

**LOS PRESUPUESTOS IDEOLÓGICOS DE  
UNA JUSTICIA PENAL DE/PARA LOS  
JÓVENES<sup>1</sup>**

(Hegemonía y anomalías de un difícil vínculo social)

**Iñaki Rivera Beiras**

<sup>1</sup> El presente trabajo refleja una versión corregida y actualizada del que con el título "Nacimiento y presupuestos ideológicos de la justicia penal juvenil", fue publicado en *Pasado y presente de la Justicia Penal Juvenil* por UNICEF-El Salvador (2000), y en la colección *Desafíos, Antropos, número Jóvenes y Adultos. Un difícil vínculo social*. Barcelona (2007).

## 1. Niños y adultos. Hegemonías, asimetrías y anomalías de una relación desigual

Imaginemos el intento por dibujar históricamente el camino de los niños hacia la democracia y hacia el trazado de una ciudadanía plena. Nadie, en sus mejores intenciones, se opondría a ello desde el firmamento que delimitan los derechos humanos para todas las personas, también para quienes integran esa categoría llamada "infancia". Mas pese a ello, en el imaginado camino se perciben algunas anomalías que, desde un punto de vista estructural, marcan importantes diferencias en relación a la historia de otros grupos de sujetos hacia la emancipación prometida.

Hace ya tiempo que Baratta (1998), extremadamente preocupado por la situación de la infancia en América Latina (y no sólo en aquel continente) puso de manifiesto con gran lucidez cuanto se ha advertido en el párrafo precedente y ahora se ampliará en los sucesivos. En extrema síntesis: si observamos las relaciones sociales desde el paradigma del "poder de definición", nuevamente, es evidente que son los adultos quienes *definen-protogen-uniforman-castigan* a la otra parte de la relación aludida. Sigamos este hilo rojo señalado por Sandro para problematizarlo hasta el fondo, primero, y rastrearlo, después, en sus raíces genealógicas.

Baratta alude (como primera anomalía) a la exclusión de los niños del pacto social, es decir, exclusión del ejercicio de la ciudadanía que no sólo es de hecho, sino de derecho. "Los niños no son parte contratante en el pacto [...] El camino de los derechos que tienen los niños hasta su reconocimiento es más largo que el de los otros sujetos excluidos del pacto social moderno" (*op. cit.*:4).

La segunda anomalía descrita por el citado autor consiste en que "la lucha de los niños por su derecho a la igualdad está desvinculada de la lucha por el reconocimiento de su diferencia" (*ibidem*).

La tercera, que en realidad es una consecuencia íntimamente ligada a las anteriores, es que: "la lucha por los derechos de los niños, a diferencia de la de otros grupos de excluidos, no ha sido una lucha propia sino que ha quedado y queda dependiente del discurso y del actuar de los adultos" (*op. cit.*:45). En efecto, la larga lucha emprendida por movimientos sociales históricos por el reconocimiento de nuevas cuotas de derechos fundamentales, siempre se verificó en un escenario en el que interactuaban luchaban y confrontaban grupos antagónicos (mujeres que lucharon contra el poder de los hombres, trabajadores contra el poder de los propietarios del capital, personas de color contra la hegemonía blanca, etc.). No ha sucedido lo mismo en el ámbito de la infancia, el protagonismo, la hegemonía y el poder de la definición no le perteneció a ésta sino a los adultos. Sólo ellos definieron sus derechos y delimitaron el campo y los límites de actuación.

Por todo ello, Barata concluye señalando que "los niños no se han vuelto un sujeto colectivo, un movimiento público, no han creado un discurso sobre sus necesidades redefinidas como derechos a pesar de que hayan ocurrido experiencias aisladas de altísima calidad"<sup>1</sup>.

Cuanto se ha escuetamente señalado proporciona interrogantes y advertencias que deben tenerse en cuenta si se ahonda en un estudio sobre la cuestión juvenil, minoril o sobre la categoría misma de la infancia. Para los fines del presente artículo, se señalan tres interrogantes a partir de los cuales se desarrolla el recorrido:

-¿Desde cuándo, rastreando genealógicamente, se puede hablar de la existencia de una categoría social y conceptual semejante?

