

CAPITULO II

PARA UNA HISTORIA DEL CONTROL SOCIO PENAL DE LA INFANCIA: LA INFORMALIDAD DE LOS MECANISMOS FORMALES DE CONTROL SOCIAL

en:

DERECHO DE LA INFANCIA/ADOLESCENCIA EN AMERICA LATINA: DE LA SITUACION IRREGULAR A LA PROTECCION INTEGRAL.

Emilio García Méndez

1. Los marcos del problema. 2. El niño: de la literatura tradicional al enfoque histórico. 3. El niño abandonado-delincente. 4. El nacimiento de los tribunales de menores. 5. El control socio-penal de los niños en América Latina. 6. A modo de conclusión.

1. Los marcos del problema.

Independientemente de su valoración, el contenido de la distinción entre mecanismos formales e informales de control social, pertenece a un área aparentemente no conflictiva de la sociología criminal. Paradójicamente, la condición que garantiza la ausencia de conflictos, está dada por un tratamiento superficial del tema.

La distinción entre mecanismos formales e informales de control social, pertenece al campo de aquellos conceptos cuyo contenido se da por descontado. De este modo, las distintas instancias del sistema penal, policía, jueces, cárcel, forman parte claramente de los primeros, mientras la familia, la escuela y la religión, constituyen un ejemplo claro de los segundos. Esta distinción hace referencia explícita, a un doble orden de cosas: intencionalidad y grado de institucionalización. La institucionalización remite a su vez, aunque en forma mucho menos clara a una valoración positiva de las garantías reales y potenciales que ofrecen los mecanismos formales de control social.

La valoración positiva de los mecanismos formales de control social se apoya en la ideología y praxis del iluminismo penal. Desde esta perspectiva, la materialización política de las ideas de Beccaria (para citar el autor más importante) en el contexto de la Revolución Francesa, permite considerar a la ley y al sistema penal, como defensas del ciudadano (sociedad civil) y límite negativo a las arbitrariedades del poder punitivo del Estado (L. Ferrajoli, 1985). Un análisis histórico más concreto conduce a una conclusión bastante diferente. Si se toma en cuenta que aún en el propio contexto iluminista, es el delito de lesa majestatis el primero y más severamente sancionado, entonces la formalización de las facultades punitivas del Estado, puede ser vista como la consolidación de un límite negativo para la sociedad civil (H. Hess, 1985). Dicho de otro modo, el delito de lesa majestatis parece ocupar, a nivel de los mecanismos formales de control social, una posición análoga al proceso de acumulación originaria respecto de la formación del capital. Las similitudes de estas posiciones contradictorias, con las distintas valoraciones del nacimiento

del estado de derecho que, basándose en la exclusión de los no propietarios, las mujeres, etc., a la par que asegura garantías, establece férreos límites negativos, parece más que evidente. El problema no es simple y no puede agotarse en la mera crítica negativa (M. Horkheimer, R. Adorno, 1988), aunque responda a la verdad histórica.

Desde un punto de vista crítico y que pone el acento en la dimensión política de una determinada coyuntura, la defensa de la existencia de los mecanismos formales de control social se apoya hoy en tres puntos fundamentales: a) la necesidad de dar relevancia y hacer transparente determinados conflictos sociales, los que de otro modo asumen la categoría de inevitables porque forman parte de una cultura específica (piénsese en los casos de violencia sexual o doméstica para dar sólo un ejemplo) (T. Pitch, 1983); b) la necesidad de impedir o reducir la venganza privada provocada por la no intervención del sistema penal. Principio éste, que por oposición, marca al mismo tiempo un límite negativo preciso a la intervención penal (L. Ferrajoli, 1985); c) por último, y haciendo referencia explícita a la dimensión política del problema, la existencia de principios y garantías formales de las libertades, ofrece la posibilidad de tomar seriamente los mismos, activándoles en defensa de los sectores estructuralmente más débiles de la sociedad (Estos tres puntos no significan olvidar el carácter más simbólico que real del sistema de justicia penal, el que resulta del hecho de que sólo una ínfima proporción de los hechos criminalizables adquieren realmente el status de criminal).

En el marco de estas consideraciones, es posible retomar con mayores elementos de juicio el tema de la distinción entre mecanismos formales e informales de control social. El relevamiento de la literatura específica existente permite afirmar que la dificultad en definir con una cierta precisión la formalidad o informalidad de los mecanismos de control social constituye una constante en los escritos de todos aquéllos que se han ocupado del problema. Utilizar el argumento de la institucionalización de un cierto mecanismo de control, para denominarlo como formal, no resiste la crítica de cualquier análisis comparado, que permite demostrar que en determinados contextos o coyunturas un mecanismo catalogado como informal posea un nivel mucho más alto de organización y formalización que muchos de los considerados mecanismos formales de control (basta pensar en la administración de justicia y la función concreta de la religión y sus estructuras en muchos países latinoamericanos). En cuanto al argumento de la intencionalidad del control, el análisis crítico ha puesto de manifiesto reiteradas veces toda su debilidad e inconsistencia (piénsese en las funciones reales ejercidas por la escuela como mecanismo efectivo de control social -G. Cerqueira F.; G. Neder, 1987-). En definitiva, es la falta de correspondencia con la realidad, lo que se encuentra al origen de las dificultades arriba mencionadas y lo que ha conducido a un replanteamiento de la cuestión. De este modo, la distinción entre control social activo y pasivo, sin resolver definitivamente el problema, se presenta como una herramienta conceptual mucho más eficaz para aprehender la complejidad de estos fenómenos. El control social de tipo pasivo hace referencia a la conformidad respecto de distintos tipos de normas y situaciones, mientras el control social activo, denota la implantación y logro de ciertos objetivos y valores. En otras palabras, la distancia que media entre el mero mantenimiento

del orden y un proceso específico de integración social, puede dar cuenta de las diferencias arriba señaladas (E. Lemert, 1968-88-89).

Pese a todos los inconvenientes puestos en evidencia, la distinción entre mecanismos formales e informales de control social no ha perdido su vigencia. Las razones, independientemente de la posición que se adopte, son predominantemente de tipo ideológico antes que real. Esta distinción nace mucho más como producto del voluntarismo romántico de los años 60 y comienzos de los 70, que veía en la flexibilidad de los mecanismos informales una humanidad que constituía la otra cara de la rigidez represiva del sistema de justicia penal (M. Findlay; U. Zvekic, 1987). Un análisis crítico y descarnado de la década de los 80 (S. Cohen, 1985), da por tierra con el voluntarismo anterior, aunque muchas de sus aspiraciones permanezcan válidas. Un análisis que demuestra que la acción de los mecanismos informales, lejos de reemplazar la función de los mecanismos formales, ha constituido una extensión complementaria de estos últimos, en los que la tendencia al abandono de las garantías formales constituye un elemento de no poca importancia (piénsese en muchas de las disposiciones de las modernas legislaciones especiales en tema de drogas).¹

A partir de los años 80, tanto en el contexto europeo como en el latinoamericano, aunque por motivos diversos, se asiste a una recuperación del proceso democrático que se traduce en una revalorización de la cultura garantista por parte del pensamiento crítico.

Sin olvidar la diferencia de matices que encierra la cultura garantista² y mucho menos los riesgos del vaciamiento de contenidos y el reduccionismo a que conduce la legitimación a través del (mero) procedimiento, dicho movimiento comienza a ser percibido como un paso positivo en el proceso de ampliación de espacios de libertad en el seno de la sociedad civil. La revalorización de las garantías jurídicas, lo que no excluye la lucha simultánea por una reducción del área de la vida social regulada por el Derecho Penal, en un marco de respeto de la víctima en particular y en general de los sectores más débiles de la población, ha conducido a una visión menos ideológica de los mecanismos formales de control social.

Sin olvidar la selectividad del funcionamiento concreto de los sistemas penales, existe hoy, sobre todo a nivel de la sociedad civil, una mayor conciencia sobre las posibilidades de tomar seriamente el discurso jurídico dominante. Sin embargo, y contrariamente a lo que una aparente prudencia pudiera aconsejar, la condición de un uso positivo de las garantías jurídicas formales que ofrece el sistema democrático, aparece representado hoy por una crítica descarnada y profunda de la praxis y sobre todo del discurso de algunos sectores específicos del sistema de la justicia penal.

