

## **“Pensando la cuestión tutelar como anomalía del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil”**

### **Autores:**

Lic. Martín Mollo, Facultad de Ciencias Naturales y Museo, Universidad Nacional de La Plata. Secretaría de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Buenos Aires. martinmollo2000@gmail.com

Lic. Valeria Vivas Arce, Observatorio de Jóvenes, Comunicación y Medios, Facultad de Periodismo y Comunicación Social, Universidad Nacional de La Plata. Secretaría de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Buenos Aires. vva135@gmail.com

En los últimos quince años han ocurrido en Argentina, en varias de sus provincias y en particular en la provincia de Buenos Aires, cambios legislativos en relación a las normas que rigen la política estatal respecto a la niñez y la adolescencia. Así, se sancionaron en el año 2005, la Ley Nacional 26061 de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y la Ley Provincial 13298 de promoción y protección integral de los derechos de los niños; en el año 2007 entró en vigencia la Ley Provincial 13634 del Fuero de Familia y de la Responsabilidad Penal Juvenil. No obstante estos cambios legales, en la órbita penal permanece vigente aún la normativa nacional de fondo que rige desde el año 1980, es decir, el Decreto-Ley 22278 Régimen Penal de la Minoridad.

Estos cambios legales implicaron la derogación de las viejas leyes del Patronato de Menores: la Ley nacional 10903, llamada Ley Agote, sancionada en el año 1919; y, en el ámbito provincial, el Decreto Ley 10067, sancionado en el año 1983. En particular en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, fue un proceso largo y lleno de obstáculos, puestos principalmente por sectores del poder judicial, representados por sectores

políticos, integrantes de los Juzgados de Menores y la Procuración de la Suprema Corte de Justicia provincial.

Ya en los últimos años del siglo recién terminado, comenzaron a emerger una serie de reflexiones y producciones del campo de las ciencias sociales que enunciaron este proceso de cambio normativo como la disputa entre dos paradigmas. El primero, que constituía la Doctrina de la Situación Irregular, definido por la relación legal entre la tutela judicial y el menor en riesgo moral y material, que implica la arbitraria intervención y decisión de la justicia de menores sobre los niños, en particular sobre los niños pobres estigmatizados. El segundo, que instituye la Doctrina de la Protección Integral de Derechos, referenciado en la adhesión a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y que fundamenta una relación de corresponsabilidad entre los Estados y la comunidad, y supone la sustracción del ámbito judicial a la resolución de conflictos sociales que afecten a niños como víctimas, y la implementación de un Sistema de Responsabilidad Penal específico para jóvenes menores de 18 años que garantice los derechos inherentes del proceso penal.

La descripción y el análisis de este proceso ha sido desarrollado en una numerosa y reciente bibliografía, ligada sobre todo al discurso jurídico que ha hegemonizado las producciones. No es objetivo del presente trabajo abundar en este detalle sino tomarlo como parte de las reflexiones acerca de las posibilidades de existencia de una mirada tutelar en el llamado paradigma de la protección integral del niño.

Thomas Khun en su libro “La Estructura de las Revoluciones Científicas”, considera a los paradigmas como realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica. Dio al paradigma su significado contemporáneo cuando lo adoptó para referirse al conjunto de prácticas que definen una disciplina científica y que gozan de consenso en la comunidad científica durante un período específico. Con frecuencia, se asimila en su uso el concepto de paradigma con el de cosmovisión o con el de marco o contexto de referencia. Así, es frecuente que en las ciencias sociales (excluidas de los

primeros desarrollos de Khun) el término se use para describir el conjunto de experiencias, creencias y valores que afectan la forma en que un individuo percibe la realidad y la forma en que actúa frente a esa percepción. Las ciencias sociales también han adoptado el concepto de Kuhn de "cambio de paradigma", para denominar la forma en que una sociedad modifica la forma en que organiza e interpreta una realidad, un conflicto o un problema.