-¿Cuándo, cómo y por qué nació un tipo de control penal de/para los jóvenes desgajado del que era propio para el control punitivo de los adultos?

<sup>1</sup> Alude a los movimientos de "pibes unidos" en Argentina o "meninos da rua" en Brasil, además de algunas aisladas experiencias europeas.

-¿Qué lastres soportamos en la actualidad en torno al desarrollo mencionado?

Evidentemente, estas preguntas requieren de una mirada histórica que se inicia a continuación.

## 2. Del Antiguo Régimen a la Modernidad: la aparición de la categoría social de la niñez y juventud

Para acercarse a un estudio relativo a la problemática que plantea la denominada "cuestión minoril", parece oportuno señalar ante todo que semejante cuestión no puede identificarse homogéneamente en todo lugar y en cualquier período histórico. En efecto, ha de señalarse, en primer lugar, que lo que hoy identificamos como niño, adolescente o joven, traduce la construcción de una categoría social que no existió siempre.

El mundo antiguo, la edad media e, incluso, hasta los albores de la Modernidad (a finales del siglo XVIII), no conoció la categoría social de la minoridad. El niño afrontaba muy tempranamente responsabilidades adultas y su incorporación al mundo adulto (ya sea en el ámbito recreativo, familiar, o en el de producción agrícola) se verificaba muy pronto. En un contexto semejante, cabe afirmar que la duración de la infancia era notoriamente breve, a lo sumo podía durar de los primeros años de vida -sumamente frágiles- hasta su rápida y temprana incorporación al mundo laboral. Sólo a partir de ese momento el niño/joven comenzaba a importar un poco más, es decir, en la medida o en función de su "aporte", de su fuerza de trabajo que pasaba a contribuir al sostenimiento económico de una unidad familiar, generalmente.

Una situación de tal tipo puede decirse que, aproximadamente, se mantendrá hasta entrado el siglo XIX, época en la cual comenzará a verificarse una separación del mundo de la infancia del mundo adulto.

Tal vez por estas características apuntadas puede afirmarse que una situación como la descripta se reproducía en el ámbito del control jurídico penal. En efecto, los sistemas de justicia atribuían una responsabilidad por igual y, aunque marcaran ciertas diferencias,

puede afirmarse que las instituciones penitenciarias recibían adultos y niños, con las tan difundidas imágenes de abusos que se producían en su interior fruto de semejante tipo de convivencia.

Semejante tipo de control jurídico penal fue construyéndose con una característica especial y que, podríamos apuntar para la reflexión, constituye un elemento estructural de la justicia minoril que persiste, claro que con diferencias, hasta la actualidad: *la ambigua naturaleza de una intervención naida entre pretensiones tutelares y realidades punitivas.*

### 3. Los signos de los nuevos tiempos: la creación de las libertades y la invención de la disciplina social

Junto a cuanto se ha mencionado, es necesario entender que determinados acontecimientos de índole política, económica y cultural propiciarían el cambio que se está señalando. Podrían enumerarse los siguientes:

- importantes flujos migratorios que constituyeron en no pocos casos, auténticas explosiones demográficas;
- las crisis que fruto de todo ello comenzaron a sufrir las urbes;
- las importantísimas cantidades de trabajadores jóvenes que iban incorporándose a la naciente fábrica en los albores de la sociedad industrial;
- la nueva consideración que tendrá la vagancia y la ociosidad, las cuales dejarán de tener el estatuto sagrado propio de épocas medievales (donde ciertos santos vagaban por los caminos viviendo de limosnas para ofrecer su vida a la contemplación divina), para pasar a ser consideradas auténticas "lacras sociales" que es necesario controlar y combatir;
- comienza, entonces, la lucha contra la ociosidad y la paulatina penetración de la población en la lógica manufacturera;

- las fiestas patronales, por ejemplo (únicos descansos para la clase trabajadora) comienzan a ser drásticamente reducidas en pro de la productividad;
- todo ello indica que estamos asistiendo al surgimiento de un nuevo concepto que será erigido en el dogma de los nuevos tiempos: "el culto al trabajo";
- el nacimiento de toda una serie de instituciones totales coadyuvará a cuanto se está indicando: en efecto, no puede olvidarse que en esa época se asistirá también al surgimiento de los asilos, los hospicios de pobreza (españoles), las fábricas, el "bridwell" (británico), las "casas di lavoro" (italianas), los "spin-huis" y "rasp-huis" (holandeses), los hospitales generales (franceses), los orfanatos, los manicomios, las penitenciarías, los reformatorios...

