

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO
FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES
CARRERA: SOCIOLOGIA
N°. Reg. 9955

TRABAJO: TESINA

**TITULO: LEY, SUBJETIVIDAD Y ADOLESCENTES EN EL
NEOLIBERALISMO**

**SUBTITULO: CONSTRUCCION DE LA SUBJETIVIDAD
ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL**

ALUMNA: ARES MARIA FLORENCIA

**PROFESOR: JAVIER OZOLLO
LUGAR: MENDOZA
FECHA: 2010**

INTRODUCCIÓN

Esta tesina es un trabajo de investigación sobre la construcción de un tipo de subjetividad a partir de los adolescentes que ingresan al sistema penal de menores argentino, bajo la ley 22.278/22.803, en el marco de la gubernamentalidad neoliberal.

El marco histórico-temporal de esta investigación es Argentina entre los años 1976 - 1998.

La situación económica y política que atravesaban los países de América Latina, entre ellos la Argentina, a mediados de los años 70, hicieron de la región un terreno propicio en cual se propagaron con gran celeridad las ideas neoliberales, principalmente aquellas provenientes de las interpretaciones del Milton Friedman y sus colegas de la Escuela Económica de la Universidad de Chicago.

En nuestro país, en los años 90, organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, se encargaron de pregonar el llamado “Consenso de Washington” un paquete de medidas de política económica dirigido no solo a instaurar un nuevo modelo económico sino, también, una “nueva manera de gobernar” donde se gobierna para el mercado y de acuerdo a la posición que se tenga asignada en el orden económico mundial.

El neoliberalismo como “arte de gobernar” no nace en América Latina, su origen se remonta a Europa Occidental y a Estados Unidos: allí comienza a delinearse una nueva manera de pensar, de reflexionar sobre y en la práctica gubernamental que se caracteriza por obedecer al principio de una economía máxima y extender la racionalidad del mercado a los campos político, jurídico y social.

La extensión de la lógica económica al campo jurídico; la concepción del adolescente como “sujeto de derecho” y “sujeto económico” constituye una nueva manera de pensar y obrar en el ejercicio del control social respecto a quienes ingresan al Sistema Penal de Menores imputados por haber cometido conductas consideradas como delitos por la legislación penal vigente.

La figura de Michel Foucault aparece como insoslayable a la hora de realizar un análisis de la historia del control social en las sociedades modernas occidentales y de abordar la cuestión del poder en términos de gubernamentalidad.

Teniendo en consideración el aporte foucaulteano y bajo la experiencia argentina del neoliberalismo, se reconoce una nueva forma de concebir a los adolescentes que ingresan al sistema penal de menores que tiene como sustrato una concepción que remite a una lógica de corte netamente neoliberal.

Nos ubicamos a nivel de reflexión de la manera en que se despliega un nuevo modo de pensar la relación adolescentes/ley penal que termina por constituir un nuevo tipo de subjetividad: la del “adolescente en conflicto con la ley penal”.

En el capítulo I se explicitan los principales conceptos teóricos y metodológicos que asume la investigación, a fin de hacerla más comprensible.

En el capítulo II se aborda, con perspectiva histórica, el proceso de reforma del Sistema Judicial y Penal iniciado a fines del siglo XVIII y a comienzos del XIX en los

países de Europa Occidental. El abandono de la Teoría Legal y Penal de los Reformadores y eventual predominio del positivismo criminológico y su influencia en las legislaciones y códigos penales de todos los países de América Latina.

Se toma, a modo de ejemplo, en el marco del establecimiento de la Sociedad Disciplinaria la función que adquieren ciertos discursos de verdad en el interior del aparato judicial Francés en los siglos XIX y XX. La construcción de la subjetividad “anormal” como correlato de un nuevo poder de castigar que traduce una nueva manera de pensar el ejercicio del control social respecto a quienes trasgreden la ley.

En el capítulo III, en el marco de la experiencia Argentina, se realiza el análisis de dos discursos de verdad que operan dentro del ámbito de la ley 22.278/22.803: la pericia psiquiátrica y la pericia socio-ambiental, identificando en ésta última su pertenencia a una nueva economía del poder de castigar y la construcción de la subjetividad “adolescentes en conflicto con la ley penal”.

CAPITULO I

1. MARCO TEÓRICO.

1.1 ASPECTOS METODOLÓGICOS

Esta investigación asumirá las herramientas metodológicas que emergen de los trabajos realizados por Michel Foucault y que reciben el nombre de «genealogía». Esta metodología parte de una suspensión de los universales antropológicos (la Sociedad, el Estado, el Soberano, etc.) en pos de lograr la reconstrucción histórica de los múltiples y diversos procesos que forman complejos de un poder-saber-subjetivación. En lugar de partir de universales como grilla de inteligibilidad obligatoria para una serie de prácticas concretas, comienza por estas últimas y pasa a los universales por la grilla de esas prácticas¹.

Las relaciones de saber-poder determinan epocalmente las conformaciones del sujeto, la verdad, la normalidad y todos aquellos elementos que permiten reconstruir

¹ FOUCAULT, Michel, Nacimiento de la biopolítica: curso en el Collage de France (1978-1979), trad. de Horacio Pons, 1ª edic.en Español, (Buenos Aires, E. Fondo de Cultura Económica, 2007), pág. 17 y 18

una historia del gobierno de las poblaciones y la conformación del control social, al modo que se emprende en esta investigación.

