

EL DERECHO DE LOS NIÑOS Y DE LOS ADOLESCENTES EN UNA SOCIEDAD EN  
PERMANENTE CRISIS

Luis Fernando Niño

Profesor de Postgrado en las Universidades de Buenos Aires, Belgrano y Lomas de  
Zamora, en la República Argentina

Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la  
Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad  
Salamanca, Cuenca, 2001

<http://www.cienciaspenales.net>

# EL DERECHO DE LOS NIÑOS Y LOS ADOLESCENTES EN UNA SOCIEDAD EN PERMANENTE CRISIS

*Luis Fernando Niño  
Profesor de Posgrado en las Universidades  
de Buenos Aires, Belgrano y Lomas de  
Zamora, en la República Argentina.*

I. Corría el mes de agosto del año 1982. La dictadura militar más sangrienta de la historia argentina prolongaba su inicua usurpación de los poderes públicos. Para quienes anhelábamos el fin de ese luctuoso ciclo, signado por las muertes, la desaparición forzada y el exilio de miles de personas y coronado por el desastre bélico desencadenado en las Islas Malvinas, la angustia y la incertidumbre eran sentimientos cotidianos.

Con ese dramático telón de fondo, llegó a nuestro país el Profesor Marino Barbero Santos para hablarnos de la reforma penal española. Durante prolongadas y fructíferas jornadas, Don Marino, el incansable batallador por los derechos y garantías de los ciudadanos durante la larga noche del franquismo, no sólo hubo de honrarnos con la erudición de sus disertaciones, al ofrecer un completo panorama de las transformaciones jurídicas e institucionales registradas en España a partir de 1975: fue el mensajero de la esperanza en la reconquista del Estado de Derecho, combinando sabiamente su saber científico con su probado temple cívico y su hondura humanista.

A su generosidad se debió, años después, mi introducción en el medio universitario español, en el que obtuve el máximo grado académico; a su afabilidad debo el regocijo de su amistad y de la de un puñado de entrañables maestros y condiscípulos salmantinos; a su integridad de jurista y hombre de bien debo aquel providencial reencuentro con la esperanza, ese eterno motor de la historia social. Por tantos dones, aquí dejo plasmada mi enorme gratitud.

II. La constante preocupación del Profesor Don Marino Barbero Santos por la densa problemática que he de abordar se evidencia en las múltiples piezas de doctrina que a ella dedicara<sup>1</sup> y en su infatigable tarea de director de cursos y compilador de monografías dirigidas a desentrañar sus aspectos más abstrusos<sup>2</sup>, me ha guiado a escogerla, desechando otros asuntos, como modesta aportación a este merecido homenaje.

En lo personal, desde cuatro ángulos me encuentro vinculado al tema. Figuran en primer lugar, por orden cronológico, los treinta y un años cumplidos en los tribunales del fuero criminal del Poder Judicial de la Nación Argentina, que incluyen una docena de interinatos como Juez de Instrucción de Menores de Buenos Aires, entre 1986 y 1993.

En segundo término, el hecho de haber coparticipado, sucesivamente, en la fundación, el desarrollo institucional y el asesoramiento de “Encuentro”<sup>3</sup>, organización no gubernamental, dedicada a la asistencia y promoción de adolescentes con problemas graves de conducta.

En tercer lugar, el bagaje teórico adquirido y las estimulantes experiencias recogidas en ocasión de intervenir, en diversas provincias argentinas y países hermanos de Iberoamérica, en la celebración de congresos y conferencias, así como en la redacción de proyectos y anteproyectos de leyes sobre esta materia. Así sucedió, en el orden provincial, en Neuquen y Chubut<sup>4</sup>; en el orden federal, al integrar un comité asesor compuesto por los Doctores Eugenio Raúl Zaffaroni y Stella Maris Martínez, entre otros destacados juristas y amigos, a raíz de la presentación de un encomiable proyecto interpartidario<sup>5</sup>; y en el orden internacional, en iniciativas parlamentarias de las hermanas repúblicas de Uruguay y Paraguay.

Finalmente, la actuación en trabajos de investigación de alcance más genérico, como el consagrado a la relación entre los Derechos Humanos proclamados por la legislación internacional y el funcionamiento de los sistemas penales latinoamericanos, con el auspicio del Instituto Interamericano de Derechos Humanos<sup>6</sup>; y otros orientados exclusivamente a este tópico, actividad en la que prosigo inmerso año tras año.

<sup>1</sup> V. entre tantas otras: “Problemática de las nuevas formas del actuar delictivo de menores” (en *Marginación social y derecho represivo*, Barcelona, 1980, pp.49-86); *Delincuencia juvenil: tratamiento*, op. cit., pp. 87-119).

<sup>2</sup> V. gr.: BARBERO SANTOS, Marino (comp.), *La violencia en la sociedad actual*, Madrid, 1982.

<sup>3</sup> Asociación civil sin fines de lucro que posee actualmente su sede en el Barrio “Los Porteños”, City Bell, Pcia. de Buenos Aires: es su director Don Matías Ripoll.

<sup>4</sup> La Ley 4347/97 de 16 de Diciembre, de la Provincia del Chubut, de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia, es una satisfactoria concreción normativa, en cuya gestión he tenido el alto honor de colaborar.

<sup>5</sup> Justo es mencionar a dos conspicuas impulsoras de esa iniciativa, de prolongado pero –a la sazón– infructuoso trámite parlamentario: las Diputadas Lucía Alberti y Matilde Fernández de Quarracino.

<sup>6</sup> V. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina - Informe final*, IIDH, Buenos Aires, 1986.

III. Dividiré mi labor en dos segmentos: uno referido al pasado y el presente del Derecho de Menores, con inevitables referencias a la específica realidad jurídico-institucional en que discurrió más de la mitad de mi vida; el siguiente, dedicado al inconcluso debate cifrado en torno de la violencia y los jóvenes, tema privilegiado por el Maestro Barbero Santos en tantas jornadas de su visionaria labor científica.