La legislación penal de menores constituye un campo rico e inexplorado en ese sentido. En el contexto de recuperación de la cultura garantista, que implica de hecho una revalorización crítica de la función de los mecanismos formales de control social, la oportunidad y urgencia en analizar el sistema penal de menores, aparece evidente. En otras palabras, resulta importante comprobar, en qué medida una estructura formal de control social, en los marcos de un sistema democrático y que por ello justamente posee una importante cuota de legitimación a priori, ofrece por lo menos a nivel del discurso, aquellos límites

negativos a la facultad punitiva del Estado, que una coyuntura política favorable permite potencialmente activar. Si se comprueba que un mecanismo formal de control social participa, además de su funcionamiento selectivo, de todas las características negativas de los mecanismos informales de control social, la ya débil e inexistente distinción entre mecanismos formales e informales, debería asumir, en este caso, el carácter de una crisis profunda e irreversible que sólo un replanteamiento radical de sus premisas básicas podría contribuir a resolver. En el marco concreto que he expuesto hasta aquí, me interesa sentar las bases para rediscutir la génesis histórica y los motivos que explican el control penal de la infancia como categoría específica, no sólo, pero con especial referencia al contexto latinoamericano.

2. *El niño: de la literatura tradicional al enfoque histórico.*

En lo que en un sentido muy amplio puede ser denominado campo socio-jurídico-penal, la literatura relativa a los jóvenes es de una abundancia considerable. Que no pueda afirmarse lo mismo acerca del tema niños sistema de la justicia penal, constituye una mera apariencia. Más allá de las dificultades para encontrar parámetros objetivos dedicados a establecer una clara diferencia entre ambas categorías (niños-jóvenes), puede afirmarse que la escasez de trabajos sobre el tema niños-sistema de justicia penal, se explica en buena parte por el uso eufemístico del término joven o menor, el que salvo indicación en contrario, cubre ampliamente la intervención de la justicia penal sobre los niños.³

La abundancia de la literatura antes señalada no se traduce, sin embargo, en un mayor conocimiento de las dimensiones reales del fenómeno. Más aún, puede afirmarse que la abrumadora mayoría de la literatura específica, ha contribuido decididamente a aumentar la confusión mistificando ulteriormente el problema. Una literatura, que no sólo no ha resuelto el nudo de la contradicción, protección-control penal-derechos y garantías, sino que ni siquiera ha planteado la cuestión.

El contenido esencial del mensaje de la literatura tradicional sobre el tema menores-control social formal, admite ser resumido de la siguiente manera: los instrumentos jurídicos (penales) aplicados a la niñez, entendida ésta última como un dato ontológico-biológico, han recorrido un proceso permanente de evolución positiva realizado en el interés de los menores. No resulta difícil entender las enormes dificultades y resistencias que ha encontrado y encuentra todo intento de corroboración empírica, de las intenciones del discurso dominante con los resultados concretos obtenidos. El tema de los menores con conducta desviada ha sido patrimonio casi exclusivo de una actitud dogmáticamente moralista, que ha impedido durante mucho tiempo cualquier confrontación seria, basada en argumentos racionales.

En este contexto, resulta extraño, que aún desde perspectivas divergentes, el enfoque histórico constituya el elemento común de casi todos aquellos intentos de carácter desmistificadorio.

Si ha sido la perspectiva histórica la que ha permitido poner en evidencia la relatividad, arbitrariedad y contingencia de los sistemas penales, puede afirmarse sin dudas que la función de esta perspectiva en los estudios sobre la niñez ha producido resultados análogos⁴. Refutando las tesis de la psicología positivista que vinculan la categoría niñez a determinadas características de la

evolución biológica, el enfoque histórico la presenta como el resultado de una compleja construcción social que responde, tanto a condicionantes de carácter estructural cuanto a sucesivas revoluciones en el plano de los sentimientos.

En uno de los estudios históricos más profundos y completos sobre la niñez, Ph. Aries (1985) ⁵ presenta su tesis central afirmando que en la sociedad tradicional, y hasta bien entrado el siglo XVII, la niñez, tal como ella es entendida hoy, no existe. Existe en cambio un período de estricta dependencia física, luego del cual se entra, sin más, al mundo de los adultos (p. 45). Un ejemplo y prueba de ello es que el desconocimiento del niño por parte del arte del Medioevo no puede ser reducido a un mero error o distracción de los artistas (pp. 92-93). Utilizando la pintura de la época como documento cuya importancia no puede despreciarse, el siglo XVII muestra una inversión de tendencia representada por el retrato de la campaña que se organiza ya en torno al niño (p.107).

En este proceso de descubrimiento-invencción de la niñez, la vergüenza y el orden constituyen dos sentimientos de carácter contrapuestos que ayudan a modelar un sujeto a quien la escuela dará forma definitiva. La escuela, organizada bajo tres principios fundamentales: vigilancia permanente, obligación de denunciar y la imposición de penas corporales, cumplirá conjuntamente con la familia, la doble tarea de prolongar el período de la niñez, arrancándola del mundo de los adultos. Es el nacimiento de una nueva categoría.

Junto a las representaciones de carácter artístico, la percepción del tratamiento del infanticidio constituye otro elemento de central importancia en la tarea de reconstrucción histórica.

En la antigua Roma, el vínculo de sangre contaba menos que el vínculo de elección. Durante el tiempo de Augusto, los recién nacidos eran expuestos en las puertas del palacio imperial, matándose a los que no resultaban elegidos; una práctica que cumplía las funciones actuales del aborto. Hasta bien avanzado el Medioevo, durante el cual los profundos cambios ocurridos no logran modificar el hecho de que el matrimonio, y en consecuencia la familia, constituyan un ámbito exclusivo de la vida privada, el infanticidio continúa teniendo una influencia cuantitativa de no poca importancia. Resulta interesante observar que si bien recién a partir del siglo IV, el infanticidio empieza a ser jurídicamente considerado como un delito, habrá que esperar hasta el siglo XVI, para que comience a obtener un cierto rechazo social por parte de las clases populares. Rechazo que coincide, por otra parte, con la necesidad estructural de poseer una familia numerosa. Para decirlo con Aries (1975, p. 439), tres son las etapas más importantes de la muerte infantil hasta hoy. La muerte como un hecho: a) provocado; b) aceptado y por último, c) absolutamente intolerable.

De las múltiples conclusiones de la investigación de Aries (1985), merecen destacarse los siguientes puntos: a) El interés por los niños que nacen en el Medioevo, constituye más una tarea de moralistas que de humanistas; b) Más allá del breve período de dependencia física, el Medioevo percibía como pequeños hombres a una categoría designada claramente hoy como niños; c) La consolidación del descubrimiento del niño en los siglos XVI y XVII, se produce conjuntamente al desarrollo de los sentimientos de orden y vergüenza.

En el siglo XVII podía hablarse ya abiertamente de niños corrompidos, un concepto absolutamente impensable dos siglos antes.

Compartiendo la necesidad del enfoque histórico, existe otra investigación cuya importancia difícilmente puede ser ignorada. Es la obra colectiva dirigida por Lloyd de Mause (1978), dedicada a la historia de la niñez. Las profundas diferencias con las tesis de Aries, responden, entre otros motivos, al hecho de que se parta de un enfoque psicohistórico del tema.

Resulta interesante observar, sin embargo, que las profundas y explícitas críticas a las tesis de Aries, por parte de de Mause (p. 18), responden más a una diferencia de programa de acción (ausente por otra parte en la obra predominantemente descriptiva de Aries), que a una diversa constatación de hechos históricos. Así por ejemplo, la inexistencia del niño en el período anterior al siglo XVII, es explicada, no por la falta de amor de los padres, sino por la falta de madurez emocional para tratar al niño como una persona autónoma (de Mause, 1978, 35). En modo similar a la clasificación realizada por Aries, de Mause establece también una tipología de las etapas de la infancia, pero desde la perspectiva de los diversos momentos de las relaciones entre padres e hijos (de Mause, 1978, 82-83). En el caso del infanticidio, por ejemplo, las afirmaciones de de Mause, confirman y refuerzan lo expuesto por Aries, sosteniendo que dicha práctica fue considerada como normal hasta el siglo XIX (pp. 51-52). Pero las profundas divergencias entre ambos enfoques pueden resumirse en la acusación de de Mause, acerca de la tendencia de las investigaciones socio-históricas a justificar -describiendo sin indignación moral- las crueldades del pasado. Más allá de la polémica, la investigación de de Mause está destinada a mostrar la evolución de la niñez, también como un largo proceso, pero en el cual la lucha por la disminución del sufrimiento moral y físico ocupa un lugar de central importancia. Creada la niñez y abriéndose plenamente la posibilidad de su corrupción (el niño corrupto como sujeto activo o pasivo), se sientan las bases que permiten ocuparse de la niñez abandonada-delincente como categoría específica.

3. El niño abandonado-delincente.

La historia del control social formal de la niñez como estrategia específica, constituye un ejemplo paradigmático de construcción de una categoría de sujetos débiles para quienes la protección, mucho más que constituir un derecho, resulta una imposición.

Por ello, no es causal, que una de las obras pioneras en este campo haya sido denominada *The Child Savers. The Invention of Delinquency* (Los salvadores de los niños. La invención de la delincuencia). (A. Platt, 1969).