Como método hermenéutico-interpretativo, la genealogía, parte del análisis de documentos con el fin de determinar los momentos en que emergen los distintos dispositivos de poder que constituyen el presente. A través de la determinación de las formaciones discursivas, de los acontecimientos, de las problematizaciones históricas concretas, busca descubrir los procesos de formación en las prácticas sociales históricas.

La genealogía foucaultiana parte de una cuestión del presente, retrotrayéndose en la historia, persiguiendo emergencias anteriores de prácticas discursivas y no discursivas que buscan ser objetivadas por el análisis².

Siguiendo el método de Foucault, se partirá de determinadas prácticas prescriptas en la ley 22.278/22.803, dentro de las cuales operan discursos de verdad que construyen un tipo de subjetividad a partir de los adolescentes imputados por la comisión de delitos en el marco de la gubernamentalidad neoliberal.

Esta investigación tiene un carácter estrictamente teórico. La utilización, en el transcurso de la investigación, de casos concretos, solo servirá a modo de ejemplificaciones demostrativas dentro del análisis teórico.

1.1.2 ANÁLISIS DEL DISCURSO

² FOUCAULT, Michel, Microfísica del Poder, trad. de Julia Varela y Fernando Alvarez, 3º edic. (Madrid, E. La piqueta, 1992), pág. 5 a 9

Se trata de describir la función positiva –constructiva- que tienen algunos discursos verdaderos (científicos) sobre cierto conjunto de prácticas que establece la ley 22.278/23.803. Estos discursos de verdad permiten la construcción de un nuevo tipo de subjetividad a partir de los adolescentes que ingresan al Sistema Penal de Menores imputados por la comisión de un delito.

Los discursos de verdad tienen un rol importante en la producción de subjetividades. Estos discursos de saber se vinculan a las relaciones de poder, aunque no existe una subsunción del poder al saber ni viceversa, sino que ambos son autónomos y co-relativos.

Los discursos, en el campo institucional, forman parte del control social y constituyen sujetos. Esto es así porque el poder al mismo tiempo que vigila y controla, también, produce -a través de discursos de saber como la criminología, la psicología, la sociología- sujetos y saberes. El poder constituye una fuerza creadora y productiva.

En cualquier sociedad, relaciones de poder múltiples atraviesan, caracterizan, constituyen el cuerpo social, y estas relaciones no pueden disociarse, ni establecerse, ni funcionar sin una producción, una acumulación, una circulación, un funcionamiento del discurso. No hay ejercicio del poder posible sin una cierta economía de los discursos de verdad que funcionen en, y a partir de esta pareja.

El poder produce verdad pero no se ejerce ese poder más que a través de la producción de la verdad. Esa es la relación entre discurso de verdad y práctica de poder. Cualquier práctica o ejercicio de poder en un ámbito específico implica un discurso de poder³.

³ Ibidem, pág. 10 a 14

El discurso tiene carácter de acontecimiento y, los discursos deben tratarse como conjuntos de acontecimientos discursivos. Un acontecimiento sucede en un momento dado y se caracteriza por una ruptura o transición en el curso de los sucesos, es relativamente efímero, aunque tenga repercusiones en el tiempo. El acontecimiento no es ni sustancia, ni accidente, ni calidad, ni proceso; no pertenece al orden de los cuerpos, pero no es inmaterial, sino que es en la materialidad como cobra efecto, es efecto; tiene su sitio en la coexistencia, la dispersión, la intersección, la acumulación; no es el acto ni la propiedad de un cuerpo; se produce como efecto en una dispersión material.

El discurso no es la expresión de algo ya dicho, presente en el mundo, en las cosas mismas, una simple representación, que se agota en si mismo y esta al servicio del significante dejando de lado su realidad. No se trata de un pensamiento revestido de signos y hecho visible por las palabras. El discurso tienen una realidad, comporta una materialidad.

Para Foucault el discurso genera una especie de temor; por su vinculación con el poder y el deseo, por su carácter azaroso que indica la falta de dominio y control sobre él y por la materialidad que conlleva. Es por estas razones que, en toda sociedad, la producción del discurso se encuentra controlada, seleccionada y redistribuida por unos procedimientos cuya función es evitar aquellos peligros⁴.

Estos procedimientos pueden ser exteriores: en este caso, funcionan como sistemas de exclusión del discurso y se refieren a la parte del discurso que lo vincula al poder y al deseo o; pueden ser procedimientos interiores de control: funcionan como sistemas de

⁴ FOUCAULT, Michel, El orden del discurso, trad. De Alberto Gonzalez, 1º edic. (Barcelona, E. Tusquets, 1987), pag: 2 a 14

regulación interna, ya que son los discursos mismos quienes ejercen su propio control, y tienen por función dominar la dimensión del acontecimiento y el azar o; en un tercer grupo, pueden dirigirse a limitar el número de sujetos que emiten discursos e imponer ciertas reglas a aquellos que los emiten⁵.

Entre los procedimientos exteriores de limitación del discurso se destaca la oposición entre lo verdadero y lo falso. Esta oposición remite a lo que se denomina “la voluntad de verdad” que está presente en todos nuestros discursos y que funciona como un sistema de exclusión histórico, modificable e institucionalmente coactivo.