III-a. En busca de los derechos perdidos.

El múltiple ligamen con el Derecho relativo a niños y adolescentes hubo de resultarme particularmente provechoso, pues pude ensayar visiones muy diversas del problema, ora desde el llano, ora desde distintos sectores del poder, tales como el judicial y el académico; y, también, particularmente lacerante, porque me permitió mensurar el tamaño de las falacias que nutren a la mayoría de los discursos oficiales sobre el tópico, y el abismo subsistente entre el ideal propugnado por las normas más avanzadas sobre esta cuestión y la crudeza de las realidades que aquellas falacias encubren.

Que el tratamiento jurídico diferenciado de los menores de edad hubo de gestarse en el propio seno del derecho represivo, es decir, del control social formal, protagonizado por el sistema penal y sus tres agencias (policial, judicial y penitenciaria), es un hecho histórico indiscutido<sup>7</sup>; a grandes rasgos, es lícito sostener que en él permaneció hasta nuestros días.

A lo largo de todo el siglo XX, y a despecho del progresivo fortalecimiento de un derecho internacional orientado al reconocimiento del niño como sujeto de derechos y merecedor de una auténtica protección integral, el tratamiento oficial de la cuestión de los menores de edad –vale decir, generalizando, de los niños y adolescentes faltos de un bienestar bio-psico-social elemental en su núcleo de origen– obedeció a un esquema autoritario, caracterizado, esencialmente, por la intrusión compulsiva del sistema tutelar en el marco de las relaciones intrafamiliares o parafamiliares de esos niños, y por su frecuente sometimiento a medidas privativas de la libertad ambulatoria de duración indeterminada, a cumplir en instituciones generalmente disfuncionales a los fines que se declara perseguir a su respecto.

Auspiciado por el conservadurismo inocultable del movimiento de los “child savers”<sup>8</sup> y el bienintencionado paternalismo de quienes, una centuria atrás, creyeron posible transformar el poder punitivo en derecho tuitivo<sup>9</sup>, hubo de abrirse paso un Derecho de Menores de enorme potencia centrípeta; de tal

<sup>7</sup> Cf. PLATT, Anthony M.: *Los ‘salvadores del niño’ o la invención de la delincuencia*, México, 1982, pp. 23 y ss.; GARCIA MENDEZ, Emilio: *Infancia y ciudadanía en América Latina*, Córdoba, 1992, pp. 23 y ss.

<sup>8</sup> BARBERO SANTOS, M.: *Delincuencia Juvenil...*, cit., p. 98.

<sup>9</sup> Paradigma de esa corriente, noblemente inspirada pero cautiva del universo de ideas positivista de su época, fue el ilustre Profesor salmantino Don Pedro DORADO MONTERO (*El Derecho Protector de los Criminales*, 2 tomos, Madrid, 1916).

suerte, el delito, la falta o contravención, el peligro material o moral y aun la mera indisciplina configuraron causa eficiente para apoderarse del presente y del futuro de millones de niños de toda nuestra órbita cultural<sup>10</sup>.

Hasta tal punto ello es cierto, que las primeras conquistas que cabe contabilizar en este sector de la realidad jurídica y social consistieron –y aun consisten, en términos generales– en rescatar, en beneficio de los individuos menores de edad, trátese de transgresores o de víctimas, la operatividad de derechos y garantías clásicamente reconocidos a los adultos imputados de conductas delictivas<sup>11</sup>.

¿Cómo ha sido posible tamaña incongruencia?

Salvando los matices propios del centro y la periferia, las respuestas son las mismas en ambos márgenes del Atlántico. Hacia fines del siglo XIX, el desarrollo del capitalismo había producido imponentes fenómenos de industrialización y urbanización acelerada, básicamente en Europa y en los Estados Unidos, pero también en ciertas zonas de nuestro extenso subcontinente, con el correlato de masivos movimientos migratorios internos e internacionales. Ello dió lugar a la irrupción, en el corazón de las ciudades, agigantadas por aquellos factores, de miles de niños y adolescentes, hijos de familias de operarios sometidos a regímenes laborales lindantes con el esclavismo, o de individuos que no lograban su inserción en la portentosa maquinaria.

Desde el poder, se proyectó y puso en práctica un control específico de esos niños y jóvenes, echándose mano de argumentos en boga durante las últimas décadas de aquel siglo y las primeras del actual, tales como el de la “salud física y moral de la raza” y el de la “grandeza de la patria”<sup>12</sup>.

No debemos olvidar, al aludir a ese positivismo decimonónico aplicado a las ciencias sociales, que la doctrina penal de la época estaba abocada a definir un argumento plausible para la pena, especialmente para la pena privativa de libertad, en reemplazo de la alicaída ficción del contrato social. Era preciso, tras el secular proceso de acumulación de capital por parte de los grupos dominantes de los países centrales, dotar de un nuevo fundamento de legitimidad al máximo resorte coactivo<sup>13</sup>. Ello condujo a poner el acento en un

<sup>10</sup> BARBERO SANTOS, Marino: *Delincuencia juvenil...*, cit., p. 100.

<sup>11</sup> En tal sentido, el célebre caso de Gerard Francis Gault (in re Gault 387, US, 1, 1967) resuelto el 15 de mayo de 1967 por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, representó un hito insoslayable.

<sup>12</sup> V. IGLESIAS, Susana - VILLAGRA, Helena - BARRIOS, Luis: “Un viaje a través de los espejos de los Congresos Panamericanos del Niño”, en *Del Revés al Derecho - La condición jurídica de la infancia en América Latina*, Buenos Aires, 1992, pp. 389 y ss. Pionero en ensayos de sociología criminal iberoamericana, Roberto BERGALLI brindaba, más de un cuarto de siglo atrás, un análisis de los aspectos étnicos, sociales, culturales, económicos y políticos de nuestra área, en *Criminología en América Latina*, Buenos Aires, 1972, pp. 19 y ss.