Pocas son las negaciones de las libertades jurídicas, no justificadas por el moralismo de los protagonistas de este movimiento. Una situación que facilita la tarea de reconstrucción histórico-crítica en la medida en que no exige una sofisticada labor de interpretación del material de que se dispone, sino más bien una adecuada exposición del mismo.

En las escasas recolecciones de documentos históricos dedicadas al tema de control penal de los menores (W. Sanders, 1970), puede advertirse, objetivamente, una cierta correspondencia con las tesis de Ph. Aries, lo que se refleja en un tratamiento penal predominantemente indiscriminado de los niños

respecto de los adultos, por lo menos hasta fines del siglo XIX. Ello tanto a nivel normativo cuanto en el momento de ejecución de las penas.⁶

Si el siglo XVIII descubre la escuela como el lugar de producción de orden y homogenización de la categoría niño, el siglo XIX se abocará a la tarea de concebir y poner en práctica aquellos mecanismos que recojan y protejan a quienes han sido expulsados o no han tenido acceso al sistema escolar.

Si como se verá mas adelante, 1899 constituye una fecha que marca un cambio fundamental en la historia del control penal de la niñez, existen algunos antecedentes previos cuya mención resulta imposible pasar por alto, en la medida que ayuda a entender la dirección y lógica de los acontecimientos posteriores.

Los primeros antecedentes modernos del tratamiento diferencial en el caso de menores delincuentes, pueden encontrarse en disposiciones relativas a limitar la publicidad de los hechos de naturaleza penal supuestamente cometidos por menores. En ese sentido, existe una ordenanza suiza de 1862, transformada luego en ley especial de 1872, con disposiciones que incluían además la inimputabilidad penal de los menores de 14 años (medidas similares pueden encontrarse en el código penal alemán de 1871). Pero en materia de antecedentes, parecen existir pocas dudas de que la *Norways Child Welfare Act* de 1896, redactada en 1892, aprobada en 1896 y puesta en vigor en el 1900, constituye el documento jurídico más importante. La misma posee ya todas las características del actual derecho de menores (T. S. Dahl, 1985,8). En este sentido, resulta importante dejar en claro aquí, que todas las disposiciones jurídicas de carácter socio-penal (ambos términos nacen y se desarrollan en un proceso de permanente confusión) contenidas en la política de reformas se refieren invariablemente a dos aspectos fundamentales: a) aumento de la edad de la responsabilidad penal, para sustraer a los niños completamente del sistema penal de los adultos, y b) imposición de sanciones específicas para los niños delincuentes.

La evolución y las características de los instrumentos jurídicos destinados al control de los menores, deben, necesariamente, interpretarse a la luz de la conciencia social imperante durante las distintas épocas. Las diversas políticas de segregación de los menores que comienzan a adquirir carácter sistemático a partir del siglo XIX, resultan legitimadas en el contexto científico del positivismo criminológico y las consecuentes teorías de la defensa social que de esta corriente se derivan.

Como la esencia de muchos documentos de la época lo demuestran, la salvaguarda de la integridad de los niños resulta subordinada al objetivo de protección de la sociedad frente a futuros delincuentes (S. J. Pfohl 1977, 311). A la confusión ya señalada, se suma la consideración indiscriminada de los conceptos de delincuencia, pobreza y abuso. Habrá que esperar a nuestros días para asistir a una verdadera organización de la conciencia y reacción social que reconozca el abuso y maltrato a los niños como un problema grave, pero sobre todo, que forma parte de la esfera pública. Ello no debe extrañar, si se toma en cuenta que el castigo a los niños ha sido legitimado por siglos por razones de obediencia, disciplina, educación y religión. Incluso, muchos años después que el infanticidio, como acto explícitamente intencional, haya encontrado una fuerte reprobación jurídica y social, los castigos corporales que excluyeran la

muerte eran considerados, sobre todo si eran rerealizados por familiares de la víctima, como un hecho normal. La primera intervención del estado en el caso de una niña a la que sus padres habían hecho objeto de abusos y maltratos, es no sólo tardía sino además irónicamente premonitoria. En 1875, en un caso que encontró gran eco en la prensa y la opinión pública, la niña Mary Ellen, de 9 años de edad, fue sustraída a sus padres por las autoridades judiciales. La institución que activó el caso fue la Sociedad para la Protección de los Animales de Nueva York. Este hecho coincide con la creación de la New York Society for the Prevention of Cruelty to Children (S. J. Pfohl, 1977, 312).

También la reacción frente al maltrato de los niños, inexistente para la conciencia social durante siglos, ha sido entendida como el resultado de una coalición de intereses que no puede ser atribuida al mero incremento de dichos hechos. Una interpretación digna de tomarse en cuenta, afirma que la lucha por el poder en el seno de la comunidad médica -en este caso referido a los Estados Unidos- a través de la cual los especialistas en radiología intentan superar la función de subordinación a la que otras especializaciones los habían confinado, resulta una causa decisiva en la percepción negativa del maltrato como problema de dominio público (pp. 317, ss).

En este clima político-cultural, se arriba al momento que marca un hito fundamental en las prácticas socio-penales de protección-segregación de la infancia. En 1899, por medio de la Juvenile Court Act de Illinois, se crea el primer tribunal de menores.

En las páginas que siguen se intentará mostrar brevemente las características más relevantes de dichos tribunales, la dirección que imprimen a la política de control de los menores, así como su extensión e implantación en el contexto latinoamericano.

4. El nacimiento de los tribunales de menores.

Inexistentes en el siglo XIX, con la sola excepción de Illinois, para 1930, los tribunales de menores constituyen una realidad en un número considerable de países. Así, y para dar sólo unos pocos ejemplos, los tribunales de menores fueron creados en 1905 en Inglaterra, 1908 en Alemania, 1911 en Portugal, 1911 en Hungría, 1912 en Francia, 1922 en Japón, 1924 en España. En América Latina por su parte, fueron creados en 1921 en Argentina, 1923 en Brasil, 1927 en México y 1928 en Chile.

Como ya se ha dicho, la literatura descriptiva-apologética en tema de menores delincuentes-abandonados, es de una dimensión cuantitativa enorme. Por esta razón resulta imprescindible concentrarse en aquellos momentos de creación y difusión de ideas dominantes constituidos por los encuentros de carácter internacional. En lo que hace a los tribunales de menores, no existen dudas acerca de que el Primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores, realizado en París, entre el 29 de junio y el 1o. de julio de 1911, constituye un documento clave en la tarea de reconstrucción histórica propuesta⁷. Difícilmente puede imaginarse una concurrencia más nutrida que la que participó en el Congreso, en el que se encontraban presentes las máximas autoridades francesas en la materia, así como delegados oficiales y de instituciones privadas de casi la totalidad de los países europeos y los EE.UU. Tres son las presencias latinoamericanas: Cuba, El Salvador y Uruguay, sin que

exista ningún elemento que permita suponer que se trató de una participación meramente formal y marginal.

Los temas del Congreso resultan altamente representativos del debate de la época, pudiendo resumirse en los siguientes tres puntos:

a) Debe existir una jurisdicción especial de menores, sobre qué principios y directivas deberán apoyarse dichos tribunales para obtener un máximo de eficacia en la lucha contra la criminalidad juvenil

b) ¿Cuál debe ser la función de las instituciones de caridad, frente a los tribunales y frente al estado

c) El problema de la libertad vigilada o probatoria. Funciones de los tribunales después de la sentencia.

El propio temario del Congreso, que abría el camino para la aprobación unánime de la creación de los tribunales de menores franceses un año después, ofrece algunas indicaciones de considerable importancia. La segunda parte de la primera pregunta pone en evidencia el carácter meramente retórico acerca de si debe existir una jurisdicción especial de menores. El detalle tiene su importancia ya que el fuerte moralismo que impregna todos estos temas determina la existencia de un altísimo nivel de consenso. Salvo pequeñas excepciones, las contradicciones en este campo delo jurídico se caracterizan por la marginalidad y banalidad de los argumentos. Tampoco puede pasarse por alto el hecho de que la segunda parte de la primera pregunta ofrece las bases que permitirán subordinar la tarea de salvaguarda de los niños a las exigencias de la *defensa social*. El segundo tema, por su parte, legitima dando por descontado la participación de instituciones de carácter privado en la delicada tarea del control de los menores.

El tercer tema, constituye uno de los puntos más espinosos del derecho de menores, un aspecto que conserva toda su vigencia y que se refiere fundamentalmente a la imposición de condenas de carácter indeterminado, así como a la intervención de la justicia penal respecto de comportamientos no criminales de los *menores*.

Pero la verdadera importancia del Congreso de París, no proviene, ni de la enorme adhesión que recoge, ni de su representatividad en el mundo político-judicial. Su carácter de momento decisivo en la historia del control socio-penal de los niños, proviene, sobre todo, del hecho de que por primera vez se exponen en forma sistemática todos aquellos temas que con pequeñas variaciones constituyen hasta hoy una constante recurrente en la abrumadora mayoría de los discursos oficiales sobre el menor abandonado-delincuente.