Cabe consignar que el autor refiere como "paradigma dominante" a los valores o sistemas de pensamiento que con perdurable estabilidad prevalecen en una sociedad, durante un momento determinado. Además, otro de los conceptos que introduce en su trabajo es el de anomalía, aquello que no puede ser explicado en el marco teórico del paradigma, y que inicia la crisis del mismo (Kuhn, 1969)

Actualmente, en el campo de la niñez, cuando se habla del "viejo paradigma" se resume en la denominación de "Patronato", no sólo al nombre y a la concepción de las leyes derogadas<sup>1</sup>, sino también a lo que se confronta en la disputa por el cambio de las normativas legales. Así "el Patronato" define, "lo malo", lo abyecto de la disposición judicial sobre los niños pobres, la consideración de los mismos como objetos de protección, y a la vez de compasión y represión. "Patronato" incluso es usado como adjetivo, para referenciar aquellas personas que, ocupando alguna función judicial o ejecutiva, no acuerdan con concepciones o prácticas enunciadas en el "nuevo paradigma" por lo que son tildadas como "patronato".

En general, y en forma indistinta, se iguala al "patronato" con el concepto de cultura tutelar. Esta sería entonces otra de las denominaciones del "viejo paradigma". Sin embargo, la cultura tutelar impregna de tal modo y tanto al llamado "nuevo paradigma", que hace necesario detenerse en ella como quien descubre una anomalía, algo que no puede explicarse dentro del marco de referencia existente.

---

<sup>1</sup> la leyes del patronato de menores definían a éste como la concurrencia de los jueces de menores, del órgano ejecutivo y del ministerio público en el ejercicio de su tutela sobre los niños judicializados

Por un lado, la tutela es la institución jurídica que trata de la autoridad que se confiere para cuidar de una persona que, por diferentes causas como ser menor de edad o ser insano, no tiene completa capacidad civil. De esta manera, quien ejerce la tutela adquiere autoridad y responsabilidad, sobre otra persona, sobre sus bienes, o sobre ambos. La tutela es la defensa y el amparo de una persona sobre otra, entendida como incapaz.

Complementariamente, se considera el concepto de cultura como aquel “esencialmente semiótico”, recuperando esa idea de que el hombre es un animal inserto en tramas de significación que él mismo ha tejido. Considerando que la cultura es esa urdimbre, “un sistema de concepciones expresadas en formas simbólicas por medio de las cuales la gente se comunica, perpetúa y desarrolla su conocimiento sobre las actitudes hacia la vida” (Clifford Geertz, 2003).

La cultura tutelar entonces, no es tan solo aquello que puede leerse e interpretarse de los textos legales derogados. Mucho más que eso, es un complejo de significaciones y simbolismos, sentidos, tradiciones, convenciones, que determinan la estructura y el funcionamiento de los organismos judiciales y ejecutivos, y la función y la acción de los jóvenes privados de libertad como integrantes de este sistema, en cuanto al sentido que le imprimen a la ejecución de las medidas judiciales que deben cumplir.

Traspolando estos conceptos, alejados ya de la primigenia idea de Kuhn, en la problemática de las políticas públicas sobre la niñez y la adolescencia se repite acerca de la existencia de dos paradigmas y del cambio de paradigma ocurrido en la última década. Se habla además como si existiese entre ambos lo que Kuhn denomina inconmensurabilidad, definida como la imposibilidad de traducir las ideas de uno en las de otro, y por lo tanto de compararlos entre sí; las nuevas teorías no serían, por tanto, meras extensiones de las antiguas, sino que conforman visiones del mundo radicalmente diferentes.

¿Qué representa entonces la cultura tutelar en el nuevo paradigma? Será como la famosa cita de Antonio Gramsci, que “una verdadera crisis histórica ocurre cuando hay algo que

está muriendo pero no termina de morir y al mismo tiempo hay algo que está naciendo pero tampoco termina de nacer”. ¿O será que la cultura tutelar se ha extendido como si fuera líquido a través de la grieta de un dique, y ha permanecido para marcarle al “nuevo paradigma” su más clara anomalía, la contradicción que hace temblar sus cimientos?