<sup>13</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio R.: *Criminología - Aproximación desde un margen*, Bogotá, 1988, pp. 99 y ss.; PAVARINI, Massimo, *Control y Dominación*, México, 1983, p. 1983, pp. 27 y ss.

ingrediente teórico inadvertido, aunque preexistente en el proceso de conversión de la pena justa en pena útil: me refiero a la orientación pedagógica de la pena en su aplicación concreta.

Paralelamente, la explicación filosóficamente insatisfactoria de la pena como elemento de coacción psicológica de los individuos, a la vista de los desfases evidentes del sistema social, también aconsejaba relegar a una segunda línea discursiva al fin de prevención general; y –de tal suerte– se ubicó a la vanguardia la finalidad de prevención especial, dentro de los principios de la ideología de la defensa social o del “fin”, encabalgada entre la escuela clásica y la positivista<sup>14</sup>.

En pocas palabras, en lugar de persistir en el intento de legitimar la sanción penal a partir de la lisa y llana retribución por el mal causado, o bien, en aras del refuerzo psicológico orientado a la obediencia general a la ley por inhibición de los impulsos delictivos, se volvió la mirada al transgresor y se declaró que la actuación del sistema penal debía tender primordialmente a la readaptación o resocialización del individuo.

Con ello se alcanzaban diversas metas, todas provechosas para el sistema socio-económico establecido: por un lado, distraer la atención del pensamiento jurídico y científico en general hacia el individuo delincuente, soslayando, correlativamente, el análisis del rol de la sociedad y sus leyes en la génesis de las conductas delictivas; por otro, desembarazarse de las limitaciones de la proporcionalidad: si lo que se procuraba era reeducar al individuo, vale decir, hacerle un bien, no debía estimarse fundamental la mayor o menor entidad del hecho cometido, ni merecía la pena preocuparse por la proporción de encierro que el proceso de recuperación para la sociedad demandara; y, finalmente, orientar esa reeducación a la producción, promoviendo el aprendizaje de oficios o artesanías en los talleres carcelarios. Ello habría de significar una conveniente articulación entre la prisión y la fábrica, captando la primera la mano de obra que no hubiera incorporado la segunda<sup>15</sup>.

Ese era, reducido a la más breve síntesis, el estado de las ideas relativas al control social, en el momento de gestarse el derecho de menores<sup>16</sup>: unas clases políticas empeñadas en controlar las legiones de individuos que el sistema económico no estaba en condiciones de absorber y una intelectualidad fascinada por el traslado irrestricto de las leyes y postulados de las ciencias físico-naturales a lo social, veleidad pseudocientífica de la cual derivarían

---

<sup>14</sup> BARATTA, Alessandro: *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*, México, 1986, pp. 25-27.

<sup>15</sup> La bibliografía sobre el particular es extensa: me limitaré a citar una obra capital: *Cárcel y Fábrica - Los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX)*, de Dario MELOSSI y Massimo PAVARINI, México, 1985, pp. 189 y ss.

<sup>16</sup> Una interesante reseña de esta etapa del control social de la infancia, a escala continental, puede hallarse en *Ser niño en América Latina - De las necesidades a los derechos*, Unicri, Buenos Aires, 1991.

enormidades tales como las teorías del “delincuente nato” lombrosiano, con su nefasta proyección relativa a los estados de peligrosidad predelictual. Por lo que no pueden sorprender aquellas invocaciones de cuño biologicista a la preservación de la salud de la raza y a la domesticación de las costumbres de los niños o jóvenes mendigos, vagos o mal entretenidos, advirtiendo a la ciudadanía acerca del cuidado indispensable de la “cosecha humana”<sup>17</sup>.

En consonancia con tal marco de ideas e ideologías, nuestros políticos y pensadores sociales, parapetados tras su altivez etnocéntrica, abarcaron, en una misma visión descalificante, a los descendientes de los indios, antiguos dueños de estas tierras, a los de los esclavos africanos, cosificados por la codicia colonialista y trasplantados forzosamente a estas latitudes, y a los otros, los recién llegados, hijos de la inmigración masiva arribada de la vieja Europa y del Asia Menor. Y los vieron impuros<sup>18</sup>; casi todos demasiado oscuros, demasiado desnutridos y demasiado díscolos como para imaginarlos futuros exponentes de la venturosa raza del Nuevo Continente<sup>19</sup>.

El discurso pretendidamente legitimante del positivismo tornó recomendable la adopción de medidas de eugenesia y de control demográfico. Un capítulo de esa política consistió en crear normas que reforzaran el modelo paternalista según el cual el Estado, ante la claudicación o la incontinencia del núcleo familiar, absorbería al niño, transformado en el menor, disponiendo de él y depositándolo, para su hipotética protección –y su real control– en un instituto; y el capítulo siguiente, en construir ámbitos propicios para esa política oficial.

Así nacieron leyes de patronato como la ya mentada Ley 10903<sup>20</sup>;, y en consonancia con su marco preceptivo, junto a los tradicionales conventos y orfanatos, se multiplicaron los hogares de niños expósitos, las escuelas-fábrica y los institutos de seguridad para menores. Todo, naturalmente, en aras a proveer al luminoso futuro vislumbrado por las élites vernáculas.

Tampoco es de extrañar que –durante las décadas siguientes– la idea fuerza haya sido el peligrosismo, vástago de aquel positivismo spenceriano. La explosión demográfica, el creciente desempleo en las zonas rurales y las dificultades de este inmenso continente periférico para industrializarse, brindaron un marco propicio para que los exponentes de las selectas minorías inte-

<sup>17</sup> Precisamente, a la “salud racial” hacía explícita referencia el director de la Sección Menores de la Policía de Buenos Aires, tras la sanción de la ley argentina n° 10903, de Patronato de Menores. Corresponde añadir que dicha norma, vigente desde 1919, mantiene formalmente su vigencia en el momento de escribirse este trabajo, sin perjuicio de lo cual una sana hermenéutica conduce a estimarla prácticamente derogada, al menos a partir de 1994, en virtud de haber alcanzado jerarquía constitucional la Convención Internacional de los Derechos del Niño, cuyo articulado colisiona insalvablemente con el de la vetusta ley nacional.