Como tanta literatura ha indicado, todos esos acontecimientos propiciarían el surgimiento del Gran Encierro: la sociedad industrial nació por entonces combinando el invento de las libertades con la invención de las disciplinas (véanse Foucault 1976; Melossi-Pavarini 1960; Rusche-Kirchheime: 1981; entre otros).

En este contexto de profunda transformación social, política y cultural, es donde puede localizarse el surgimiento de la categoría social del menor y, consecuentemente, el inicio de particulares formas de control "asistencial-punitivo".

### 4. Primeros elementos de las legislaciones decimonónicas en materia penal juvenil

Dentro del movimiento propio de "la codificación" que abarcará gran parte del pasado siglo, puede señalarse que las primeras iniciativas legislativas consideraron siempre a los menores de siete años de edad como seres absolutamente irimputables para los fines propios del Derecho Penal (cfr. por ejemplo, el primer Código Penal en España de 1822). Normalmente, salvo excepciones, se consideró que para los mayores se siete (7) años y no enores de diecisiete (17),

debía procederse a una investigación acerca de si el menor había obrado, o no, "con discernimiento".

Ese sistema provocó interpretaciones muy diversas por su vaguedad y por la evidente dificultad de averiguar cuándo conocía o no, el infractor, el aspecto o contenido antijurídico de se acción. La consideración del "discernimiento" tuvo mucha importancia en las concepciones retributivas (absolutas) de las penas, y puede decirse que su empleo fue decayendo a medida que las concepciones relativas (utilitarias) de las penas iban ganando terreno.

Es importante mencionar, a propósito de la consideración del "discernimiento" que, mientras el mismo fue utilizado, una de las consecuencias que ello produjo, entre otras, fue que a los mayores de siete años a quienes se probara que habían actuado con discernimiento, se les impondría la misma pena de cárcel que para los adultos.

Posteriormente, tales edades fueron modificándose y, en general, elevándose hasta a canzar en Europa, ya a finales del siglo XIX y en los albores del siglo XX, la mínima edad de dieciséis (16) años, y la consecuente desaparición del juicio sobre la capacidad de discernimiento analizada. Ello fue, aproximadamente, contemporáneo a la idea de "sacar a los menores del Derecho penal" para colocarlos en nuevas instituciones donde pudieran aplicárseles tratamientos y protecciones diversas, como se señalará a continuación.

##### 5. Movimientos y situación internacional de entonces (fines del siglo XIX)

En el contexto que se está describiendo se produce el conocido "movimiento de salvación del niño", tan bien descrito por Platt. Todo ello desembocará, justo a fin del siglo XIX, concretamente en 1899, en la creación del primer Tribunal para Niños (la famosa "Juvenile Court"), en la ciudad norteamericana de Chicago.

Pero es muy importante, más allá de las prescripciones normativas y de la aparición de estos primeros Tribunales minoriles, hacer referencia a las iniciativas en donde, con anterioridad a la fecha indicada, se sentarían las bases ideológicas del surgimiento de una

justicia penal de/para los menores, separada de la justicia penal de/para los adultos.

Aludo con ello a la paulatina celebración, en la segunda mitad del pasado siglo, de los primeros Congresos Penitenciarios Internacionales, en el seno de cuyos debates se sentarán los pilares de esta nueva forma de control formal para los jóvenes. Tales Congresos, que se celebraron primero en Europa y luego en los Estados Unidos de América, tradujeron en sus ponencias, debates y cuestiones analizadas, los primeros principios y fundamentos de la justicia penal minoril.