Dos son los motivos más importantes, declarados por el Congreso, que sirven para legitimar las reformas de la justicia de menores: las espantosas condiciones de vida en las cárceles, en las que los niños eran alojados en forma indiscriminada con los adultos y la formalidad e inflexibilidad de la ley penal, que obligando a respetar, entre otros, los principios de legalidad y de determinación de la condena, impedían la tarea de represión-protección, propia del derecho de *menores*.

La atribución de un carácter revolucionario a estas reformas por parte de sus receptores -el contexto latinoamericano resulta un buen ejemplo de ello - constituye la interpretación subjetiva y absolutamente errónea.

En el discurso de apertura del Congreso, Paul Deschanel, diputado y miembro de la Academia Francesa, se encarga de afirmar lo contrario en forma clara y explícita: Estas conferencias son necesarias para demostrar que las reformas que queremos no tienen nada de revolucionario y que pueden ser realizadas sin alterar sustancialmente los códigos existentes, con una simple adaptación de las viejas leyes a las necesidades modernas (Actas, 1912, 48).

Pero la protección y preservación de los jóvenes en peligro moral no constituye el único motivo declarado de la legitimación de estos tribunales. En el final de su discurso de apertura del Congreso, Deschanel expone otros motivos que ayudan a comprender la real dimensión de los problemas planteados: Yo me siento muy feliz de poder transmitir una fé profunda en el futuro de los tribunales para niños. Tengo la certeza que en algunos años todos los países civilizados los habrán completamente organizado. Estos tribunales se transformarán en todas partes, en centros de acción para la lucha contra la criminalidad juvenil. No sólo ayudándonos a recuperar la infancia caída, sino también a preservar la infancia en peligro moral. Estos tribunales podrán transformarse además, en auxiliares de la aplicación de las leyes escolares y las leyes del trabajo. Alrededor de ellos se agruparán las obras admirables de la iniciativa privada, sin las cuales la acción de los poderes públicos no podría ser eficaz. Al mismo tiempo que mantienen la represión indispensable, suministrarán una justicia iluminada, apropiada a quienes deben ser juzgados. Serán al mismo tiempo la mejor protección de la infancia abandonada y culpable y la salvaguarda más eficaz de la sociedad (Actas, 1912, 49).

De la lectura completa de las discusiones y propuestas de las Actas del Congreso y su comparación con las resoluciones conclusivas (Actas, 1912, 683-685), puede apreciarse con facilidad la influencia concreta del delegado americano. La enorme legitimación a priori de su presencia se debía al hecho de representar al país, no sólo pionero en la materia, sino en el cual la política socio-penal de menores alcanza el punto más alto de realizaciones administrativas concretas. Por ello no puede pasarse por alto el hecho de que los juristas europeos de la época que se ocupan del tema, alaben permanentemente el pragmatismo y la flexibilidad de los americanos que se refleja en el desapego absoluto a las formas dogmático-jurídicas. Razón de más tiene A. Platt (1969, 46), en afirmar que si los europeos se caracterizan por su contribución al desarrollo de la teoría penal, los americanos que se ocupan del problema representa una posición dominante en materia de administración de la cuestión penal. La contribución del delegado americano al Congreso de París, cuyos puntos más importantes conviene recordar aquí, confirma plenamente las afirmaciones de Platt.

La claridad de la intervención del delegado americano, C. R. Henderson, exime la más de las veces de realizar interpretaciones o comentarios adicionales, los que por este motivo pueden ser reducidos al mínimo indispensable. Puede decirse en todo caso, que el enfoque de Henderson, parte de la eliminación total de cualquier tipo de relativismo fijando categorías absolutas y universales amparadas en el marco científico del positivismo. De este modo afirma que:

En primer lugar, la psicología ha demostrado la existencia de diferencias radicales entre los niños y los adultos, poniendo de relieve los rasgos característicos de la adolescencia.

El niño no es más un adulto en miniatura, ni un cuerpo, ni en espíritu: es un niño. Posee una anatomía, una fisiología y una psicología particulares. Su universo no es más el del adulto. No es un ángel ni un demonio; es un niño. El estudio de la infancia se ha convenido en una rama de una ciencia especial. La difusión del resultado de estas investigaciones ha producido una revolución en los métodos educativos... Los principios de las investigaciones, han dejado de ser teorías abstractas y especulativas, para transformarse en generalizaciones producto de hechos y experiencias empíricas. Las escuelas-reformatorios, se han convertido en verdaderos laboratorios de ciencias pedagógicas. En todos los países civilizados, asociaciones de carácter filantrópico han puesto en pie iniciativas en favor de los niños abandonados. Sus integrantes han descubierto simultáneamente, las necesidades del niño y los errores de los procedimientos legales. Muchas de estas personas son juristas de profesión (Actas, 1912, 56).

Si el siglo XVIII, fija la categoría social del niño tomando como puntos de referencia la escuela, al inicio del siglo XX, se asiste a la fijación de la categoría socio-penal del "menor" que tiene como puntos de referencia la ciencia psicológica, y una estructura diferenciada de control penal.

Que no toda la política de reformas responda a meras razones humanitarias, consecuencia de un cambio en la conciencia social que descubre la incapacidad y debilidad de la categoría niños, parece fuera de discusión, sobre todo si se tiene en cuenta lo expresado por Henderson en el sentido de que:

El movimiento democrático de este siglo ha provocado un acercamiento de las clases sociales anteriormente desconocido. En consecuencia, son numerosas las personas que comprenden los peligros de las familias obreras y pobres. He aquí, otra influencia que favorece una modificación del derecho penal y procesal (Actas, 1912, 57).

Que los impulsores de las reformas se encarguen de repetir y subrayar el carácter no revolucionario de las mismas, se explica por el hecho de que se trata más bien de introducir aquellos cambios de tipo procesal que permitan la discrecionalidad absoluta de las medidas a adoptar, evitando el conflicto con las teorías penales dominantes. Para que el Estado pueda ejercer las funciones de protección y control (resulta imposible separar ambos términos), es necesario modificar radicalmente los principios procesales propios del derecho iluminista. Ello se logra, en primer lugar, anulando la distinción entre menores delincuentes, abandonados y maltratados, una propuesta que había encontrado eco concreto en la Resolución III del VIII Congreso penitenciario realizado en Washington en 1910.

Pero la piedra angular de las reformas se basa en alterar sustancialmente las funciones del juez. El delegado belga al Congreso de París, el famoso Profesor de Derecho Penal A. Prins, afirma que la jurisdicción de menores debe poseer un carácter familiar y que el juez de menores debe ser un padre y un juez de vigilancia. (Actas, 1912, 61). Con tonos diversos, todos los delegados coinciden en el principio anterior, cuyo requisito de plena realización pasa por la anulación de la figura de la defensa. En este sentido, resultan claras las palabras del delegado italiano, que citando a Garófalo, afirma: ... la intervención del defensor no parece necesaria, porque a menudo, en nuestro país, la defensa no se limita -escribe Garófalo- a ofrecer excusas por los peores actos delictivos, sino además a hacer su apología (Actas, 1912, 250-251).

Con pequeñísimas variaciones, los asistentes al Congreso coinciden en la necesidad de las sentencias de carácter indeterminado. Si la condición indispensable para la protección es la sentencia, sólo una sentencia de carácter indeterminado podrá convertir a la protección en un hecho permanente. La delegada belga por la Comisión Real de Patronatos, Madame Henry Carton de Wiart, lo expone con estas palabras:

La medida de la puesta en libertad vigilada debe revestir las características de una sentencia indeterminada. Un término fijo constituye una protección temporaria. Una sentencia indeterminada convierte la protección en permanente (Actas, 1912, 545).

Con la clausura del Congreso, se abre una nueva etapa en la política de control-protección, de toda una categoría de sujetos cuya debilidad o incapacidad debía ser sancionada jurídica y culturalmente. Pese a las funciones centrales que otorga a las instituciones privadas, el estado se reserva en la práctica la organización y supervisión de una asistencia socio-penal, no disturbada por exigencias de seguridad o garantías jurídicas. Se sientan de este modo las bases de una cultura estatal de la asistencia, que no puede proteger sin una previa clasificación de naturaleza patológica. Una protección que sólo se concibe en los marcos de las distintas variantes de la segregación y que por otra parte reconoce al niño, en el mejor de los casos, como objeto de la compasión, pero de ningún modo como sujeto de derechos.