<sup>18</sup> IGLESIAS-VILLAGRA-BARRIOS, op. cit., p. 392.

<sup>19</sup> ZAFFARONI habla del estereotipo del “pobre, salvaje y feo”, en su *Criminología...*, cit., p. 157-67).

<sup>20</sup> V. nota 17.

lectuales del continente advirtieran horrorizados la “capacidad de disturbio” de aquellas masas originadas, según definiciones textuales de la época, por el “desorden biológico”. Algún político habló, en la Argentina de esos años, de un “aluvión zoológico”, para referirse a la irrupción de campesinos arribados a los suburbios en procura de inserción en la incipiente industria<sup>21</sup>.

El resultado fue similar al anterior: cientos de niños y adolescentes institucionalizados, en función del orden público y de la seguridad nacional, amenazados por aquel fenómeno desbordante, “caldo de cultivo” de las ideas totalitarias, según otra frase contemporánea a esos procesos.

Claro está que el argumento de legitimación continuó siendo, hasta el presente, el de la tuición estatal, tan arraigado en los actuales operadores del sistema que será necesario mucho más que una reforma legal para desterrarlo, como lo advierte en un reciente opúsculo Stella Maris Martínez<sup>22</sup>.

Y es apenas obvio que los niños abandonados, indisciplinados o en “peligro material o moral”, conforme los conciben las arcaicas leyes de patronato, a la hora de resultar institucionalizados, padecen la misma privación de libertad –y los mismos infortunios de ella derivados– que la que afecta a sus pares infractores, a despecho de las reglas de las Naciones Unidas sobre el particular<sup>23</sup>.

Concurren a complicar el panorama actual diversos factores de controvertido signo y sombrío vaticinio.

Por un lado, el crecimiento demográfico no se ha detenido; las relaciones económicas internacionales continúan despoblando al campo, y ahora, en lugar de una urbanización racional, debida a una creciente industrialización, asistimos a una “suburbanización” miserable, carente de toda sistemática, ante la quiebra irremisible del aparato productivo de nuestros países, abonados

---

<sup>21</sup> IGLESIAS-VILLAGRA-BARRIOS, cit., p.411.

<sup>22</sup> “Así, la ficción del *parens patriae* que diseña un estado cuya función respecto del menor es exclusivamente protectora, plenamente vigente en nuestro medio, y la distorsionada idea de que cuanto se hace es exclusivamente en beneficio de aquél, torna sospechosos a todos aquellos que intenten penetrar en la “mágica” relación existente entre el Juez y el niño o adolescente a su disposición” (MARTINEZ, Stella Maris, *Los Derechos Humanos del Niño y el Sistema de Administración de Justicia*, Buenos Aires, 1999, pp. 2-3).

<sup>23</sup> V. especialmente la Resolución 45/113 de la Asamblea General de la ONU, de 2 de abril de 1991, regla 11, inciso b. Años atrás, en uno de los periódicos Congresos Interamericanos del Niño, apelé a un género narrativo inusual en esta clase de encuentros, para referirme a la declaración judicial de abandono de menores, en los sistemas judiciales latinoamericanos: se trataba de una fábula –la fábula del Gran Cazador, a la sazón, el sistema social en que vivimos– que, valiéndose de una de aquellas remanidas fórmulas legales (abandono, peligro, situación irregular, etcétera), a modo de trampa o armadijo, capturaba a los gorriones y marcaba sus alas con un estigma indeleble, convirtiéndolos en eterna presa fácil de sus halcones. La metáfora fue elogiada por el auditorio; pero es obvio que el Gran Cazador continuó haciendo de las suyas (NIÑO, Luis Fernando: “Aspectos socio-jurídicos de la declaración de abandono: la vieja trampa para cazar niños”, en *Ser niño en América Latina - De las necesidades a los derechos*, cit., pp. 61-66).



—por lo demás— “ad infinitum”, al pago de intereses de una creciente deuda externa<sup>24</sup>.

No es desatinado el temor de ciertos analistas a las posibles reacciones sociales frente a ese estado de cosas, si bien los cambios operados en la coyuntura internacional restan margen al surgimiento de movimientos de masas, a su organización política y a la internacionalización de sus conflictos. De todas maneras, frente al lógico aumento de las tasas globales de criminalidad estimuladas por la desocupación y la miseria, hoy se echa mano de argumentos complementarios —siempre en favor de la paz interna y la seguridad de nuestros países— tales como la lucha contra la droga, contra el terrorismo y contra nuevas, precoces y violentas modalidades de delincuencia<sup>25</sup>.

El resultado sigue siendo el mismo, de cara a los niños y adolescentes: la institucionalización es la herramienta más a mano para su control. Cuando no alcanza con ella, se completa la faena con la matanza lisa y llana, como ya ocurriera en Guatemala y en Brasil, y como ciertos adelantados —en el involutivo proceso de transformación del hombre en mono— comienzan a demostrar a escala individual.

Con ese telón de fondo se hace tristemente inteligible la demora en adecuar la legislación interna en materia de niños y adolescentes a los dictados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en países como la Argentina<sup>26</sup>; o el virtual estancamiento del avance formal producido en tal sentido, como aconteció en Brasil<sup>27</sup>; al tiempo que se vislumbran los criterios de

<sup>24</sup> El 27 de agosto de 1999, la prensa argentina se hizo unánime eco del informe de los organismos internacionales de financiación relativos a la deuda pública total de la Argentina. Dicha deuda ha ascendido, de 85.000 millones de dólares en 1989, a 115.000 millones de dólares en 1999, pese a la venta compulsiva de las empresas de patrimonio estatal materializada a partir de 1989. Hoy se destina el 15% de los gastos federales —exclusivamente— al pago de los intereses de la deuda. El mismo día se dio a conocer el último Informe de la Organización Internacional del Trabajo, bajo el título “Trabajo decente y protección para todos, prioridad para las Américas” advirtiendo que América Latina exhibe la más alta tasa de desempleo desde la crisis de 1980, y vaticinando una agudización del problema en el futuro inmediato (fuente: *Diarios Clarín y La Nación* de Bs. As., 27/8/99).