Como bien ha descrito Cadalso, en el seno de aquellos debates doctrinales emergieron con fuerza los postulados del positivismo y correccionalismo decimonónicos que sentaron las bases de la pretensión científica de abordar el problema de la desviación y de la criminalidad. Allí fueron abordadas cuestiones decisivas tales como: la arquitectura penitenciaria, el régimen y primeras formas de tratamiento penitenciario de la criminalidad, los problemas derivados del alcoholismo, la pornografía, y prostitución, todo lo relativo a la justificación de penas y de medidas de seguridad, el tratamiento de los enfermos mentales y la organización de los manicomios, o los problemas derivados de la juventud y la creación de los primeros reformatorios.

En cuanto concierne a esta última cuestión, cabe señalar, por ejemplo, que se teorizó en torno a las condiciones que permitieran la separación de los menores de adultos en las instituciones de segregación, abogándose por la prohibición de la reclusión en establecimientos carcelarios de los menores de dieciocho (18) años.

Muchas de estas cuestiones fueron diseñadas por quienes integraron la categoría de la primera "iniciativa social" que, en este sentido, fue representada por aquellos sectores de la nobleza que se dedicaron -flantrópicamente- a la asistencia, por ejemplo, de las mujeres "de vida licenciosa", los presos pobres o los menores abandonados y/o infractores (la constitución de las primeras Asociaciones de Damas y Caballeros, que florecieron en toda Europa en este periodo, es un claro reflejo de cuanto se está diciendo).<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Para mayor información sobre el papel cumplido por esta "iniciativa social" en la España decimonónica, véase Rivera Bertras 2006.

Esta "iniciativa social" fue la que sentó las bases de un primer modelo pedagógico en el tratamiento de los menores. En efecto, en los debates de los Congresos Penitenciarios Internacionales abogaron, por ejemplo, para que a los menores internados en Reformatorios se les proporcionara una "enseñanza moral, religiosa e industrial", que existiera una disciplina severa (aunque no excesivamente dura), que se crearan (en el exterior de los muros) las primeras Sociedades de Patronato para que velasen por la educación, el control y asistencia de las familias y que, semejante forma de intervención no cesase una vez que el menor hubiera abandonado la institución cerrada, en una clara suerte de "asistencia educativa post-correccional".

Asimismo, es llamativo descubrir cómo, en el interior de los debates protagonizados en los Congresos Penitenciarios Internacionales, se insistía ya entonces en la necesidad de introducir y diseñar ciertas alternativas al encierro custodial de menores, abogándose por la adopción de ciertas medidas tales como: la colocación de jóvenes en familias, el mantenimiento de jóvenes en situación de libertad vigilada, la creación de las primeras Escuelas Industriales y Profesionales, la necesidad de crear Juntas de Barrios para el estudio de los problemas juveniles, o la defensa de la creación de los primeros Delegados de Protección de la Infancia.

Como puede advertirse, tales iniciativas constituyen tal vez los primeros antecedentes de muchas de las instituciones o medidas penales juveniles que aún subsisten en la actualidad.

Se llegó, incluso, a la articulación de verdaderos Programas de Tratamiento para el combate contra ciertas "causas" que eran señaladas como responsables de la desviación y la criminalidad. Por ejemplo, los Programas de lucha contra el alcoholismo juvenil que contenían tres niveles de actuación distinguidos: a) el *general*, consistente en alejar a los niños y jóvenes de establecimientos de suministro de bebidas alcohólicas; b) el *especial*, que preveía la enseñanza obligatoria antialcohólica; c) el *repressivo*, que preveía expresas prohibiciones de expendir bebidas alcohólicas a menores de dieciséis (16) años, con fuertes sanciones en caso de contravenciones. Como puede verse, toda una verdadera "estrategia de higiene social" en el abordaje de los disturbios juveniles.

También en el marco de las sesiones de estos Congresos Penitenciarios Internacionales se abogó por la creación rápida de las primeras "Colonias Educadoras de Jóvenes abandonados y perversidos".

Desde el punto de vista procesal judicial, se conocieron en tales debates las primeras iniciativas tendientes a prohibir determinadas publicidades en la celebración de los juicios y audiencias a menores, recomendándose la realización de los mismos "a puerta cerrada".

Por lo que se refiere a cuestiones específicas de legislación minoril, se defendió allí la necesidad de comenzar a promulgar auténticos Códigos de la Infancia que sirvesen para la armonización de las legislaciones dispensas y que, asimismo, se regulasen con sumo detalle todas las cuestiones relativas al ejercicio de la patria potestad.