En el siglo XVII, se produjo la caída del discurso verdadero, eficaz, pronunciado por quien tenía el derecho, ligado al ejercicio del poder: el discurso del sofista. De ahí en más, la verdad ya no residía en lo que era el discurso, sino que ahora reside en lo que dice; la verdad se desplaza del acto ritualizado, eficaz y justo, de enunciación, hacia el enunciado mismo: hacia su sentido, su forma, su objeto, su relación con su referencia.

La separación entre discurso verdadero y discurso falso que ha dado forma a la voluntad de verdad, no ha dejado de modificarse: las grandes mutaciones científicas pueden leerse como resultado de nuevos descubrimientos, pero también pueden leerse como la aparición de nuevas formas de la voluntad de verdad.

La voluntad de verdad del siglo XIX no es la misma, por las formas que sugiere, los objetos a los que se dirige, ni las técnicas en que se apoya, que la voluntad de saber de la cultura clásica⁶. En el siglo XVI y XVII apareció una voluntad de saber que impuso una cierta posición al sujeto conocedor; una manera de mirar y una función (ver más

⁵ Ibidem, pag. 14

⁶ Ibidem. Pág. 2 a 4

que leer, verificar más que comentar); los conocimientos debían tener un cierto nivel técnico para ser verificables y útiles.

La voluntad de verdad es un sistema de exclusión que se apoya en un soporte institucional: está reforzada y reconducida por toda una serie de prácticas como la pedagogía, el sistema de libros, la edición, las bibliotecas, los laboratorios, etc. Y es reconducida también por la forma en que cada sociedad pone en práctica ese saber: como lo distribuye, lo valoriza, lo reparte, etc.

Por otra parte, esta voluntad de verdad ejerce sobre los otros discursos de la sociedad una presión y un poder de coacción. La literatura, la economía e incluso el sistema penal han buscado apoyo en los discursos verdaderos de la ciencia, las teorías de la riqueza y la producción, en el saber sociológico, psicológico, médico, psiquiátrico, etc.

Foucault establece determinados principios metodológicos que deben guiar el análisis crítico y genealógico del discurso:

Primer principio; de trastocamiento: donde se cree reconocer una fuente de creación de discursos, de su abundancia y continuidad, en figuras como, por ejemplo, la voluntad de verdad, que parecen tener una función positiva, hay que reconocer un corte y una limitación del discurso. Debemos preguntarnos ¿Qué hay debajo de ellos?. A este primer principio, corresponde el análisis crítico⁷: análisis de las formas de exclusión, de delimitación, de apropiación; muestra como se formaron, para responder a qué necesidades, como se modificaron y desplazaron, etc⁸.

⁷ El análisis crítico corresponde a otro método utilizado por Foucault: la arqueología, que analiza más las estructuras subconscientes y los contenidos latentes de estos discursos cuyo origen explica la genealogía.

⁸ Ibidem, pág. 2 a 14

Segundo principio; de discontinuidad: bajo esos principios de rarefacción no hay un discurso ilimitado, continuo y silencioso, que estuviera rechazado o reprimido y al que habría que levantar restituyéndole el habla. Los discursos deben tratarse como prácticas discontinuas que se cruzan, yuxtaponen, ignoran y excluyen.

Tercer principio; de especificidad: no hay que resolver el discurso en un juego de significaciones previas, no hay que imaginarse que el mundo nos muestra una cara legible que tendríamos que descifrar. El discurso debe concebirse como una violencia que se ejerce sobre las cosas, como una práctica que le imponemos a las cosas; y es en esta práctica donde los acontecimientos del discurso encuentran el principio de su regularidad.

Cuarto principio; de exterioridad: no se debe ir desde el discurso hacia su núcleo interno y oculto, hacia una significación que se manifestaría en él, sino que debemos ir del discurso hacia sus condiciones externas de posibilidad, hacia lo que da motivo a la serie aleatoria de esos acontecimientos y que fija los límites.

El análisis genealógico se basa en los últimos tres principios: como se formaron, por medio de, a pesar de o con el apoyo de esos sistemas de coacción, de la serie de los discursos; cual ha sido la norma en cada una y cuales sus condiciones de aparición, de crecimiento, de variación. La crítica analiza los procesos de rarefacción, el reagrupamiento y la unificación de los discursos⁹.

Entre ambas empresas, la crítica y la genealógica, más que una diferencia de objeto y de dominio, hay una diferencia de perspectiva. Por ejemplo; se podría considerar las series de discursos que, en los siglos XVI y XVII, conciernen a la riqueza y a la pobreza, a la moneda, a la producción y al comercio. Entrarían en relación conjunto de

⁹ Ibidem, pág. 14 a 17

enunciados muy heterogéneos, formulados por los ricos y los pobres, los sabios y los ignorantes, los protestantes o los católicos, los comerciantes o los moralistas. Cada uno tiene una forma de regularidad, así como sistemas de coacción. Ninguno de ellos prefigura exactamente esa otra forma de regularidad discursiva que tomará el aspecto de una disciplina y que finalmente se llamará “economía política”. Pero es a partir de ellos cuando se forma una nueva regularidad, recuperando o excluyendo, justificando o separando tales o cuales de sus enunciados.