<sup>25</sup> Nils CHRISTIE, el lúcido Catedrático de Oslo, aporta, analizando la cuestión penitenciaria estadounidense, en *La industria del control del delito* (Buenos Aires, 1992) un pronóstico aciago para ese estado de cosas: el holocausto, como remedio malthusiano para la superpoblación carcelaria de un sistema penal devenido en empresa, sujeto, por tanto, a las exigencias del mercado.

<sup>26</sup> El retraso parlamentario es insólito, si se toma en cuenta la recepción de dicho instrumento internacional para el derecho interno, por Ley 23849/90 de 27 de Septiembre, y su inclusión entre los Tratados con jerarquía constitucional enumerados en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994. Un “Proyecto de Ley de Protección de los Derechos del Niño y el Adolescente” cuenta con media sanción otorgada por la Cámara de Diputados de la Nación y se halla, a la fecha de redacción de este trabajo, bajo el análisis de cuatro comisiones del Senado de la Nación. Si bien tiene la virtud de derogar expresamente la Ley de Patronatos y el antiguo régimen penal para menores de edad, ostenta un fatal deslizamiento funcional de los jueces penales sobre tópicos propios del Derecho de Familia, con los predecibles resultados de hipertrofia de la potestad represiva sobre el niño y su circunstancia.

<sup>27</sup> El “Estatuto da Criança e do Adolescente” (Ley 8069/90 de 13 de Julio) resultó, a la postre, el único documento realmente innovador de Sudamérica; sin embargo, las modificaciones institucionales y funcio-

razón instrumental que han circunscrito el interés por las reformas legislativas en la materia, en otros países de la región, al logro de un descenso del nivel etario de la imputabilidad, con la compensación formal de proveer de mayores garantías al niño sometido a proceso penal.

Sucede que el paradigma del niño como sujeto de derechos, a quien se debe protección integral y cuyo interés prevalece sobre los demás en un conflicto dado, es un incómodo reclamo para gobernantes presionados por los compromisos contraídos con las entidades internacionales, que les obligan constantemente al recorte de lo social. Paralelamente, el discurso de la recuperación para los niños de un status, al menos, comparable al de un adulto, de cara al funcionamiento de las agencias del control social formal, brinda la excusa ideal para que la burocracia de los organismos internacionales dedicados al tema luzca comprometida con las reformas legislativas que exige la Convención, al tiempo que prodiga tranquilidad a quienes demandan mayor seguridad, ante la sensación de impunidad, real o supuesta, que los medios masivos de comunicación se encargan de difundir en los umbrales del tercer milenio<sup>28</sup>.

El futuro se presenta arduo para la defensa de los intereses de quienes, por su distinto grado de maduración psíquica y emocional, merecen respuestas diferentes a la de una torpe reja, sin que esa especificidad deba importar mengua alguna para sus derechos y garantías ante cualquier avance del poder estatal.

Con una “prehistoria” de negaciones del problema y una “historia” de ficciones, merced a las cuales se denominó protección a lo que no pasaba de ser represión y control, el Derecho aplicado al universo de los niños y los adolescentes no acaba de plasmar en nuestro horizonte cultural con la potencia que proclama el magno instrumento internacional tantas veces invocado. En nada ayuda, ciertamente, la subsistencia de una mentalidad judicial conservadora, reacia a la concreción en la praxis judicial de aquel reconocimiento.

De todos modos, para aquellos que proseguimos pugnando por generar herramientas legales sabiamente adecuadas a las complejas entidades y relaciones que se pretende regular, no es ocioso reafirmar que por una vez, el derecho positivo de máxima jerarquía está de nuestro lado y nos señala el camino, bajo el prisma esperanzador de los Derechos Humanos.

---

nales que el mismo reclama, han permanecido entorpecidas por las resistencias operadas en el seno de una estructura social fuertemente inequitativa. Valga un ejemplo: dos centros de detención para menores de São Paulo, con capacidad para 700 menores, albergaban a 3500 a mediados de 1999, en condiciones deplorables. El hecho motivó una queja ante la Organización de Estados Americanos. Mario Volde, coordinador de Derechos Humanos de UNICEF, resaltó lo paradójico del caso brasileño (Agencia Reuters y Diario *El Patagónico*, C. Rivadavia, 4/9/99)

<sup>28</sup> Cfr. GARCIA MENDEZ, Emilio: “Seguridad, ciudadanía y derechos fundamentales”, en *Sociedades y Políticas*, n° 1, Buenos Aires, 1996, p. 9.

El desafío está planteado. O logramos que prepondere el genuino derecho de los niños o habrá de reasegurarse la subyacente cultura de la institucionalización como método de control social. O se imponen los procedimientos de integración que la Convención Internacional privilegia, o el Gran Cazador ganará una vez más la partida.

### III-b. Niños y jóvenes violentos en el año 2000.

Un pensador argentino escribía treinta años atrás que la violencia es la atmósfera en la que, invariablemente, transcurre la historia de los hombres<sup>29</sup>. Ciertamente es que, apenas se ensaye una visión panorámica del pasado y del presente de un continente o de un país, se advertirá la irrupción esporádica de hechos de fuerza, de imposición de un individuo o grupo a otro u otros, de avasallamiento material sobre personas o bienes, o moral, sobre normas de cultura, lenguaje o estilo de vida.