Finalmente, señalar que estas iniciativas fueron también acompañadas por todas las direcciones que provenían de los primeros intentos por la articulación de "derechos sociales" para las mujeres embarazadas, en clara traducción de las luchas del movimiento obrero que también alcanzaron estas esferas corrientizadas (por ejemplo: la consagración de los derechos de las mujeres para que no trabajasen en el último mes del embarazo o la lucha por el establecimiento de los primeros seguros obligatorios para obreras).

No parece haber demasiada dificultad para concluir este epígrafe señalando entonces la profunda importancia que tuvo para la construcción de una primera forma de justicia penal minoril, las iniciativas y debates de estos Congresos Penitenciarios Internacionales que cerraron el siglo XIX con todo un auténtico andamiaje ideológico que proporcionó el positivismo criminológico.

## 6. El positivismo criminológico y la construcción de los fundamentos de la nueva intervención

Antes de señalarse cuáles fueron las bases ideológicas del positivismo criminológico, puede resultar interesante mencionar, muy rápidamente, los pilares de la Escuela clásica liberal que edificó y fundó la Modernidad. Y ello porque, como se verá después, muchas

de las orientaciones positivas y correccionalistas supusieron importantes reacciones contra aquella Escuela.

El movimiento iniciado a través de la ideología contractualista e ilustrada partió de unos *presupuestos* bien definidos sobre los cuales se articularían las primeras formas modernas de intervención jurídica penal. En tal sentido, cabe mencionar las siguientes:

- el principal objeto de atención, de estudio, era el delito, el hecho en sí;
- éste, como comportamiento humano, era una manifestación de la voluntad, del libre arbitrio del ser humano, el cual era libre para decidir su comportamiento;
- en consecuencia, quien delinquía era "responsable" de sus actos y se hacía "acreedor o merecedor" de una sanción penal, representada por la pena;
- semejante sanción debía ser "equivalente" al mal causado por el delito (retribución) y proporcional al grado de culpabilidad del infractor;
- además, en ese contexto, el Derecho penal, y la pena, debían servir para crear contramotivaciones a las tendencias criminales (prevención general);
- lógicamente, todo ello comportaba el respeto a toda una serie de garantías de orden procesal.

Por el contrario, los *presupuestos positivistas* cambiaron, como se verá, radicalmente los fundamentos de la intervención. En efecto:

- el objeto de estudio se desplazó del delito al hombre delincuente (nacía una Criminología que buscaba desentrañar las causas individuales del comportamiento desviado y/o criminal); nacía así el conocido "paradigma etiológico" de la criminalidad;
- se pasó a la negación consecuente del libre albedrío y a su sustitución por un más o menos rígido determinismo mecanicista;

- las causas individuales de la criminalidad, sobre todo a partir de la *Scuola Positiva* italiana, quedarían identificadas en base a factores o disturbios biológicos, psicológicos o sociales;
- la responsabilidad individual será sustituida por el concepto de "peligrosidad" como nuevo fundamento de la reacción penal;
- semejante reacción, entonces, deberá tener un carácter terapéutico: las penas deben ser sustituidas por medidas de seguridad, como "medicina del alma";
- a partir de allí, será clásico ya el binomio "culpabilidad/pena"; "peligrosidad/medida de seguridad";
- su duración se recomendará como indeterminada (en la célebre formulación de Jiménez de Asúa, cfr. 1955);
- esta nueva ideología encontró en el campo minoril (y en otros) un fértil campo de experimentación.

#### 7. Sus consecuencias para el control penal de los menores

Como acaba de verse, el positivismo sentó las bases "científicas" de una nueva forma de intervención penal sobre los jóvenes. Educación y re-educación inauguraron el catálogo de ideologías "re" que suponía una previa patología en el sujeto desviado o infractor que debía ser tratada a través de una medida de seguridad. Se construyó de ese modo un modelo correccionalista preocupado por clasificar, separar y corregir "tendencias", "estados peligrosos", etc.