Contradicción que surge de la errónea idea de que el fin de la cultura tutelar sucedería sólo por la acción de derogar determinadas leyes y por el paso del tiempo, aun dejando vigentes otras leyes y ofreciendo vacíos y silencios en su teoría y en su práctica.

Es conocida ya la notoria contradicción que existe entre la vigencia de leyes penales procesales vinculadas a la doctrina de la protección integral, como la ley 13634 del fuero de la responsabilidad penal juvenil provincial, coexistiendo con leyes penales de fondo<sup>2</sup> vinculadas a la doctrina de la situación irregular, como el decreto ley 22.274/80 del Régimen penal de la minoridad o las leyes de ejecución penal dictadas para adultos, como la ley 12256 de ejecución penal bonaerense. Ocurre así que la misma ley 13634 remite al decreto ley 22278 para proceder al dictado de medidas condenatorias por delitos cometidos durante la minoría de edad, al Código penal de mayores de edad para definir el monto de las penas, y a la ley de ejecución penal para mayores de edad para determinar sobre las formas y modalidades para el cumplimiento de las penas.

Ocurren sobre esta contradicción dos fenómenos: por un lado, el sistema de responsabilidad penal juvenil sólo adquiere especificidad respecto a los organismos judiciales de primera instancia<sup>3</sup>, carece de especificidad respecto a las instancias de apelación, al abanico de medidas judiciales que se disponen, al monto de las penas, a las modalidades y tiempos de cumplimiento de las condenas. Carece además de especificidad en cuanto al lenguaje, a los rituales y símbolos, a las formas de nombrar y darle sentido a las cosas. Más bien, se ha replicado el derecho penal de adultos en el penal juvenil, con algunas variantes que tienen relación con los plazos procesales o la

---

<sup>2</sup> equivalentes al código penal

<sup>3</sup> jueces de garantías, de responsabilidad penal juvenil, defensores del joven y fiscales penales juveniles

presencia de los padres. Así, se repiten términos y medidas<sup>4</sup> sin nada que lo vincule a la disposición de esa medida sobre un adolescente, no ya un adulto.

¿Es posible pensar un marco normativo que no sea tan solo una adaptación del derecho penal tradicional de adultos sino un marco normativo alternativo, que sea capaz de crear nuevas figuras penales? ¿Es posible pensar que la privación de libertad ya sea en su faz preventiva o sancionatoria sea entendida en un sentido diverso en cuanto a su modalidad y tiempo de ejecución?

La constitución de un pretendido “nuevo paradigma” no ha ofrecido un marco de referencia o un contexto de resolución de este problema. Más aún, lo ha ocultado. Parte de la comunidad que participa de la constitución del “nuevo paradigma” ha actuado como refiere Kuhn que actúa una comunidad científica cuando aparece una anomalía: la oculta o crea principios explicativos para sortearla, es decir un principio que no precisa justificación.

Volviendo a la pregunta de qué representa la cultura tutelar en el “nuevo paradigma”, representa todavía para muchos una respuesta efectiva que ocupa los vacíos del sistema de responsabilidad penal juvenil. Representa para muchos otros un enemigo necesario para mitigar su inoperancia o falta de inventiva para crear un verdadero derecho penal juvenil.

¿La persistencia de la cultura tutelar representa la más importante anomalía del nuevo sistema?