La diferencia, en los últimos ciento cincuenta años, viene impresa en la actitud reflexiva respecto de ese fenómeno, el intento de comprender el origen, el desarrollo y las consecuencias de la violencia que el mismo ser humano desata y padece.

Desde Nietzsche<sup>30</sup> a Gandhi<sup>31</sup>, por citar dos posturas extremas, filósofos y políticos han discurrido sobre ese fenómeno arrollador, vertiginoso, los unos por mera especulación, los otros, en un intento por dominar sus claves y encauzarla conforme a su visión del mundo.

Hace unos años, teorizando acerca de la culpabilidad como problema de la Dogmática penal, descubrí, abrevando en las Obras Completas de Sigmund Freud a un decidido auspiciador de la violencia, al punto de colocar al “instinto de agresividad”, visualizado como disposición innata y autónoma del ser humano, entre los postulados fundamentales de su celeberrimo edificio teórico<sup>32</sup>.

Desde entonces hasta el presente he buceado en la bibliografía de la Psiquiatría contemporánea, procurando pruebas que cohonestaran la conjetura del ilustre vienés, mas sólo hallé opiniones que, apoyadas en experiencias de campo muy concretas, la descartaban.

No se han descubierto bases fisiológicas vinculables a las conductas destructivas, y, en tanto que se ha podido demostrar la autoestimulación espon-

<sup>29</sup> MASSUH, Víctor, *La libertad y la violencia*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1969, p.7.

<sup>30</sup> NIETZSCHE, F. W.: *Ecce Homo*, Madrid, 1987. Allí vierte el autor de *El Anticristo* este significativo párrafo: “Otra cosa es la guerra. Soy por condición belicoso. Agredir pertenece a mis instintos. Poder ser enemigo, ser enemigo, ésto supone quizá una naturaleza fuerte; en cualquier caso, está relacionado con toda naturaleza fuerte” (p. 60).

<sup>31</sup> GANDHI, M.: “No-violencia y Comunidad Internacional”, incluido en *¿Defensa armada o defensa popular no-violenta?*, Madrid-Buenos Aires, 1986, p. 89 y s.

<sup>32</sup> NIÑO, Luis Fernando: “Sobre el futuro de la dogmática jurídica penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 55, Madrid, 1995, p. 165 y s.s.

tánea del organismo hacia la pulsión sexual, no ha ocurrido lo propio con el argumentado instinto de agresividad<sup>33</sup>; en suma, mantienen su vigor las categóricas expresiones de Wellhaffer, al denostar a “una Psicología orientada al comportamiento condicionado por lo hereditario, lo instintivo, lo innato”, pues “a la larga se ve encerrada en el vacío, ya que trabaja con magnitudes imaginarias, y, de esta manera, se aleja cada vez más de la realidad”<sup>34</sup>.

Similar rechazo sufrió la tesis freudiana de la instintualidad de lo agresivo en el ser humano por parte del behaviorismo, que sostiene, en las antípodas de aquélla, que las partes agresivas de la conducta son aprendidas por los hombres desde la niñez, debido al incentivo, el permiso o la tolerancia de los miembros de la familia o de la comunidad; lo que conduce a sus mentores a encuadrar los orígenes de la agresividad en dos mecanismos de necesaria interferencia intersubjetiva: los refuerzos o compensaciones (sean positivos o negativos) y la imitación o modelado social.

Desvirtuada, en consecuencia, la naturaleza instintiva de la agresividad del individuo de la especie, se conviene en reputarla una mera disposición fisiológica dependiente, condicionada para su puesta en funcionamiento por la existencia de un estímulo externo; o, más lejos aun del postulado freudiano, se la concibe como un subproducto del aprendizaje socio-cultural al que todos los individuos estamos sometidos por el medio en que nacemos y crecemos.

Por consiguiente, cuando hablamos de violencia infantil o juvenil, no es científicamente correcto aquietar los ánimos enarbolando la concepción de un mero fenómeno detectable en los individuos como signo fronterizo o patológico de un instinto presente en la especie humana. Es preciso admitir que esa violencia constituye una reacción del niño o joven, singular o colectivamente considerado, frente a determinado hecho o situación que le sirve de estímulo, o el resultado de un proceso de mimesis social, o ambas cosas a la vez.

En otros términos, si vamos a abordar con seriedad los datos que nos prodigan las ciencias del ser, a las que tanto jurista desconsolado suele recurrir, debemos tomar en consideración esta sencilla advertencia: al abordar el problema de la violencia, “nos encontramos ante un fenómeno multidimensional, cuyas modalidades individuales suelen ser comportamientos de respuesta a un estado de cosas, aunque –en general– se caractericen por el ejercicio de la fuerza dirigido a perjudicar a personas o bienes determinados”<sup>35</sup>.

Las “ciencias duras” otorgan, pues, preeminencia en el análisis del hecho violento al estado de las cosas en lo social, lo económico y lo cultural.

---

<sup>33</sup> Datos sobre las experiencias de Kahn, Aronson, Berkovitz y otros científicos sobre el particular, pueden hallarse en la labor citada en la nota precedente.

<sup>34</sup> WELLHAFFER, Peter R.: *Compendio de Psicología Social*, Herder, Barcelona, 1981, p. 14.

<sup>35</sup> KLINEBERG, Otto: “Las causas de la violencia desde una perspectiva psico-sociológica”, en *La violencia y sus causas*, Unesco, París, 1981, p.136.

Dejemos para un examen posterior el tema de la imitación o modelado social caro al behaviorismo.