Sin pretender que el punto anterior constituya una descripción y análisis exhaustivo de la nueva política del control de los menores, el mismo proporciona el marco imprescindible de referencia para entender la dirección que asume la política de menores en el contexto latinoamericano. De modo similar que en otros campos del derecho, los juristas latinoamericanos redescubrirán el problema del control socio-penal de los *menores*, en un marco conceptual previamente formulado. Una mayor influencia de las corrientes antropológicas en criminología, más los problemas derivados del proceso masivo de inmigración en muchos países de la región, constituirán los rasgos diferenciales de un problema, del que por diversas razones, sólo se sentarán aquí algunas bases para la discusión.

5. El control socio-penal de los niños en América Latina.

Faltan en América Latina investigaciones que en el campo de la historia social den cuenta de la especificidad del proceso que crea y fija la categoría de la niñez.⁸

Los escasos datos disponibles para el período anterior y posterior a la conquista, carecen de la sistematicidad mínima que permita su utilización a los fines concretos de comprender los rasgos característicos del control socio-penal de la infancia durante dicho período.

Resulta claro, sin embargo, que el descubrimiento del niño delincuente-abandonado como problema específico en el campo del control social, remite a los comienzos del siglo XX.

Hasta bien entrado el siglo XIX, el retribucionismo contractualista de los (incipientes) códigos penales imperantes, acostumbraba a distinguir con una cierta claridad entre menores delincuentes infractores de la ley y menores abandonados o en estado de peligro moral. En términos generales, se fijaba la edad de nueve años como límite de la inimputabilidad absoluta, adoptándose

para los mayores de dicha edad los confusos criterios del discernimiento para decidir, por parte de los jueces penales ordinarios, la posibilidad de aplicar las sanciones correspondientes.⁹

Es obvio que el movimiento que se estaba gestando en Europa y que sucintamente fue descrito en el punto anterior, no podía pasar inadvertido en América Latina.

El positivismo científico criminológico, importado en su versión antropológica más ortodoxa, aunque como podrá apreciarse, bajo un manto psicologista, encontró en el problema de los menores, un campo ideal para extender y consolidar su poder frente a los representantes del dogmatismo jurídico.

Bajo el telón de fondo de los agudos conflictos sociales, que generaba una reubicación subordinada en el mercado internacional en las primeras décadas del siglo XX, la creación de los tribunales de menores aparecía como la respuesta más adecuada, aunque como se verá, insuficiente para el control de potenciales infractores del orden.

Contemporáneamente, e incluso antes que en algunos países europeos, los tribunales de menores, como ya se señaló, fueron creados en 1921 en Argentina, 1923 en Brasil, 1927 en México y en 1928 en Chile, sólo para dar algunos ejemplos.

Si se toma la Argentina como ejemplo paradigmático¹⁰, puede percibirse que las metáforas utilizadas para legitimar esta nueva estructura jurídica, responden a los contenidos de una clase dirigente agrícola-ganadera. En las palabras del director de la Sección de Menores de la Policía de Buenos Aires, los tribunales de menores se creaban "Por la salud física de la raza, por su salud moral, por el porvenir de las nuevas generaciones, por la grandeza de la patria; es indispensable cuidar la cosecha humana y prestar a la infancia la atención que se merece...El Gobierno y la sociedad argentinos han dado repetidas pruebas de lo que les preocupa la solución de este problema, con la promulgación de la ley 10.903, creando los Tribunales de Menores, la habilitación de la Alcaldía de Menores como casa de observación y clasificación médico-psicológica de la infancia abandonada y delincuente..." (C. de Arenza, 1927, 36).

Pero la nueva ley abre nuevos problemas. Uno de los más importantes se refiere a la intervención judicial frente a los casos de abandono material o moral de la infancia (es decir, frente a aquellos comportamientos no delinquentes). Pese a que difícilmente pudiera concebirse una interpretación más amplia del abandono material o moral, que la contenida en el art. 21 de la ley 10.903 (denominada ley Agote, la que incluye la venta de periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos...), el hecho de que los jueces de menores sólo puedan intervenir en los casos en que los menores comparezcan como autores o víctimas de un delito, plantea un problema de central importancia para una cultura político-social, que sólo concibe la protección como una forma de control represivo.

El empeño por borrar todo tipo de distinción entre *menores* delinquentes y abandonados, se convierte en la profecía que se autorrealiza. C. de Arenza, lo expresa con estas palabras: Se da el caso de ser necesario en determinados casos, simular o acusar al niño de una contravención, para que la acción protectora del Estado pueda realizarse en su beneficio (p. 38).

La cuestión de los menores abandonados-delincuentes, es puesta en sus orígenes en términos tales, que sólo la eliminación de todo tipo de formalidades jurídicas constituye la única garantía eficaz de las tareas de protección-represión.

Dicho con palabras de E. Zaffaroni (1984), es la minimización formal del control para lograr el máximo de represión material. Por ello es que en términos generales, la política de reformas no se agota en la creación de una jurisdicción separada de la de los adultos. Se trata además de elevar en la medida de lo posible la edad mínima de la inimputabilidad, para aumentar cuantitativamente la franja de la población, en el mejor de los casos objeto de la protección, pero despojada de todas las garantías formales del proceso penal.

Un jurista brasileño de la época, ofrece una síntesis de estas ideas con una claridad que exime de todo comentario: El carácter principal de esos tribunales (de menores) es la simplicidad. Simplicidad en la organización. Simplicidad en las prácticas de juzgamiento. Simplicidad en la aplicación de las medidas de carácter coercitivo... (un) tribunal numeroso equivaldría a la muerte de esta luminosa creación. Basta un juez para juzgar. Pero ese juez debe ser exclusivamente un juez para menores: no debe, no puede, ejercer otra función".

"Si en las grandes ciudades, o en las regiones donde el coeficiente de la criminalidad es más elevado, resulta necesaria la creación de diversas especializaciones del crimen, también es imperioso que se designen jueces especiales para el juzgamiento de los menores. Tales jueces tienen la función espinosa y difícilísima de familiarizarse con ese mundo misterioso y quizás impenetrable que es el alma infantil. Cada uno de ellos será un juez calmo y amoroso, dedicado a su sacerdocio, juez-padre, es la expresión que mejor debería caracterizarlo. Nada de formalidades perjudiciales. Nada de requisiciones públicas. Nada de acusación y de defensa".

"El criterio adoptado es este: segregar al acusado del público, principalmente de otros menores. No admitir, sino en casos particulares, la acusación, que busca siempre ensombrecer el cuadro, argumentando la culpa del acusado, ni de la defensa que, intentando atenuar la culpa, podrá conducir al cerebro del menor a la convicción, de que el hecho delictuoso de que es hecho reo, es una banalidad, una acción trivial, perdonable, que podrá repetir a voluntad entregándose a sus pasiones, sin riesgo de punición".

El juez actúa como padre. Es lo que afirma el juez tutelar de Chicago. Eminentemente juzgador de centenares de menores acusados de faltas más o menos graves" (L. Britto, 1924, I, 79-80).

La confianza ciega en la científicidad de los instrumentos de la medicina, biología y sobre todo de la psicología criminal, utilizados desde la óptica del positivismo, determina objetivamente la destrucción del principio de legalidad. El delincuente -sobre todo el niño- no es más el infractor comprobado de la ley, sino toda una categoría de sujetos débiles a quienes los instrumentos científicos permiten exactamente detectar como potenciales delincuentes. La labor del laboratorio de biología infantil de Río de Janeiro, inaugurado en 1936, copia del centro médico pedagógico de observación de Roma de 1934, constituye un buen ejemplo de las tendencias enunciadas anteriormente. Para decirlo con palabras de su director: Estos centros de investigaciones biológicas de la

infancia y de la adolescencia deben ser... dotados de todos los medios indispensables, tanto en material como en personal, para admitir, en cuanto fuera posible, reunir la información que facilite el conocimiento de la vida de los menores delincuentes o abandonados antes de la práctica del delito... (L. Ribeiro, 1938,226).

La obsesión por clasificar, ordenar y estudiar el desarrollo de los menores delincuentes-abandonados, permitiría suponer que estas investigaciones ofrecen un cuadro cuantitativo bastante aproximado del panorama general de esta categoría de sujetos débiles. Nada más lejos de la verdad. La descomunal vaguedad e imprecisión de las definiciones normativas y científicas, determinan que los únicos datos disponibles se refieran al estrecho mundo de la anormalidad segregada. Las características del niño delincuente-abandonado, resultan de los rasgos de aquéllos capturados en algunas de las múltiples instituciones totales de la protección-represión.

En relación al carácter indeterminado de la sentencia, demás está decir que salvo escasas excepciones, el consenso al respecto resulta unánime.