Así es como deben alternarse y apoyarse las descripciones críticas y genealógicas. La parte crítica del análisis se refiere a los sistemas de desarrollo del discurso; intenta señalar, cercar, esos principios de producción, de exclusión, de rareza del discurso. Practica una desenvoltura aplicada (estudiosa). La parte genealógica, se refiere a las series de formación efectiva del discurso: intenta captarlo en su poder de afirmación, esto es, el poder de construir dominios de objetos, a propósito de los cuales se podría afirmar o negar proposiciones verdaderas o falsas¹⁰.

1.1.3 ADOLESCENTES COMO CATEGORÍA DE ANÁLISIS SOCIOLÓGICO

Es importante definir de qué manera se entenderá y utilizará el término “adolescentes”, ya que diversas posiciones teóricas le asignan significados diferentes.

La categoría “adolescente” o “adolescencia” es producto de una construcción histórica, social, política y cultural, cuyos límites no son claramente distinguibles y

¹⁰ Ibidem, pág. 17 a 19

varían de una sociedad a otra. No se trata de una noción biológica como, por ejemplo: la pubertad.

Teniendo en cuenta que en este trabajo los adolescentes son considerados desde un punto de vista jurídico y que nuestra legislación vigente considera que un ser humano es niño/a hasta los 18 años de edad, adoptaremos la definición proporcionada por la Dirección Nacional de la Juventud que entiende por adolescente “al conjunto de individuos de una población entre 12 y 18 años de edad”¹¹. No se realiza distinción entre las nociones de niño, adolescentes y menores.

No se pretende con esta definición homogeneizar lo diferente, “los adolescentes” no son un conjunto de individuos que comparten características y cualidades por el hecho de haber nacido en un periodo de años establecidos, sino una construcción teórica que refiere y ayuda a comprender una determinada realidad. No se puede hablar de “adolescentes” como una categoría general, sino de “adolescentes” como una categoría donde radica la diferencia: diferencia de costumbres, valores, modos de vida, comportamientos, etc.

Los adolescentes conforman una categoría socio-cultural diferenciable del resto de la sociedad, y que no puede ser reducida a una delimitación etaria más que para fines analíticos, no poseen una existencia autónoma, al margen de la sociedad, sino que están insertos en una red de relaciones múltiples y complejas.

¹¹ Organización Iberoamericana de la Juventud. Programa Regional de acciones para el desarrollo de la juventud de América Latina 1995-1999. Informe de la República Argentina, (Buenos Aires, E. Dirección Nacional de Juventud, Secretaría de Desarrollo Social, Ministerio de Desarrollo social y Medio Ambiente, 2000), pág. 1

Para Regillo, autora del libro “Emergencia de culturas juveniles”. Estrategias del desencanto. La juventud, en general, tal como hoy las conocemos es una invención de la posguerra, en el sentido del surgimiento de un nuevo orden internacional que conformaba una geografía política en la que los vencedores accedían a inéditos estándares de vida e imponían sus estilos y valores.

La visibilización creciente de los adolescentes y jóvenes y su enfrentamiento al status quo, se daba en paralelo con la universalización acelerada de los derechos humanos. Los jóvenes “niños y adolescentes” se convertían en sujetos de derechos y fueron separados en el plano jurídico de los adultos.

Esto señaló la necesidad de la sociedad de generar dispositivos especiales para un segmento de población que va a irrumpir masivamente en la escena pública y la conciencia de que ha “aparecido” un nuevo tipo de sujeto para el que hay que generar un discurso jurídico que pueda ejercer una tutela acorde con el clima político, y al mismo tiempo opere como un aparato de contención y sanción¹².

1.2 NEOLIBERALISMO COMO “ARTE DE GOBERNAR”

Para trazar la historia del “arte de gobernar”¹³, se deja de lado las diferentes modalidades y maneras que existen para guiar y constreñir la conducta de los hombres,

¹² REGUILLO, Rossana, Emergencia de culturas juveniles. Estrategias del desencanto. 1ªedic. (Buenos Aires, E. Norma, 2000), pág. 57 a62

¹³ FOUCAULT, Michel. Op. cit, Nacimiento de la biopolítica: curso en el Collage de France (1978-1979), pág. 16 y 17

y se considera el término de “gobernar” en sentido restringido, como gobierno de los hombres solo en cuanto se presenta como el ejercicio de la soberanía política. “Arte” también en sentido restringido, como “arte de gobernar”.

No se estudia la práctica gubernamental real, tal como se desarrolló en determinado momento, los problemas que se plantearon, las técnicas elegidas, los instrumentos utilizados, es decir, la manera en que efectivamente los gobernantes gobernaron. Sino el “arte de gobernar”, es decir, la manera meditada de hacer el mejor gobierno y la reflexión sobre la mejor manera posible de gobernar. Aprehender la reflexión en la práctica de gobierno y sobre la práctica de gobierno.

Captar como se intentó conceptualizar esa práctica de gobernar, determinar de qué modo se estableció el dominio de la práctica del gobierno, sus objetos, sus reglas generales, sus objetivos de conjunto, para gobernar de la mejor manera posible. En suma, es el estudio de la racionalización de la práctica gubernamental en el ejercicio de la soberanía política.