Como ya fuera dicho, existen numerosos ensayos e investigaciones sobre el cambio de paradigma hegemonizados por la mirada jurídica, la comparación normativa y el análisis documental. Trascendiendo ello, otra mirada la constituye el aporte desde la etnografía como un método adecuado de investigación, entendiendo que “las lentes particulares del método etnográfico, por su alto poder de resolución para la documentación de los

---

<sup>4</sup> detención, prisión preventiva, arresto domiciliario, pena de prisión, salidas transitorias, libertad condicional

detalles, debido tanto a la mirada microscópica como a la inclusión de períodos de tiempo prolongados, tiende a contextualizar estas imágenes, experiencias y recuerdos en la compleja trama de la vida que incluye todas las variaciones y contrapuntos de cualquier cotidianeidad” (Epele, 2010). Siguiendo la opinión de la autora respecto a los barrios donde realiza su trabajo, podemos afirmar que la escasez de investigaciones sobre los institutos de menores donde la cultura tutelar se desarrolla, hace de la etnografía el método adecuado “para el registro de las voces y las experiencias de los propios actores sociales”. (Epele, 2010). Considerando entonces a los institutos de menores como un espacio propicio donde se expone aquella trama de significaciones que tejen la justicia, el instituto penal y los jóvenes privados de libertad.

Para iniciar una aproximación a esta cuestión, se han considerado aspectos relacionados con las diferentes etapas, modalidades y beneficios de las medidas judiciales de privación de libertad en relación al estado procesal: la prisión preventiva, los permisos de salida, las modalidades de ejecución, la sanción condenatoria. Esto, además, en su traducción al lenguaje y a la práctica cotidiana, de los juzgados, de los institutos de menores y de los jóvenes intervenidos.

En el inicio de este trabajo se han analizado dos cuestiones: el dictado de la prisión preventiva y el dictado de sentencias penales y de aplicación de condena.

La ley provincial 13634 establece en su artículo 42 diferentes medidas cautelares; prohibición de salir del país o de una localidad o ámbito territorial, de asistir a determinados lugares, de aproximarse o comunicarse con el ofendido o con determinadas personas, obligación de concurrir periódicamente al Juzgado; hasta arribar a las dos más gravosas, el arresto domiciliario y la prisión preventiva, implicando esta última el alojamiento en instituciones de privación de libertad. Para el dictado de esta última medida, dicha ley establece en su artículo 43 que deben existir indicios vehementes de la existencia del hecho, y motivos suficientes para sospechar que el joven ha participado en su comisión y para suponer que puede evadir la justicia o entorpecer la investigación, y que no sea posible aplicar otra medida cautelar no privativa de libertad.

Finalmente, los fundamentos para el dictado de la prisión preventiva no difieren de los correspondientes al derecho penal para adultos, estos son el peligro de evadirse del proceso penal o de obstaculizar su desarrollo.

En la organización de las instituciones penales para el alojamiento de adolescentes, existen dos modalidades: los de régimen cerrado o de seguridad (centros de recepción y centros cerrados), y los de régimen abierto o de semilibertad (centros de contención). En el lenguaje tradicional de los oficios judiciales y en su traducción a la práctica cotidiana del organismo ejecutivo, si la orden judicial, aún decretando una prisión preventiva, no especifica que la medida judicial deba cumplirse en institución cerrada, o lo deja al criterio de la evaluación del órgano ejecutivo, o define que sea derivado a institución “acorde” (al joven o a su problemática), entonces la medida judicial se hace efectiva en un Centro de Contención<sup>5</sup>.

El fundamento de la resolución judicial se refiere a esas cuestiones generales que se mencionan como causa de la prisión preventiva, aunque deba ser cumplida en una institución sin medidas de seguridad que garanticen la imposibilidad de evadirse de la misma y por tanto del proceso penal. Los actores judiciales no ofrecen una explicación jurídica para sortear esta cuestión. Uno de los defensores consultados planteó que la defensa hace la petición, y que el juez decide sobre ella sin cuestionarse el planteo respecto al cumplimiento de la prisión preventiva en una institución de régimen abierto. Esto ¿no resulta análogo a aquello que afirmaba Kuhn respecto a la negación de la primeras anomalías por parte de la comunidad científica para sostener el paradigma que reúne a esa comunidad? La explicación termina en argumentos propios de la cultura tutelar, relacionados no con las condiciones “objetivas” del proceso penal, sino con las condiciones personales del joven, su contexto familiar, la impresión personal del juez, la evaluación psicosocial. Los sectores judiciales más apegados a las prácticas propias de la cultura tutelar y que en sus actos realizan una reivindicación de la misma aún desde su ubicación en el “nuevo paradigma”, lo plantean como parte de la especificidad del fuero

