesalmente accesorio todo lo vinculado al orden de lo social, lo pedagógico, lo psicológico, lo cultural. Insistiendo: que esto último cobre protagonismo depende, desde la lógica probatoria-pericial, de la voluntad del juzgador. Es decir, que sigue siendo necesaria una dimensión garantista-social acorde con la identidad de esta rama del Derecho. Esta dimensión encuentra su fundamento en la teoría de los derechos humanos en cuanto garantía de garantías, positivadas con rango constitucional<sup>13</sup> en la Argentina.

#### CORREGIR SEGÚN LO DIAGNOSTICADO

El tercer aspecto: la naturaleza de la **sanción responsabilizante** y este modo de garantizar el debido proceso instalan un tipo de asimetría que sobre-responsabiliza a una de las partes y libera a la otra. El obligado es el sujeto menor. Pero él, en cuanto víctima a la que se le han violado gran parte de sus derechos sociales, no logra la sanción responsabilizante para la otra parte: el Estado. En teoría se postula una causalidad social, pero se actúa como si fuera individual. Estando fuera de discusión la necesidad de una muy concreta, efectiva y cotidiana aplicación de la interdisciplina en este campo, urge satisfacer dicha demanda.

La posibilidad de que niños y adolescentes judicializados por causas penales resignifiquen su posición ante el orden jurídico instituido depende de

<sup>12</sup> Algunas garantías son consideradas de fondo, constitutivas, centrales, substanciales, como por ejemplo aquella según la cual nadie puede ser penado sin juicio previo (garantía de legalidad). Otras son consideradas como inherentes al modo en que se lleva adelante la intervención judicial, como por ejemplo aquella según la cual ningún ciudadano puede ser enjuiciado sin garantizársele defensa técnica (abogado).

<sup>13</sup> Art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional de la República Argentina.

que la otra parte –el Estado– asuma ahora las responsabilidades que no asumió antes, dándole un lugar socialmente reconocido. Debe garantizarse la incidencia de la investigación social en el decisorio final para reparar, simétricamente, los derechos sociales constitucionalmente protegidos.

Un paradigma de la simetría supone, entre otras cosas, la vigencia de un “sistema de co-responsabilidades”. Uno de los nodos en los que la intervención exhibe con crudeza el déficit epistemológico mencionado al inicio puede sintetizarse bajo el término “reinserción social”. Quienes son atrapados por el sistema judicial deben desarrollar conductas jurídicamente aceptadas para egresar de él. Pero dado esto, el medio social se mantiene igual o ha empeorado. Nada garantiza que sus derechos sociales no continúen siendo violados.

Al niño que es judicializado se le exige la asunción de responsabilidades. El sistema judicial está en condiciones de vigilarlo. Le exige determinadas conductas que debe desarrollar a fin de no debilitar su situación frente al orden jurídico. Se presume así que él –el niño– obró libremente, con total disponibilidad de opciones, y sin embargo eligió la transgresión. En el discurso público (medios de comunicación, conferencias, etc.) es muy común que se admita la responsabilidad social, es decir, la existencia de factores no individuales sino sociales que favorecen que ese niño sea judicializado al no exhibirle otras opciones. Si tal situación social es realmente asumida, entonces, es necesario que ello se exprese en la noción de “co-responsabilidad”. El niño debe asumir la suya, pero el Estado como expresión de un orden social debe asumir la propia de un modo efectivo, concreto. Sólo así puede reconstituirse el abanico de posibilidades sociales que por derecho corresponden al niño.

A criterio personal, la discusión interdisciplinaria de estos aspectos, entre otros, da otra dimensión al debate sobre la edad de imputabilidad, pues –así– abriría realmente la posibilidad de una reacción socialmente madura.

### CONCLUSIÓN

No conviene reducir la idea de progreso social a la aplicación mecánica de algunos esquemas legitimados en otros campos pero que, al ser extrapolados mecánicamente a éste, transforman su naturaleza originaria. La sanción deja de funcionar como recurso correctivo no excluyente para agotar en sí misma todo el potencial del sistema que la contiene. Las garantías dejan de garantizar, pues sólo se adecuan a valoraciones hechas desde la perspectiva de los juristas pero no desde la perspectiva del niño. Y el desorden social, como causalidad compleja de las conductas delictivas, se instala en el orden del discurso pero no toma fuerza en el orden de las intervenciones desde el Estado.

La noción de “responsabilidad penal” difícilmente pueda ser considerada expresión de pretensiones de protección sobre la niñez, pues “lo penal” es – sin duda alguna– alusión a “la pena”. Aunque no se explicita, este término compuesto abriría las compuertas para el regreso a un paradigma donde lo represivo reinaría.

Lo meramente represivo denuncia un estado de la conciencia social más caracterizado por las relaciones inmaduras entre adultos y niños que por un adecuado equilibrio en tales sistemas.

*Oswaldo Agustín Marón*  
*Universidad Adventista del Plata*  
*Escuela de Servicio Social de Santa Fe*  
*Dirección: Piedrabuena 2620*  
*3000 Santa Fe*  
*ARGENTINA*  
*E-mail: [omarcon@arnet.com.ar](mailto:omarcon@arnet.com.ar)*

Recibido: 20 de mayo de 2004  
Aceptado: 26 de enero de 2005