La posición del educador y jurista mexicano. M. Velásquez Andrade (1932), constituye una de las pocas excepciones a la corriente dominante de la época. Es obvio, sin embargo, que su posición no se origina en una preocupación por la ruptura del principio de legalidad, ni mucho menos por el temor a la violación de ciertas garantías jurídicas. Su posición, responde a exigencias de eficacia en la tarea de represión de la delincuencia juvenil desde la óptica de la defensa social. Pero la posición de Velásquez Andrade resulta más curiosa aún, si se toma en cuenta su firme determinismo biológico en la percepción de la delincuencia: Al anormal debe considerársele siempre como un delincuente en germen y tratársele con una profilaxis educativa y social adecuada (M. Velásquez Andrade, 1932, 49).

En todo caso es claro el contraste de su opinión con las ideas de su tiempo: Conocemos muchos casos de delitos juveniles cuya causa es la incertidumbre de la duración de la reclusión que siempre se considera injusta. La resolución de un juez que sentencia reclusión ilimitada para un adolescente o joven, sin más término que el que se requiere para su educación o preparación para el trabajo, es contraproducente para el mismo interesado...Cuando el joven delincuente no conoce el tiempo que durará extinguiendo su pena lo vemos entregarse a un desfallecimiento moral constante, a una abulia difícil de vencer, a una repugnancia por todo esfuerzo aún en su propio beneficio...La conducta mala de estos jóvenes parece irreducible a términos deseables; no así la de aquéllos que sentenciados a X tiempo es del todo distinta. Tiene una fecha siempre en espera de alcanzar, se observa en ellos un anhelo en no retardarla o alargarla con nuevos delitos o reincidencias; se esfuerzan por aparecer, si realmente no lo están, arrepentidos e influenciados por el tratamiento educativo por el trabajo o por el ambiente higiénico de que están rodeados (M. Velásquez Andrade, 85-86).

Citar la posición de Velásquez Andrade (haciendo abstracción de su estilo críptico), posee el doble sentido de, por una parte, mostrar los argumentos de una voz disonante respecto del delicado problema de la determinación - indeterminación de las sentencias y por la otra, comprender que dichas contradicciones no afectan la esencia de la cultura dominante en este plano de

lo jurídico. Más aún, que la protección de los *menores*, resulta subordinada a las exigencias de represión y control, parecen ser un punto fuera de discusión en el discurso de Velásquez Andrade. Los motivos de carácter político-estructural señalados en términos generales al comienzo de este punto, resultan transparentes. Más allá de consideraciones de carácter racista, por lo demás bastante común en la época, las propuestas de Velásquez Andrade no hacen abstracción de la conflictividad social imperante. Su experiencia proveniente de la Casa de Orientación para Varones, eufemismo para designar a un instituto cerrado de detención de menores, fundado en 1921 en Tlalpan, México, lo conduce a afirmar: Organizada y administrada la Casa de Orientación para Varones, tal como está funcionando dentro de una tradición no exenta del carácter de prisión y tomando en cuenta la condición social de donde provienen los menores delincuentes, la disciplina cívico-militar es la más apropiada (p. 59).

Sin pretender en lo más mínimo reducir la enorme influencia de los desarrollos americanos y europeos en la política latinoamericana de menores, un balance provisorio de lo dicho hasta aquí podría conducir a la conclusión errónea, de pensar que los proyectos y realizaciones en este campo en América Latina, constituyen un mero reflejo de los acontecimientos en los países desarrollados. Existen sin embargo, algunas indicaciones en contrario.

Para mediados de los años 30, se asiste en el campo de la teoría criminológica a un movimiento que teniendo como epicentro la Argentina se extiende a todo el continente. En los límites de la antropología criminal, se desarrollan cada vez con mayor fuerza, corrientes psicologistas y pedagógicas que ponen en duda los fundamentos mismos de los mecanismos punitivos: la ley, el juez y la pena aparecen como los mayores imputados.

El desarrollo de estas tendencias no permanece en los límites estrechos de los gabinetes médicos o incluso de las universidades (cuya importancia en la época no debe subestimarse). Entre 1884 y 1937, cuatro proyectos de organización de instituciones para menores fueron presentados al Parlamento argentino (1884, 1919, 1923, 1937), como puede apreciarse, dos de ellos son anteriores incluso a la creación de los Tribunales de Menores. Conviene transcribir aquí un breve extracto de los fundamentos del proyecto de 1923, ya que resulta altamente representativo de las ideas dominantes: Aislar al menor -dice-, estudiarlo a la luz de la observación cotidiana, por el hombre de ciencia, significa poner de relieve la enfermedad: presentar el diagnóstico y ensayar el régimen de curación adecuado (Diario de Sesiones de la H. C. de Diputados de la Nación del 16 de agosto de 1923).

Los términos del conflicto dominante en la época, hacen referencia al contraste de un enfoque jurídico y un enfoque médico-psicológico de la criminalidad. El problema de la inimputabilidad, aparece explícita o implícitamente al centro del debate. Además está decir, que las corrientes médico-psicológicas se batían por un aumento de la edad de la inimputabilidad en términos de las leyes penales. La asunción consecuente de estas posiciones conduce paradójicamente a exigir la abolición de los Tribunales de Menores. En los términos en que la cultura dominante concibe la protección de sus sujetos más débiles, las únicas formalidades admitidas son las de carácter puramente disciplinario.

Difícilmente puede encontrarse un ejemplo más claro de medicalización de los problemas sociales, del que a continuación se transcribe:

No habiendo castigo para los niños delincuentes, sino acción protectora del Estado, qué significación tendrían los tribunales para menores Serían absolutamente inútiles.

Si las cortes juveniles constituyen un perfeccionamiento de las instituciones jurídicas de los Estados Unidos y de Europa, nosotros podremos resolver nuestro problema con un criterio más moderno y dar un paso más decisivo aún en el sentido del progreso.

Todo niño que hubiese cometido un acto antisocial sería llevado directamente al Instituto de Observación y Clasificación del Departamento Nacional del Niño, y de ahí, después de un prolijo estudio médico-psicológico, al establecimiento más adecuado para su tratamiento médico-pedagógico. Para un criterio estrictamente científico, el propósito es proteger y no castigar. El tribunal por lo tanto es innecesario (A. Foradori, 1938-343).

Independientemente de las intenciones declaradas, las corrientes psicológicas de la antropología criminal cumplen la obra más gigantesca de negación y mistificación de los profundos conflictos estructurales que atraviesan a las sociedades latinoamericanas. Una vez más, las interpretaciones resultan superfluas e innecesarias, frente a la claridad de los protagonistas de la época:

Insistiremos en el punto de vista clínico-psicopedagógico. Aquéllos que hablan de la niñez abandonada y delincuente como problema social, sólo quieren ver las consecuencias de un proceso y no su génesis y evolución (A. Foradoni, 1938, 343).

En las décadas de los 40 y 50 comienza un lento y contradictorio proceso de legitimación cultural de las distintas corrientes bio-psico-antropológicas que fundamentan el derecho de *menores*. Ello no significa, sin embargo, en los hechos, una alteración radical de los rasgos esenciales de la política anterior. La indeterminación de las penas, la confusión entre menores delincuentes y abandonados, la lucha permanente por el aumento o disminución de la edad de la imputabilidad penal, pero por sobre todo el ejercicio de la protección a través de las múltiples variantes de la segregación, permanecen como temas (y hechos) centrales en el discurso y la práctica oficiales.

El rasgo más característico, a partir de la década de los 40, aparece representado por la internacionalización¹¹ y la sociologización del tema menores. El primer elemento no es nuevo. Ya en 1924, los Tribunales de Menores habían sido un tema central del III Congreso Latinoamericano de Criminología celebrado en Buenos Aires en 1938. A propósito de este último Congreso, resulta interesante poner de relieve que en sus resoluciones aparece, objetivamente, expuesta una contradicción que la política de protección-represión no ha podido resolver hasta hoy. En el mismo proyecto de declaración se establece: que la distinción entre menores delincuentes y menores abandonados es ineficaz para el mejor tratamiento de los mismos, y unas líneas más adelante, que el principio de la estricta legalidad de los delitos y de las sanciones debe mantenerse en el derecho positivo como garantía de las libertades individuales, que consagran todos los regímenes democráticos de América.

De todos modos será recién con la introducción de las corrientes sociológicas norteamericanas sobre el tema menores, que la internacionalización del discurso comienza a adquirir mayor peso.

El problema de los menores, es tema del Congreso Panamericano del Criminalista, Santiago de Chile, 1944, del I Congreso Panamericano de Medicina, Odontología Legal y Criminología, La Habana. 1946, de la I Conferencia Panamericana de Criminología, Río-San Pablo, 1947, del Seminario Latinoamericano sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Río de Janeiro, 1953 y del II Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino, San Pablo, 1955 (para citar sólo los más importantes).