El neoliberalismo se analiza como una práctica, orientada hacia objetivos y regulada por una reflexión continua. Debe considerarse como el principio y el método a partir del cual se piensa la práctica gubernamental: una reflexión o racionalización que obedece a la regla interna de la economía máxima. La racionalización liberal parte del postulado de que el gobierno (en tanto actividad que consiste en regir la conducta de los hombres en un marco y con instrumentos estatales) no puede ser, por sí mismo, su propio fin¹⁴.

Este arte de gobernar está atravesado por el principio de que “siempre es necesario suponer que se gobierna demasiado”. La reflexión neoliberal no parte del Estado sino de

¹⁴ Ibidem, pág. 17, 360 y 361

la sociedad, la idea de sociedad es la que permite desarrollar una tecnología de gobierno a partir del principio de que siempre debe y puede preguntársele si es necesario y para qué sirve.

El neoliberalismo constituye un instrumento crítico de la realidad, de una gubernamentalidad excesiva y cuyos abusos quiere limitar. No es el resultado ni la consecuencia del mercado y la economía, sino que el mercado fue, en esta crítica neoliberal, un lugar de experiencia donde se podían identificar los efectos del exceso de gubernamentalidad e incluso apreciar su importancia: la economía muestra una incompatibilidad de principio entre el desenvolvimiento óptimo del proceso económico y un máximo de procedimientos gubernamentales.

En la búsqueda de una manera de gobernar liberal, se puso de manifiesto que la regulación a través de la forma jurídica constituía un instrumento más eficaz que la sabiduría o la moderación de los gobernantes. El liberalismo buscó la regulación en la ley porque la ley define formas de intervención generales excluyentes de medidas particulares, y porque la participación de los gobernados en la elaboración de la ley, en un sistema parlamentario, constituye el modo más eficaz de economía gubernamental. El Estado de derecho y la organización de un sistema parlamentario representativo son parte integrante del liberalismo a comienzos del siglo XIX, pero no era liberal, la democracia y el Estado de derecho no fueron forzosamente liberales, ni el liberalismo necesariamente democráticos o apegados a las formas del derecho.

El neoliberalismo es una forma de reflexión crítica sobre la práctica gubernamental; esa crítica puede proceder del interior o del exterior, y puede apoyarse en tal o cual teoría económica o referirse a tal o cual sistema jurídico¹⁵.

¹⁵ Ibidem, pág. 361 a 364

Se trata del análisis de la razón gubernamental, es decir, de esos tipos de racionalidad que se ponen en acción en los procedimientos por cuyo intermedio se dirige la conducta de los hombres a través de una administración estatal.

Foucault toma como ejemplo el neoliberalismo alemán de los años 1948-1962 y el neoliberalismo norteamericano de la Escuela de Chicago. Ambos representan una crítica de la racionalidad del exceso de gobierno.

1.2.1 NEOLIBERALISMO ALEMÁN U ORDOLIBERALISMO

La Europa de 1948 es el reino de las políticas económicas dirigidas hacia la reconstrucción, la reconversión de una economía de guerra en una economía de paz y la reconstitución de un potencial económico destruido. Dicha reconstrucción tendría la planificación como principal instrumento, lo cual obedecía por un lado, a las necesidades internas de Alemania y, por otro lado, a la fuerte presión de los Estados Unidos y la existencia del Plan Marshall¹⁶. Todo esto implicaba una política de intervención; en asignación de recursos, equilibrio de precios, nivel de ahorro, decisiones de inversión y una política de pleno empleo; es decir, una política Keynesiana¹⁷.

En ese contexto, un Consejo Científico formado en la administración alemana de la economía en 1947, presentó en abril de 1948, un informe donde “opina que la función de dirección del proceso económico debe quedar en mayor medida posible en manos del

¹⁶ Programa de reconstrucción europea propuesto en 1947 por el secretario de Estado norteamericano George Marshall, y adoptado en 1948 por 16 países de Europa Occidental, una de las excepciones fue Alemania.

¹⁷ Ibidem, pág. 99 y 100

mecanismo de los precios”¹⁸, como consecuencia, se pide la liberación inmediata de los precios para aproximarlos a los precios mundiales. El informe concluía que era preciso liberar la economía de las restricciones estatales. El informe se inscribía dentro de algo mucho más global: el liberalismo económico; un principio según el cual deberían limitarse en general las intervenciones del Estado.

Alemania vivía una situación particular, consecuencia de la guerra, que había dejado un Estado inexistente, y dónde era preciso crear un marco institucional, que no tenga por función ejercer la soberanía, sino asegurar la libertad en el ámbito económico y nada más. La adhesión a este marco, implicaría el consentimiento hacia cualquier decisión que pueda tomarse para asegurar esa libertad económica o lo que la haga posible. La institución de la libertad económica debía ser el propulsor para la formación de una soberanía política. Así, al garantizar la libertad económica en una Alemania que comenzaba a reconstruirse y todavía no tenía aparato estatal, se daba a los norteamericanos y a sus lobbies, la certeza de que podrían tener con la industria y la economía alemanas las relaciones libres que quisieran y se tranquilizaba al resto de Europa al asegurar que el embrión institucional que se estaba gestando no contenía la amenaza del totalitarismo.