Pedro Dorado Montero señala en 1915, en su famoso "Derecho Protector de los Criminales", que: "los delincuentes, como los locos, los pródigos, los vagabundos y los *menores*, son especiales, a veces, anormales". La edad, entonces, será una especial variable a considerar para la medición de las patologías, las desviaciones, etc. (como la prodigalidad, la enfermedad mental, u otras).

Fruto de todo ello será que, a partir de este momento, los menores serán también clasificados como anormales y, consecuentemente, potencialmente peligrosos, necesitados de atención y de control. Para ello, se les deben aplicar medidas terapéuticas y por tiempo indefinido Las primeras Leyes de Tribunales Tutelares de Menores, en las primeras décadas del siglo XX adoptarán rígidamente los presupuestos señalados. En efecto, tales legislaciones señalarán, por ejemplo:

- una presunción, "*iniri et de inire*" (sin admisión de prueba en contrario) de inimputabilidad a menores, normalmente, de 16 años;
- los niños y jóvenes serán considerados como "enfermos a curar", más que como "culpables a corregir";
- los Jueces que integrarán estos primeros Tribunales Tutelares, deberían ser una suerte de Psicólogos o terapeutas, antes que auténticos juristas;
- el presupuesto de la actuación penal no será sólo el delito cometido sino la "conducta irregular y peligrosa";
- esas conductas a examinar por los nuevos Tribunales Tutelares no consistirán sólo en los delitos cometidos sino, por ejemplo, en fugas de hogar, alcoholismo, conductas inmorales, vagabundeo, callejeo...
- se llegó a abogar por la criminalización de conductas no tipificadas como delito;
- en consecuencia, los Tribunales Tutelares debían ser competentes sobre niños y jóvenes "viciosos", "sean o no delincuentes" (como señaló Ramón Albo en 1920, "el hecho de que el niño haya delinquido, en la mayoría de los casos, no es más que un accidente");
- la reacción jurídica ya no consistirá en una pena -es decir, en un mal- sino en una medida educativa y tutelar -es decir, en un bien-, a fin de que con ella se alcanzase la corrección moral del menor;

- ahora bien, nada de ello obstaba a la notoria dureza de las medidas (Cuello Calón llegó a justificar el carácter educativo de los "azotes", siempre y cuando, eso sí, se aplicaran con finalidad paternal, como "derecho de corrección");
- la duración de la medida será indefinida, con el único límite de que no sobrepase la mayoría de edad civil.

Más allá de esas cuestiones señaladas a propósito de mencionar algunos rasgos característicos de las nuevas legislaciones de Tribunales Tutelares de Menores, las concepciones indicadas comportarían consecuencias específicas en el orden jurisdiccional y procesal. Veamos algunas de ellas:

En primer lugar, y por cuanto atañe a aspectos jurisdiccionales, ya se insinuó que no se requería en los Jueces una especial formación jurídica, ni que fuesen jueces de carrera; en todo caso, era preferible que se tratara de personas de probada moralidad y vida familiar intachable.

En segundo lugar, y en lo relativo al procedimiento seguido en tales Tribunales Tutelares de Menores, ha de señalarse la total inexistencia de un verdadero "proceso" propio de la legislación ordinaria: no se requiere ni el principio de publicidad ni tampoco el principio de práctica de las pruebas.

En tercer lugar, y por cuanto se refiere a las garantías, puede señalarse la total ausencia de las mismas, a consignarse auténticos procesos inquisitivos con claro desprecio de orientaciones acusatorias: tampoco se entendió necesaria ni la intervención del Ministerio Público, ni del Abogado defensor, ni la vigencia del principio de contradicción (Cuello Calón señalaba que "el Juez es el padre, el protector, el amigo y el maestro del niño, ¿para qué entonces tener un abogado?").<sup>3</sup>

<sup>3</sup> En torno a la influencia del Positivismo y en especial del Correccionalismo español en la penología decimonónica y de primeros años del siglo XX, véase Cano 2000.