Pero la internacionalización del discurso sobre el menor, que alcanza su punto más alto en la década de los 60, no puede reducirse a un mero intercambio de enfoques, originados en distintos contextos nacionales. La hegemonía de las teorías criminológicas norteamericanas, durante dicho período en el contexto latinoamericano, difícilmente se expresa en otra área con más fuerza y claridad que en el campo de la Juvenile Delinquency.¹²

Vagas referencias de carácter estructural, desajustes emocionales, fallas en la personalidad y padres divorciados, sustituyen a la anormalidad física, la decadencia de la raza y la amoralidad de los inmigrantes, en la legitimación de recurrentes prácticas de clasificación, segregación y privación de todo tipo de derechos y garantías. En nombre de la reeducación, las medidas tutelares se constituyen en el eufemismo que designa y legitima las nuevas formas de segregación. Una indicación interesante de este desarrollo es el uso esquizofrénico del término *menor delincuente*. Pero la mala conciencia, no se traduce, curiosamente, en lo más mínimo en un replanteo profundo o radical de los términos del problema. Por el contrario, la capilaridad del control social activo de los países desarrollados se refuerza como aspiración explícita y objetivo a lograr. En efecto, se afirma, no puede medirse con la misma vara la situación de Chile y los Estados Unidos. Mientras en nuestro país se considera - aunque impropia-mente- delincuente al menor que comete un acto que, de haber sido cometido por un adulto, constituiría delito, en EE. UU. el término delincuencia comprende una gran variedad de actos o de formas de conducta que, en su mayoría, no son perseguibles cuando su autor es un adulto: por ejemplo, en la descripción jurídica de delincuencia entran las situaciones siguientes: faltar habitualmente a la escuela, ser incorregible, eludir la autoridad del padre o tutor, comportarse de manera inmoral o indecente, vagar de noche por las calles, sin justificación, dedicarse a ocupaciones ilegales, etc (J. Peña Nuñez, 1960, 9).

El principio de la legalidad resulta así un lujo para sujetos fuertes, que en el caso de la delincuencia habitual, los mecanismos de criminalización secundaria se ocuparán de dar contenido concreto. Para los *menores*, el tratamiento reservado es otro, aunque el Juez llegue a la conclusión de que el hecho no se ha cometido o que al menor no le ha cabido participación en él, podrá aplicar las medidas de protección que establece la ley, si dicho menor se encontrare en peligro moral o material (J. Peña Nuñez, 1960, 18).¹³

7. A modo de conclusión.

Las tendencias que emergen en el período de los 60, tienden a consolidarse en la década de los 70. Pero mientras buena parte de las instancias oficiales

legitimaban viejas políticas, con la creación de discursos abiertos y espacios cerrados, la incipiente criminología crítica latinoamericana se (nos) desentendía (mos) de ciertos problemas catalogados como meros reflejos de condicionantes estructurales. Transformaciones de carácter general, ofrecerían en su momento, las soluciones adecuadas. En todo caso, el desafío actual no es simple. Tampoco se trata de un giro de 180 grados en nombre de un realismo que pone entre paréntesis hasta nuevo aviso la crítica profunda.

La política jurídica y social en el campo de la *minoridad* constituye la cara opuesta de un problema banal. El abandono de la lucha por un respeto riguroso de los derechos y garantías jurídicas y sociales de la infancia, encierra el riesgo potencial de que todo el derecho penal, se transforme en un *derecho penal de menores*.

La informalidad de los mecanismos formales de control socio-penal de los menores debe ser puesta en evidencia para sacar las conclusiones que permitan la elaboración de una política social basada en el respeto a ultranza de los derechos humanos.

He excluido, deliberadamente, de este trabajo, el estudio de la casuística normativa de los últimos años, pero no porque me parezca poco importante o porque crea que el tema es patrimonio exclusivo de los penalistas. Por el contrario, el derecho de menores, así como todas las prácticas de intervención sociopenal, me parecen de una importancia tal, que requieren la estrecha colaboración de otras disciplinas (piénsese, por ejemplo, en las carencias en el campo de la historia social señaladas al comienzo).

Se trata, en definitiva, de un cambio en los patrones culturales que demuestre la absurdidad de pensar en la protección de los sectores débiles de nuestra sociedad, sólo en los estrechos marcos de declarar su incapacidad y condenarlos a la segregación.

Notas

(1) En una reciente investigación comparada, sobre las actuales legislaciones en materia de drogas, se arriba a la conclusión de que se asiste claramente a una tendencia en el contexto internacional, a que las disposiciones normativas pertinentes, se aparten de los principios generales del Derecho (UNSDRI, 1987). La política del tratamiento de la adicción a las drogas, en los marcos del Derecho Penal, constituye, quizás, uno de los mejores ejemplos.

(2) La palabra garantista, de dudosa existencia en la lengua castellana, remite claramente a una vertiente importante de la cultura jurídica italiana. Se designa con ella, al respeto consecuente de los principios fundamentales del Derecho (penal) liberal moderno.

(3) Resulta interesante observar la confusión casi sistemática en el uso de los términos *niño - joven*. La protección es casi siempre del niño, la delincuencia es casi siempre juvenil. Ello, aunque los sancionados penalmente sean de menor edad que los *protegidos*.

(4) Para un panorama general de la perspectiva histórico-crítica puede consultarse el trabajo de B. Krisberg; J. Austin (1978).

(5) Se sigue en este punto los resultados de las investigaciones históricas de Ph. Aries, (1979) y (1985).

(6) Para el período anterior a la mitad del siglo XIX, las disposiciones jurídicas que toman en consideración la edad, a los efectos de imposición de sanciones

penales, pueden ser consideradas como la *prehistoria* del Derecho Penal de menores. Muy poco es lo que se sabe de esta *prehistoria*, ya que no existen investigaciones específicas. Sin que ello signifique alterar en lo más mínimo la afirmación anterior, se transcribe aquí un viejo texto del jurista inglés William Blackstone (*On the criminal responsibility of Children under the Common Law*, 1769), que proporciona una idea aproximada del pensamiento imperante antes del movimiento de reformas que comienza en 1889: "...los niños (Infants), que no han llegado a la edad de la razón, no deberían ser pasibles de prosecución criminal alguna.) Cuál es la edad de la razón , es una cuestión que varía en los diferentes países. La ley civil clasificaba los menores de edad, o sea aquellos por debajo de los veinticinco años, en tres etapas: *infantia*, desde el nacimiento, a la edad de siete años; *pueritia*, de siete a catorce; y *pubertas*, de catorce en adelante. La etapa de *pueritia* o niñez, resulta a su vez subdividida en dos partes iguales: de siete a diez y medio, es la *aetas infantias proxima*; de diez y medio a catorce, la *aetas pubertati proxima*. Durante la primera etapa de la infancia y la siguiente media etapa de la niñez, *infantiae proxima*, eran punibles por ningún tipo de crimen. Durante la otra media etapa de la niñez, acercándose a la pubertad, de diez y medio a catorce, eran en efecto punibles en caso de ser declarados *doli capaces*, o sea capaces de hacer el mal; pero con diversos atenuantes y sin aplicar el máximo de la ley. Durante la última etapa (de la edad de la pubertad y en adelante), los menores eran punibles ya sea con la pena capital, que con los otros tipos de penas.

La ley en Inglaterra en algunos casos privilegiaba el *infant* , por debajo de los veintiún años, con respecto a delitos menores para evitar multas, cárcel y similares: y en particular en casos de omisión, tales como no reparar un puente o una calle u otros delitos similares; ello por no tener acceso a su patrimonio hasta los veintiún años. Pero en los casos de una notable perturbación del orden público, amotinamientos, agresiones o símiles (que los niños en edad adulta son por lo menos tan propensos a cometer como los adultos), los niños de más de catorce años de edad son pasibles de recibir todas las sanciones que les corresponderían a los mayores de veintiún años.

En relación a los crímenes (felonies), la ley es aún mas casuística y estricta, haciendo diferencia entre los varios niveles de edad y discreción. De acuerdo al antiguo Derecho sajón, se establecían los doce años como la posible edad de la razón...de allí en adelante hasta los catorce años, se entraba en la *aetas pubertatis proxima*, en la cual podía o no ser considerado culpable de un delito, de acuerdo con su capacidad o incapacidad personal.. Esta última constituía la etapa en que se dudaba acerca de si habían llegado o no a la edad de la razón.; pero por debajo de los doce años se entendía que no podía ser considerado en posesión de una voluntad culpable. Por otra parte, luego de los catorce años, la inocencia no podía ser supuesta sin más, en los casos de haber cometido un crimen punible con la pena capital. Pero de acuerdo a la ley vigente, que existe por los menos desde la época de Eduardo III, la capacidad de discernir acerca de la maldad de un acto y de asumir la culpa, no resulta tanto medida por su edad en años y días, sino por la capacidad de discernimiento del delincuente. Un niño de once años puede poseer tanta o más malicia que uno de catorce, y en estos casos, la máxima es que *malitia supplet aetatem* (la malicia reemplaza la edad). Por debajo de los siete años,

en realidad, un niño no puede ser reo de un crimen, ya que la discrecionalidad criminal es casi una imposibilidad natural, pero a los ocho años de edad puede, sin embargo, ser reo de un crimen. Tampoco por debajo de los catorce años, aunque un niño constituye *prima facie*, un sujeto *doli incapax*; si a juicio de la corte y el jurado es considerado *doli capax* y en condiciones de discernir entre el bien y el mal, puede ser sentenciado y condenado a muerte. De este modo una niña de trece años ha sido quemada en la hoguera, por el homicidio de su amado un niño de diez y otro de nueve años de edad, que habían matado a sus compañeros, fueron sentenciados a muerte y el de diez fue efectivamente ahorcado, ya que resulta del proceso, el hecho que uno de los homicidas se dio a la fuga, mientras el otro ocultó el cuerpo de la víctima, hechos que denotaban claramente la conciencia de la culpa y la capacidad para discernir entre el bien y el mal.