Comienza a formarse uno de los rasgos propios de la gubernamentalidad contemporánea: la economía; el desarrollo económico y el crecimiento económico producen soberanía política. La economía produce legitimidad para el Estado que es su garante, es decir, la economía es creadora de derecho público¹⁹. Además de esta legitimación de derecho a un Estado, la libertad económica, que la institución

¹⁸ BILGER, François, La Peniée économique libérale, citado por FOUCAULT, Michel en Nacimiento de la biopolítica: curso del Collage de France (1978-1979), pág. 101

¹⁹ Ibidem, pág. 102 a 107

económica tiene el rol de asegurar y mantener, produce un consenso permanente de todos los que pueden aparecer como agentes dentro de los procesos económicos; inversores, obreros, empleadores, sindicatos, etc. Este consenso es de carácter político. En definitiva, el problema de los alemanes era cómo fundar un Estado que no existía a partir de un espacio no estatal que es el de la libertad económica.

En Alemania cuando los nazis toman el poder, ya existían una serie de elementos obstáculos de la política liberal: economía protegida, socialismo de Estado bismarkiano, planificación económica por la guerra e intervenciones de tipo keynesiano. El nazismo unió esos elementos en un Estado solidamente constituido y arraigado firmemente a la administración económica que se había instaurado. Para los neoliberales alemanes, el nazismo fue el revelador del sistema de relaciones necesarias que existe entre esos elementos, que se encuentran económicamente ligados entre sí, de manera que si se emplea alguno no es posible escapar a los demás. Así, desde esta perspectiva, los neoliberales consideran que tipos de economía política como la soviética y el New Deal poseen una invariante de política económica: el intervencionismo económico ya sea de tipo keynesiano o de estilo nazi. Esta invariante es antiliberal²⁰.

En el neoliberalismo, no se trata sólo de decir al Estado a partir de tal límite, cuando se trate de tal o cual cuestión y cruzadas las fronteras, no intervendrás más. Sino que, además, se le pide a la economía de mercado que sea, no el principio de limitación del Estado, sino su principio de regulación interna de punta a punta de su existencia y de su acción. En lugar de aceptar una libertad de mercado definida por el Estado y mantenida bajo vigilancia estatal – lo que era la formulación inicial del liberalismo- es necesario

²⁰ Ibidem, pág. 124 a 147

proponer la libertad de mercado como organizador y regulador del Estado. Un Estado bajo la vigilancia de un mercado, más que un mercado bajo la vigilancia de un Estado.

Así, la teoría liberal tradicional, sufrió, a manos de los neoliberales, una serie de desplazamientos y transformaciones: primero, la competencia desplazó al intercambio. Lo esencial del mercado es la competencia y, por lo tanto, la desigualdad. La competencia, es decir; el mercado, no es un dato de la naturaleza, algo que se produce de manera espontánea y que el Estado debe respetar en tanto tal. La competencia tiene una lógica propia, una estructura propia; es una estructura formal. Esto significa que sólo aparecerá y producirá sus efectos de acuerdo con una cantidad de condiciones que habrán sido cuidadosa y artificialmente establecidas. La competencia pura, solo puede ser el resultado de un prolongado esfuerzo y en rigor, jamás se alcanza. Debe ser un objetivo del arte de gobernar.

Entre una economía de competencia y un Estado, la relación ya no puede ser la limitación recíproca de dominios diferentes. No va a existir el juego del mercado al que debe dejarse libre y el ámbito donde el Estado comience a intervenir, porque el mercado o la competencia, sólo puede aparecer si es producida y si es producida por una gubernamentalidad activa. La economía de mercado constituye un índice general que va a definir todas las acciones del gobierno. Es preciso gobernar para el mercado²¹.

1.2.2 NEOLIBERALISMO NORTEAMERICANO

El neoliberalismo norteamericano se desarrolló como reacción a ese “gobernar demasiado” que representaban la política del New Deal, la planificación de guerra y los

²¹ Ibidem, pág. 148 a 154

grandes programas económicos y sociales implementados durante la mayor parte de la posguerra por los gobiernos demócratas. Pero ese neoliberalismo norteamericano a diferencia de la economía social de mercado de Alemania que considera que la regulación de los precios por el mercado es tan frágil que es preciso sostenerla, ajustarla, ordenarla a través de una política interna y vigilante de intervenciones sociales (que implica ayudas a desempleados, cobertura de las necesidades de salud, una política de viviendas, etc.), el neoliberalismo norteamericano procura mas bien extender la racionalidad del mercado, los esquemas de análisis que esta propone y los criterios de decisión que sugiere a ámbitos no exclusiva o no primordialmente económicos. Así como la familia, la natalidad, la delincuencia y la política penal²².

El problema del neoliberalismo no era saber cómo podía recortarse dentro de una sociedad política dada, un espacio libre que sería el mercado. El problema era saber cómo se puede ajustar el ejercicio del poder político a los principios de una economía de mercado. Se trata de remitir, proyectar en un arte de gobernar los principios formales de la economía de mercado. Ese era el objetivo, y para lograrlo, es decir, para saber hasta dónde y en qué medida los principios formales de una economía de mercado podía ser el índice de un arte general de gobernar, los neoliberales sometieron el liberalismo clásico a una serie de transformaciones.