---

<sup>5</sup> en otras ocasiones puede ocurrir que la prisión preventiva sea morigerada para ser cumplida en esa modalidad

juvenil, aunque esto no provenga de una traducción del cuerpo normativo. Los sectores que tachan de “patronato” a cualquier reminiscencia de la cultura tutelar, realizan el mismo acto que los anteriores aún repudiando discursivamente la posición de aquellos frente al “nuevo paradigma”.

Situaciones similares ocurren frente a cuestiones tradicionales en el antiguo “derechos de menores”, como son el otorgamiento de permisos de salidas, difíciles de encuadrar en el rígido marco de las leyes procesales o de ejecución penal que replican las correspondientes a los adultos. A petición de los defensores bajo el marco legal de convenciones de derechos, los mismos tanto pueden ser rechazados con fundamento en las normas procesales como autorizados sin otro fundamento que aquello que en forma implícita o explícita deriva de la cultura tutelar. Ocurre lo primero en forma sistemática por determinados juzgados o incluso departamentos judiciales; y lo segundo, por otros.

El artículo 4° del Decreto Ley 22278 representa otro buen ejemplo donde se desarrolla la cultura tutelar. Este artículo determina que para la “imposición de pena respecto del menor” (es decir aquel que fue imputado de la comisión de un delito siendo menor de edad) deben cumplirse tres requisitos: que haya sido declarada su responsabilidad penal, que haya cumplido dieciocho años de edad, y que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad<sup>6</sup>. A continuación, el artículo determina que “una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en forma prevista para la tentativa.”

En la práctica judicial, es habitual la aplicación estricta de este artículo. Cuando resulta juzgado un joven en el marco del fuero de responsabilidad penal juvenil y se le dicta una sentencia por la cual se determina su responsabilidad penal, es habitual que la imposición de pena se difiera “hasta que su cumplan los términos del art. 4 de la ley 22.278”. Esto tanto debido a que el joven juzgado aún no cumplió los dieciocho años como a que no

---

<sup>6</sup> que en el derecho civil hasta hace muy poco correspondía a los veintiún años

cumplió con un año de “tratamiento tutelar” que se asimila a que no transcurrió un año privado de libertad en un instituto. Se denomina a este mecanismo cesura de juicio o diferimiento de pena.

¿Qué ocurre cuando se cumplen ambos términos? Se despliega allí la anomalía. Por la cantidad de jóvenes infractores sobre los que intervienen, se analizan los casos de dos departamentos judiciales del conurbano bonaerense que utilizan esta práctica, aunque el mismo criterio se extiende también a departamentos judiciales del interior provincial. Uno de los jueces de responsabilidad penal juvenil, en particular, sostuvo en forma explícita la convicción que dictaminar una condena representa un “fracaso del sistema”. En ese criterio, también se encuentran otros jueces de esos departamentos judiciales que son acompañados también por jueces de garantías y defensores juveniles de esos mismos departamentos judiciales. Ese criterio fundamenta entonces la práctica de prolongar los plazos de cesura con la expectativa que el “resultado del tratamiento tutelar” sea exitoso, y entonces pueda considerarse innecesaria la aplicación de pena o se le aplique una lo suficientemente atenuada como para posibilitar que se le considere cumplida o que sea puesto en libertad por haber cumplido los plazos previstos para acceder a alguno de los beneficios procesales que habilita la ley. Esto implica que haya jóvenes que han transcurrido detenidos desde algunos meses hasta entre dos y tres años luego de haberseles dictado la sentencia de responsabilidad penal, sin que se les haya dictado condena.