Hubo un caso en el siglo pasado en el que un niño de ocho años, fue juzgado en Abingdon por incendiar dos graneros y demostrándose que actuó con malicia, venganza y astucia, fue considerado culpable y condenado a morir en la horca..." (W. Sanders, 1970, 60-62).

(7) Toda la información relativa a este Congreso, ha sido obtenida directamente de sus Actas, publicadas en 1912, bajo el título *Tribunaux pour Enfants, 1er. Congrès International. Travaux préparatoires. Comptes rendus analytiques et ethnographiques publiés su nom du Comité d'organisation par M. Marcel Kleine (Secretario General del Congreso)*. En lo sucesivo esta publicación será citada como *Actas*, con el nombre del relator en los casos en que ello corresponda.

(8) Con posterioridad a la realización de este ensayo fue adelantada una investigación que tiende -parcialmente-a colmar este vacío. Un primer volumen, *Infancia, adolescencia y control social en América Latina* (E. García Méndez - E. Carranza, 1990) reconstruye, en cinco países latinoamericanos, la historia de los métodos de control de la infancia, desde donde fue posible obtener información, hasta la aparición de las primeras leyes de menores, en la década del 20 de nuestro siglo. En un segundo volumen, *Del Revés al Derecho*, (E. García Méndez - E. Carranza, 1992), el mismo análisis se extiende históricamente desde las primeras leyes específicas, hasta las legislaciones vigentes a la fecha.

(9) Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1984).

(10) Por complejas razones, que no son del caso tratar aquí, puede afirmarse que las teorías (y prácticas) criminológicas en el contexto latinoamericano, durante fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, alcanzan su punto más alto de desarrollo en la Argentina, por este motivo, determinar la dirección asumida por la política socio-penal hacia los menores en ese país, permite trazar un cuadro bastante aproximado de la situación -por lo menos de sus tendencias- en el resto de los países latinoamericanos. Existe un excelente trabajo (inédito), de reconstrucción histórica del desarrollo de la criminología en la Argentina, realizado por Rosa del Olmo (s/f), sobre el que específicamente me apoyo para realizar estas afirmaciones.

(11) Sobre el tema de la *internacionalización* del conacimiento criminológico en América Latina, véase el trabajo de R.del Olmo (1981).

(12) Sobre la influencia general de las corrientes sociológicas americanas en el campo de la criminología, véase el trabajo de A. Baratta (1986). Un balance de

la extensión y grado de influencia real de la sociología americana sobre la criminología latinoamericana, espera todavía su autor.

(13) Esta posición, que en términos generales no ha sufrido modificaciones sustanciales hasta hoy, ignora absolutamente los importantes cambios ocurridos en algunos países desarrollados, por lo menos en términos socio-culturales. La profunda negatividad de los *beneficios* coercitivos, por una parte, y el respeto riguroso de los derechos del menor, por la otra, han logrado imponerse como tema en el contexto internacional últimamente. Para un excelente ejemplo de esta posición, véase el trabajo de O.W. Ketcham (1979).

Bibliografía.

Las fechas de publicación de la bibliografía citada, corresponde a aquella efectivamente consultada. En los casos en que ello ha sido posible, se transcribe además, entre paréntesis, la fecha de la primera edición.

Actas (1912). *Tribunaux pour Enfants. 1er. Congrès international.* Edición a cargo de M. Kleine, Imprimerie Typographique A. Davy, París.

Actas (1985). *Seminario sobre sistemas penales y derechos humanos de San José de Costa Rica.* Multigrafiado, Buenos Aires.

De Areza, Carlos (1927). *Los menores abandonados.* En *Philippine Prisons Review*, marzo, pp. 36 a 41.

Aries, Philippe (1985). *Geschichte der Kindheit*, Deutscher Taschenbuch Verlag, Munich (1era. edición, 1960).

Aries, Philippe (1979). *Infanzia* (Voz en la Enciclopedia Einaudi), Vol. VII, pp. 431-442, Giulio Einaudi Editori, Torino.

Baratta, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal.* Siglo XXI, México, (1era. edición, 1.982).

Brito Lemos (1924). *Os sistemas penitenciarios do Brasil.* Imprensa Nacional, Río de Janeiro (3 tomos).

Cerqueira Filho, Gisalio; Neder Gizlene (1987). *Conciliação e violencia no Brasil.* En *Brasil, Violencia & conciliação no día a día*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre.

Cohen, Stanley (1985). *Visions of Social Control.* Polity Press, Cambridge.

Dahl Tové 5 (1985). *Child Welfare and Social Defence*, Norwegian University Press, Oslo (1era. edición, 1978).

Del Olmo, Rosa (1981). *América Latina y su criminología.* México, Siglo XXI.

Del Olmo, Rosa (s/f). *Apuntes para la reconstrucción histórica de la criminología argentina.* Multigrafiado.

Ferrajoli, Luigi (1985). *Il diritto penale minimo.* En *Revista Dei delitti e delle pene*, III, 3, pp. 493-524.

Findlay, Marc; Zuekic, Ugljesa (1987). *Analysing Informal Mechanisms of Crime Control.* UNSDRI, Roma (en prensa).

Foradori, Américo (1938). *El psicólogo en las cárceles y en las colonias para menores delincuentes.* En *Archivos de criminología, Neuropsiquiatría y disciplinas conexas.* II, 4, oct-dic, pp. 340-359.

Hess, Henner (1986). *Criminalità come mito quotidiano. Una difesa della criminologia come critica dell' ideologia.* En *Revista Dei delitti e delle pene.* IV,2, pp.187-213.

Horkheimer Max; Adorno, Theodor (1986). *Dialektik der Aufklaerung*, S. Fischer, Frankfurt am Main (1era. edición, 1947).

Ketcham Orm W (1979). *Children´s Rights: The problem of non criminal misbehavior*, Documento no oficial de UNICEF, año internacional de Niño.

Krisberg, Barry; Austin, James (1978). *The children of Ishmael. Critical Perspectives on Juvenile Justice*, Mayfield Publisching Company, California.

Lemert, Edwin (1964), *Social Structure, Social Control and Deviation. En Anomie and Deviant Behavior*, edición a cargo de Marshall Clinnard, The Free Press, New York.

De Mause LLOYD (1978), *Evolution der Kindheit*. En *Hoert ihr die Kinder weinnen. Eine psychogenetische Goeschichte der Kindheit*, edición a cargo de LLOYD de Mause, Surkamp, Frankfurt am Main (1era. edición, 1974).

Pfohl, Stephen (1977), *The Discovery of Child Abuse*. En *Social Problems*, 24, 3, febrero, pp. 310-323.

Peña Núñez, Julio (1960). *Asistencia al menor delincuente*. En *Revista Chilena de Ciencia Penitenciaria y Derecho Penal*. 10,4,pp.5-22.

Pitch, Tamar (1983). *Tra diritti sociali e cittadinanza. Il movimento delle donne e la legge sulla violenza sessuale*. En AAVV, *Innovazioni politiche e trasformazioni sociali degli anni 70. La riforma istituzionale*, Franco Agnelli, Milano.

Platt, Anthony (1969). *The Child Savers. The Invention of delinquency*, The University of Chicago Press, Chicago-London.

Ribeiro, Leonidio (1938). *Deincuencia infantil y medicina*. En *Archivos de criminología, Neuropsiquiatría y Disciplinas conexas*, 11, 3, jul-set, pp. 224-228.

Sanders, Wiley B (1970). *Juvenil Offenders for a Thousand Years*, edición a cargo de Wiley Sanders, The University of North Carolina Press.

UNSDRI (1987). *Progress Report of an International Survey on Drug Related Penal Measures*, UNSDRI, Roma.

Velázquez Andrade, Manuel (1932). *La delincuencia juvenil*. Editorial Cultura, México.

Zaffaroni, Raúl (1984). *Sistema contravencional de la ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la represión material*. En AAVV, *Criminología crítica, 1er. seminario*, Universidad de Medellín.