Corrientemente se predica, en las ciencias sociales, acerca de individuos o grupos marginados, sin que se medite seriamente acerca de la condición que tal adjetivación implica, es decir, la existencia de un concreto grupo social, en cuyas características e incidencia radica la esencia de la descripción y conceptualización de la marginación. En toda sociedad contemporánea existe un grupo social predominante, más o menos consolidado de acuerdo al esquema de poder existente en el seno de aquélla. Ese grupo predominante es, además, el grupo normativo, toda vez que establece reglas y pautas de acción, fomentando, admitiendo o tolerando unas expresiones individuales o colectivas, reprobando otras y delimitando –al cabo– los márgenes de la normalidad de los comportamientos. De lo que se sigue que la posición que un sujeto ocupe en relación al grupo normativo determinará su grado de marginación o de adaptación a aquellas reglas y parámetros<sup>36</sup>.

Esa relatividad debe trasladarse a los conceptos que manejamos: normalidad o marginación son, de tal suerte, contingencias dependientes de un determinado esquema de poder, de un cierto grupo dominante –y, por ende, normativo– y de la posición en que se encuentre el individuo o colectivo a ponderar. De más está aclarar que esas meras contingencias no producen juicios objetivos sino plurisubjetivos, ligados indudablemente a la escala de valores del grupo normativo. Es obvio también que, por lo general, la condición de marginado de un individuo o colectivo aparecerá impuesta a uno u otro, sin que se convoque su voluntad ni se repare en sus intereses.

En ese orden de ideas, es lícito predicar que la edad es un criterio de marginación social; un criterio tan insalvable por aquél a quien afecta como poderoso en sus efectos no procurados ni deseados. El sistema social, y dentro del mismo, el grupo normativo, estatuye ciertos elementos de reconocimiento de la llegada a la madurez de un individuo. En tanto y cuanto no los alcance, éste permanecerá enteramente dependiente de su núcleo de origen –familiar o parafamiliar– si cuenta con él y es lo suficientemente continente; en caso contrario, las agencias del control formal encargadas de mantener la cohesión del grupo social y la preeminencia del grupo normativo, se darán puntual cita para tutelarlos, bajo la ficción de un patronato estatal.

¿Cuáles son tales elementos de reconocimiento, en cualquiera de nuestras sociedades? La independencia económica y la afectiva, en ese orden. Cuando se logran, se considera que el sujeto ha alcanzado a asumir el control de su propia existencia, en el horizonte axiológico del capitalismo contemporáneo.

---

<sup>36</sup> V., sobre el tópico, el exhaustivo estudio de Jesús VALVERDE MOLINA sobre *El proceso de inadaptación social* (Madrid, 1988).

La contundente vigencia de las leyes del mercado convierte al “producir y consumir” en lema básico para lograr la adecuada integración al grupo<sup>37</sup>; por esa misma razón, tanto los niños y los adolescentes como los ancianos son verdaderos marginados sociales.

Las eternas crisis económicas que se abaten sobre nuestra América afectan, pues, esencialmente el proceso de integración armónica de los individuos más jóvenes: sea porque –niños todavía– se ven forzados a introducirse prematuramente en el mundo del trabajo, las más de las veces, en el ámbito de la economía informal, en el que, por añadidura, suele discriminárselos en punto a remuneraciones, sea porque, ya en plena adolescencia, ven retrasarse su inserción, al dificultarse su acceso a un primer puesto de trabajo.

Precarios e insatisfactorios acoples al aparato productivo, actividades vergonzosamente contenidas en el eufemismo “subocupación”, labores eventuales o servicios carentes de toda creatividad y sin perspectivas de promoción laboral, frustran precozmente a millones de esos seres humanos, en estas épocas de pleno entusiasmo globalizador.

Como resultado de esa situación estructural, inclusive aquéllos que gozan de un medio familiar que los contiene materialmente, ven prolongarse su situación de dependencia, o bien de aprendizaje de oficios o profesiones, faltos de oportunidades de ingreso a empleos estables y convenientemente retribuidos. Sus comprensibles demandas de independencia afectiva y relacional chocan ineluctablemente con esa indeseable prolongación de la dependencia económica y permanecen indefinidamente insatisfechas. Cuadro que se complica cuando militan otros importantes criterios de marginación social, tales como el sexo o la condición de extranjero.

Esas tempranas experiencias negativas son el fermento apto para el desarrollo de aquellas conductas que el grupo normativo define como inadaptadas; entre ellas, por supuesto, y confirmando lo que sosteníamos párrafos atrás, los comportamientos violentos.

Luego, si hemos de ocuparnos del fenómeno de la violencia infantil y juvenil, convendrá que tomemos en cuenta la relatividad inseparable de tal concepto, con respecto a un sistema social determinado.

Coexistimos en un sistema formalmente democrático y –aunque no reactualicemos cotidianamente esa noción– damos por sentada la preexistencia de cierto ámbito de autonomía moral en cada individuo: así como de una variedad de opciones existenciales, de alternativas de ser y de proceder, como

---

<sup>37</sup> Sobre el particular, v. NIÑO, L.F.: “Vida y muerte del hombre según las doctrinas tradicionales de la Iglesia Católica y el liberalismo clásico”, en *Eutanasia –Morir con Dignidad– Consecuencias Jurídico-penales*, Bs. As., 1994, p. 53 y ss.

individuos y/o como minorías, circunstancias no sólo constatables sino deseables; y también damos por supuesta la necesidad de armonizar esa diversidad con el mínimo control social que posibilite a cada uno el desenvolvimiento de todo su potencial creativo, con un único límite, poco discutible: el de garantizar iguales posibilidades a los demás miembros del grupo social.

No obstante, es evidente que en esa comunidad de seres -en principio- autodeterminados se dan cita graves condicionamientos individuales, familiares y sociales que empequeñecen y aun pulverizan la posibilidad de edificar un futuro, un proyecto vital compatible con aquella armónica concepción del equilibrio entre la realización individual y la integración al medio en que se desenvuelve la vida social.