## 8. Algunas reflexiones a modo de conclusión

Como se ha ido viendo a lo largo de estas páginas, el pretendido carácter paternalista y asistencialista de estos modelos protectores y tutelares en el marco de acción penal sobre los niños y jóvenes, traido en realidad la auténtica paradoja que comportó algunas de las siguientes cuestiones:

- criminalización y clara persecución de conductas no tipificadas penalmente como delitos (flagrante violación del principio de legalidad y del principio de tipicidad);
- consagración de unos procesos tutelares que, en realidad, supusieron el desmantelamiento de unas garantías procesales que habían sido una conquista de la Modernidad;
- en efecto, en tales procesos no se respetaron los siguientes derechos: el derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales, el derecho a ser informado de la acusación y cargos contra el menor, el derecho a un proceso público, el derecho de utilizar los medios de prueba para su defensa, el derecho a no confesarse culpable, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a la presunción de inocencia, etc.;
- también, y como no podía ser de otro modo, la ejecución de drásticas medidas de seguridad privativas de libertad, sin ningún tipo de control jurisdiccional (violación de la garantía ejecutiva derivada del principio de legalidad en la tradición que proviene del Derecho penal liberal);
- y finalmente, como se ha visto, la tolerancia e incluso recomendación de la aplicación de "paternales" castigos corporales

En síntesis, el llamado "modelo tutelar o de la protección," comportó la más absoluta des-protección de los menores frente al *ius puniendi* del Estado.

Para finalizar, desearía señalar que cuanto se ha dicho a propósito del recorrido histórico por el que surgió y discutió la primera forma de intervención penal sobre los jóvenes, no se ha efectuado con ninguna pretensión de erudición, sino con la concreta finalidad de que los eventuales lectores conozcan los presupuestos ideológicos sobre los que se fundó semejante intervención.

Como se ha visto, ello tuvo lugar hace algo más de un siglo. Las preguntas que surgen son al menos tres (retomando también las reflexiones de Baratta que se citaron al principio de este trabajo):

- a) ¿existen aún dudas de que los derechos y las intervenciones punitivas sobre los niños y jóvenes han sido, exclusivamente, configurados por los adultos sin su participación?
- b) ¿cuáles son los resultados que ha arrojado, materialmente, semejante proceso de determinación paternalista de control penal?
- c) ¿hasta qué punto arrastramos, todavía hoy, tanto en la legislación punitiva como en las prácticas, los resabios de un modelo positivista de intervención?

El gran desafío, en consecuencia, y para el caso que este último interrogante arroje el resultado de la presencia de un resabio semejante, sólo puede consistir en ir liberándonos del lastre que supone intervenir punitivamente sobre los niños y los jóvenes a través de unas prácticas, y unos discursos, que padecen una insalvable crisis de legitimación y, en todo caso, son indignos de un Estado democrático de Derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARATTIA, A. (1998), "Infancia y democracia", en E. García Méndez y M. Bello (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá - Buenos Aires: Ed. Temis, Ed. Depalma, 31-57.
- CADALSO, F. (1922), *Instituciones Penitenciarias y similares en España*, Madrid, José Góngora Impresor (Biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona).
- CANO, F. (2004), "La influencia del Positivismo en la Criminología y Penología españolas: orígenes y primeros pasos de la prevención especial como fin de la punición". En I. Riverca Beiras (coord.): *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*. Barcelona: Ed. Anthropos, 61-80.
- CUEILLO CALÓN, E. (1958), *La moderna penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*, Barcelona, Bosch Casa Editorial.
- FOUCAULT, M. (1986), *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Madrid, Ed. Siglo XXI (trad.: A. Garzón del Camino).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, I. (1955), *Tratado de Derecho Penal*, t. I: *Concepto del Derecho Penal y de la Criminología. Historia y Legislación comparada*, 3era. ed., Buenos Aires, Ed. Losada.
- MELLOSSI, D. y M. PAVARINI (1987), *Cárcel y fábrica: Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVII-XIX)*, México, Ed. Siglo XXI (trad.: X. Massimi).
- PLATT, A. (1997), *Los "salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*. México: Ed. Siglo XXI (trad. F. Blanco).
- RIVERCA BEIRAS, I. (2006), *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- RUSCHE, G. y O. KIRCHHEIMER (1984), *Pena y estructura social*, Bogotá, Ed. Temis (trad.: E. García Méndez).

Apuntes sobre jóvenes infractores, performances y estrategias defensivas

Julían Axat

UNA VOZ NO TAN MENOR