Se produjo la desvinculación entre la economía de mercado y el *laissez-faire*, a partir del momento en que la competencia pura, entendida como una estructura formal que garantiza la regulación económica por el mecanismo de los precios, pasó a ser la esencia del mercado²³. Una economía de mercado sin *laissez-faire*, es decir, una política activa

²² Ibidem, pág. 365

²³ Ibidem. Pag. 157 y 158

sin dirigismos. El neoliberalismo no se sitúa bajo el signo del laissez-faire sino bajo el signo de una vigilancia, una actividad y una intervención permanente.

Para el neoliberalismo, el Estado nunca debe intervenir a nivel del proceso económico, por ejemplo, para impedir que se genere el monopolio, porque el proceso económico –si se lo deja actuar plenamente- mediante su estructura reguladora que es la competencia, jamás se desordenará. No intervenir en ese nivel, con la salvedad de que es necesario establecer un marco institucional que impida a poderes individuales o públicos, intervenir para crear el monopolio. Así la legislación antimonopolica no interviene en el campo económico para impedir que la economía misma cree el monopolio, sino que su función es impedir que procesos externos intervengan y generen el monopolio.

El gobierno debe y puede intervenir de dos maneras: primero, debe intervenir en los procesos económicos cuando, por la coyuntura, esta intervención se imponga. No debe intervenir sobre los mecanismos de la economía de mercado, sino sobre las condiciones del mercado y debe dejar actuar las tres tendencias que son características y fundamentales en ese mercado: la tendencia a la reducción de costos, a la reducción de ganancia de la empresa y la tendencia provisoria, al aumento de la ganancia, ya sea por la reducción de los precios o por la mejora de la producción.

Este tipo de acción gubernamental (acción reguladora) tendrá por finalidad principal la estabilidad de los precios como control de la inflación. Los demás objetivos son secundarios respecto a éste; el mantenimiento del poder adquisitivo, el pleno empleo, el equilibrio de la balanza de pagos, etc., no pueden tener un carácter primordial²⁴.

²⁴ Ibidem, pág. 158 a 170

Los instrumentos que se utilizaran son: la política crediticia, el comercio exterior mediante la reducción del saldo acreedor si se pretende mantener a raya el alza de los precios externos, la disminución de la presión fiscal si se quiere influir sobre el ahorro y la inversión. Pero nunca se apelará a instrumentos como los que emplea la planificación: fija de precios, sostén de un sector del mercado, creación de empleo, inversión pública, etc.

El otro tipo de acciones (ordenadoras) tienen como función intervenir sobre las condiciones más estructurales del mercado, más generales que las anteriores. El mercado es un regulador económico y social general que en la cumbre constituye una suerte de mecanismo fino que es muy seguro, pero con la condición de que funcione bien y nada lo perturbe. Por consiguiente, la inquietud principal y constante de la intervención gubernamental, al margen de los momentos de coyuntura, deben ser las condiciones de existencia del mercado; lo que se llama el “marco”. Una política de marco es aquella que apunta a modificar las bases materiales culturales, técnicas, jurídicas, para que aparezca la economía de mercado. En este nivel la intervención gubernamental debe ser masiva.

Por último, la política social neoliberal no debe contrarrestar o servir de contrapeso a los efectos de los procesos económicos. No debe apuntar a la distribución equitativa en el acceso de los bienes de consumo, ya que es un sistema en el cual la regulación económica, es decir, el mecanismo de los precios, no se obtiene a través de fenómenos de igualación sino por el juego de diferenciaciones que es característico de cualquier mecanismo de competencia²⁵. El instrumento de esa política social no será la socialización del consumo y los ingresos, sino la privatización. No se va a pedir a la

²⁵ Ibidem, pág 171 a 175

sociedad entera que proteja a las personas contra los riesgos como la enfermedad o los accidentes. Se pedirá a la sociedad o la economía que procure que cada individuo tenga ingresos lo bastante altos para poder, ya sea directamente y a título individual o por medio de mutuales, autoasegurarse, contra los riesgos existentes e incluso los riesgos como la vejez y la muerte.

En el neoliberalismo, la intervención gubernamental no es menos densa, menos continua, menos frecuente o menos activa que en otros regímenes gubernamentales. La diferencia esta en que el gobierno ya no debe intervenir sobre los efectos destructivos del mercado en la sociedad, debe intervenir sobre la sociedad misma en su trama y espesor, para que los mecanismos competitivos del mercado puedan cumplir su función reguladora. Se tratará de un gobierno que debe reconocer y observar leyes económicas, no es un gobierno económico, es un gobierno de la sociedad.

La sociedad se ha convertido en blanco de la práctica gubernamental, y el mercado, que será posible por el gobierno, es el regulador general de la sociedad. Es una sociedad sometida a la dinámica de la competencia y, no una sociedad de consumo, de supermercado. El *homo economicus* que se trata de reconstruir no es el hombre del consumo, del intercambio. Se intenta retornar a una especie de ética social de la empresa, construir una trama social en donde las unidades básicas tengan la forma de empresa, se trata de multiplicar en todo el cuerpo social la forma “empresa”, ese es el objetivo de la política neoliberal²⁶.