Si no logramos patentizar en nuestras conciencias, tan claramente como cuando defendemos nuestro derecho a no ser robados ni lesionados, que todos -nosotros y los otros- tenemos derecho a la alimentación, a una vivienda digna, a una educación que capacite verdaderamente, a un trabajo remunerado equitativamente y a tantos otros bienes, jurídicamente reconocidos 'erga omnes', pero de los que muchos están excluidos, cualquier ensayo teórico que pretendamos completar adolecerá de una grave miopía y en nada contribuirá a paliar los conflictos que derivan -precisamente- de ese desequilibrio constatable entre la autonomía ética reconocida y la desigualdad de posibilidades reales para ejercerla en plenitud, que aqueja a importantes sectores de las sociedades de nuestra órbita cultural.

Quien nace y recibe su socialización primaria en un contexto social desfavorecido, en el que se dan cita factores como los tácitamente aludidos -desnutrición, hacinamiento, escolarización nula o deficiente y desocupación o subocupación crónicas- se verá privado de acceder, por las vías que el grupo normativo considera legítimos, a las metas que ese mismo grupo propone como muestras de adaptación al sistema social. ¿Cabe sorprenderse de que asuma y materialice comportamientos inadaptados respecto de las normas legales y sociales vigentes, pero adecuados a sus necesidades de supervivencia y a sus aspiraciones de avanzar en pos de tales metas?

Si bien se mira, tal reacción no pasará de configurar la adopción de unas reglas de juego alternativas<sup>38</sup>, frente a un sistema que difunde visiones del paraíso terrenal pero obstruye selectivamente los canales de acceso a su goce.

Por supuesto, tal manera de reaccionar, detectada por las agencias del control social, será reconsiderada bajo la óptica del grupo normativo como inadaptada y recibirá el tratamiento individual que el sistema penal prevé. Con lo cual, será válido sostener que el sistema social no sólo habrá producido las condiciones del acto inadaptado, sino que tendrá a su cargo la "personifi-

---

<sup>38</sup> Cf. VALVERDE MOLINA, J.: op. cit., p.130 y ss.

cación” del conflicto<sup>39</sup>, al aislar al autor de la conducta emergente del estado de cosas descrito y visualizarlo como un voluntario transgresor de las normas sociales dictadas en pos del bien común.

Frente a ese fatídico proceso, sólo un enfoque interdisciplinario que permita abordar precozmente los casos de violencia u otras modalidades de conducta con intervenciones preventivas y compensadoras de las falencias estructurales, tanto familiares cuanto sociales, configurará la respuesta eficaz. El funcionamiento concreto de las agencias del sistema penal tal como se desarrolla en nuestros días, apenas puede contribuir a retroalimentar la violencia.

A nivel gubernamental, y maguer las directivas de los organismos internacionales de financiación, es menester que se concentren esfuerzos en la reducción de las notorias desigualdades de oportunidad detectables en el modelo de organización social vigente, a través de la adopción de políticas generales que favorezcan la promoción de todos, especialmente, de los niños y jóvenes.

A esta altura del desarrollo, se nos podría interrogar válidamente acerca del origen de frecuentes expresiones de violencia protagonizadas por niños y jóvenes a los que no cabría definir como marginados sociales.

En primer lugar, como lo hemos sostenido en diversos foros convocados para tratar este acucioso tema, muchos de esos niños y jóvenes, aparentemente integrados al todo social y cercanos al grupo normativo, también padecen hoy las dificultades antes descritas para lograr la independencia laboral que ambicionan, eternizándose así en situaciones familiares que congelan su proceso de autonomía existencial y los sumen en un letargo adolescente, entre el ocio forzoso y el crecimiento de sus necesidades de consumo. Es frecuente que se entremezclen en tales cuadros experiencias de pérdidas y golpes a la autoestima derivados de la desintegración familiar, por muerte o separación de alguno de los progenitores, lo que los anglosajones denominaron hace décadas “broken home”, incluidos los casos de divorcio emocional<sup>40</sup>.

Asimismo, en buena parte de los adolescentes y jóvenes, provenientes de sectores sociales diversos, absorbidos por el sistema penal por actos violentos, se advierte la huella de lo que el behaviorismo denomina “modelado” o imitación social.

Nadie puede desconocer la existencia indeseable de un estereotipo machista que, incrustado en el seno de nuestras sociedades, identifica a lo masculino con la fuerza física, con la imagen dura y con la represión de las emociones y los sentimientos. Los niños y adolescentes forzados a adoptarlo

---

<sup>39</sup> VALVERDE MOLINA, J.: op. et loc. cit.

<sup>40</sup> BARBERO SANTOS, Marino: *Problemática*, cit., p. 80.



por designio preponderantemente paterno, aprenden a resolver sus conflictos imponiendo su voluntad sobre los otros, aún por la fuerza; han forjado prematuramente la convicción de que triunfar es más importante que competir y que competir es más importante que compartir; y actúan en consecuencia.

Por último, corresponde incluir la influencia –nunca suficientemente mensurada– de los medios audiovisuales, especialmente la televisión y los videojuegos, en la producción y exacerbación de conductas violentas.

En síntesis: una sociedad que genera violencia desde las injusticias de su estructura, desde las desmesuras de su idolatría consumista y desde la crueldad granguñolesca de sus series televisivas y sus entretenimientos electrónicos no debería cometer la hipocresía de alarmarse por la proliferación del mensaje que origina, estimula y difunde; y está obligada a actuar con suma prudencia a la hora de juzgar los efectos de su perversa lección. La pérdida de la libertad ambulatoria que, con indolencia, suele disponerse respecto de niños o adolescentes, configura, en rigor de verdad, la consumación del despojo perpetrado por el orden social a base de poderosos condicionamientos y retaceos a la autonomía moral formalmente consagrada por cualquier constitución contemporánea.

Reducir el ejercicio del control social formal, frente a conductas violentas infantiles o juveniles, al mero castigo a sus autores, sin consideración de las reales causas de tales expresiones –más allá de los eufemismos con que se aluda a ellos–, dista de satisfacer las premisas obligatorias de la Convención Internacional, es ineficaz de cara a las víctimas e injusto de cara a los transgresores.