Cuando el instituto que los aloja es visitado en algunas de las rutinas de control mensual o bimestral, por integrantes de los juzgados y defensorías departamentales de la jurisdicción de la capital provincial (diferente de los departamentos judiciales citados), sostienen éstos otra convicción, considerando que la extensión del plazo de cesura de juicio, o sea del diferimiento del dictado de la pena, a veces en una plaza que excede largamente lo dispuesto en la ley, constituye parte de la cultura tutelar, porque privilegia cuestiones subjetivas (lo referido al “tratamiento tutelar”) por sobre las estrictamente procesales penales.

- “Patronato puro”, ha definido uno de los integrantes de estas comitivas de control institucional cuando se le despliega la repetición de casos provenientes de otro departamento judicial.

- “¿Que quieren, condenar a todos?”, responde uno de los jueces perteneciente a este último respecto a los del primero.

Sin embargo, estos ofrecen dos particularidades. Ambas posiciones se establecen discursivamente desde la defensa de la doctrina de la protección integral, o más sencillo, desde la presumida defensa de los derechos de los jóvenes. Ambos además lo hacen, unos con la benefactora intención de evitar que haya jóvenes que permanezcan privados de libertad sujetos al cumplimiento de una condena, y los otros que lo hagan sujetos a una medida tutelar.

En las dos cuestiones planteadas, ambas posiciones además, persisten en una situación de inercia que no favorece ningún cambio que permita resolver esta anomalía en el marco del “nuevo paradigma” que, discursivamente, ambos defienden. La cultura tutelar termina siendo por convicción, por tradición, por comodidad, por limitación intelectual o por falta de iniciativa o de inventiva, el único recurso consistente que fundamenta prácticas de las instituciones penales judiciales y ejecutivas.

A los jóvenes infractores privados de libertad, el universo menos considerado en la generalidad de los trabajos que los nombran, el lenguaje y la práctica jurídica-institucional fundamentada en la cultura tutelar les deviene como más adecuada y cómoda a sus peticiones, ansiedades y a su mismo grado de capacidad de traducir la medida judicial a un proceso de responsabilidad sobre un acto que la justicia reprocha. Esto forma parte aún que de un amplio campo cultural aún poco explorado.

¿Será que la cultura tutelar ha permanecido como anomalía del nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil, y que transitamos la etapa en que la comunidad niega la anomalía creando argumentos que deben aceptarse sin más para conservar la unidad de

la comunidad jurídica-institucional? Sería entonces que otro “nuevo paradigma” debiera comenzar a construirse, cual sería el diseño de un derecho penal juvenil específico, que introduzca nuevos cuerpos jurídicos, lenguajes, rituales, figuras, actores y medidas.

## **Bibliografía**

BARATTA, Alessandro. (2002) *Criminología Crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. 1° Edición. Siglo XXI Editores Argentina. Buenos Aires, Argentina.

BARATTA, Alessandro. (1998) *Infancia y democracia*. E. García Mendez, M. Beloff (Comps.), *Infancia, ley y democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)* Temis/Depalma, Pp. 118-147. Bogotá, Colombia.

DWORKIN, Ronald M. (1967). *¿Qué es el derecho?*. Yale Law School Legal Scholarship Repository.

GEERTZ, Clifford (1992) *La interpretación de las culturas*. Ed. Gedisa, Barcelona. España

EPELE, María (2010) *Sujetar por la herida. Una etnografía sobre drogas, pobreza y salud*. Ed. Paidós. Buenos Aires. Argentina

GUBER, Rosana. (2001). *La etnografía: método, campo y reflexividad*. Editorial Norma. Vol. 11. *Enciclopedia Latinoamericana de Sociocultura y Comunicación*. Bogotá, Colombia

KUHN, Thomas S. (2005). *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica de España

ISLA, Alejandro. (2007) *En los márgenes de la ley. Inseguridad y violencia en el cono sur*. Paidós. Buenos Aires, Argentina.

ISLA, Alejandro. y MIGUEZ, Daniel. (coord.) (2003) "Heridas Urbanas: violencia delictiva y transformaciones sociales en los noventa", Ed. De las Ciencias. Buenos Aires, Argentina