1.2.3 EL PAPEL DE LA LEY EN EL NEOLIBERALISMO

²⁶ Ibidem, pág. 175 a 183

El arte neoliberal de gobernar, produjo modificaciones profundas en el sistema de la ley y la institución jurídica. Cuanto más multiplicamos la empresa, más multiplicamos las empresas, obligamos a la acción gubernamental a dejarlas actuar, mas multiplicamos las fricciones entre ellas, las oportunidades de litigio y la necesidad de arbitraje jurídico. Sociedad de empresa y sociedad judicial, sociedad ajustada a la empresa y sociedad enmarcada en una multiplicidad de instituciones judiciales, son las dos caras de un mismo fenómeno.

Lo económico no determina lo jurídico. Lo jurídico informa lo económico, y éste no sería lo que es sin aquel, por lo que se habla de un orden económico-jurídico. Lo económico debe entenderse como un conjunto de actividades reguladas. Esas reglas tienen niveles, orígenes y cronologías diferentes, pueden ser un *habitus* social, una prescripción religiosa, una ética, una ley. Lo económico no es un proceso mecánico o natural, no se puede hacer abstracción de él, es un conjunto de actividades reguladas, que no existen en la historia sino en la medida en que un marco institucional y reglas positivas les han dado sus condiciones de posibilidad.

En el ordoliberalismo alemán, en definitiva, lo que se trataba de demostrar era que todavía había un capitalismo posible, que el capitalismo podía sobrevivir si se le inventaba una nueva forma. Pero, para instaurar un orden social económicamente ajustado a la economía de mercado era preciso una innovación institucional que sería la aplicación a la economía del Estado de derecho o imperio de la ley²⁷.

La noción de Estado de derecho aparece, en la Teoría política y la Teoría del derecho alemán, a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX. En ese momento el Estado de derecho se definió por oposición al despotismo que reúne bajo la voluntad del soberano

²⁷ Ibidem, pág. 187 a 200

la obediencia de todos los individuos al poder público. Y, por oposición, al lo que se llamó “Estado de policía” que establecía un continuo administrativo que otorga a todas las ordenes del poder público, el mismo origen y el mismo tipo de valor coercitivo. El despotismo reduce todo lo que puede ser mandato del poder público a voluntad del soberano, o establece su origen en ésta.

En el Estado de derecho, los actos del poder público sólo tienen valor si se enmarcan en leyes que los limitan de antemano. El origen del carácter coercitivo del poder público no será la voluntad del soberano sino la ley. En el marco de la ley el poder público puede ser coercitivo con toda legitimidad.

En la segunda mitad del siglo XIX, existe una elaboración más profunda del concepto de Estado de derecho. Este aparece como un Estado en el cual cada ciudadano tiene posibilidades concretas institucionalizadas y eficaces de recursos contra el poder público. El Estado de derecho ya no es sólo un Estado que actúa según la ley dentro de su marco. Es un Estado en el que existe un sistema de derecho: leyes, instancias judiciales que van a arbitrar las relaciones entre los individuos y el poder público.

Aplicar el principio del Estado de derecho en el orden económico significa que sólo podrá haber intervenciones legales del Estado en el orden económico si dichas intervenciones son formales. Que las intervenciones legales deberán ser formales, quiere decir que una legislación económica formal deber ser lo contrario a una planificación; podrá plantear una serie de medidas de carácter general, pero nunca proponer un fin particular. El Estado no puede decir “querría que tal tipo de consumo aumentara”. Es decir; en el orden económico una ley debe decir lo que hay que hacer y lo que no, pero no debe inscribirse en marco de una decisión económica global²⁸. En el Estado de

²⁸ Ibidem, pág. 201 a 207

derecho se distinguen las leyes que son prescripciones generales de validez universal y, las decisiones administrativas del poder público. Una ley no debe modificarse o corregirse jamás por los efectos que produce. Una ley formal, obligará al Estado no menos que a otros y deber ser tal que cada uno sepa como se comportará el poder público.

La economía es un juego y la institución jurídica que lo enmarca debe pensarse como la regla del juego²⁹.

1.2.4 EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA CRIMINALIDAD. SOCIEDADES DE SEGURIDAD.

El neoliberalismo como “arte de gobernar” no es posible sin un “orden jurídico” que tiene como función garantizar las condiciones adecuadas para el buen funcionamiento de la economía de mercado.

La tendencia dentro del neoliberalismo a aplicar el análisis económico a fenómenos que no son propiamente tales, como forma de hacerlos inteligibles y como crítica a la acción gubernamental evaluada en términos de mercado, ha conducido a investigaciones como las de Gary Becker sobre el crimen y la criminalidad, donde el crimen analizado desde una perspectiva económica se define como la acción cometida por un individuo que corre el riesgo de ser castigado por la ley³⁰. Esto quiere decir también que el criminal no está marcado por rasgos morales o antropológicos, el criminal es cualquier persona, y se lo trata como tal, que ha invertido en una acción, espera una ganancia y

²⁹ Ibidem, pág. 208 y 209.

³⁰ Ibidem, pág. 287,290 a 293

acepta el riesgo de una pérdida. Así el sistema penal se ocupará de conductas (del crimen no del criminal) que producen acciones por las que se esperan ganancias y cuyo riesgo no es solo la pérdida económica sino también el riesgo penal. El sistema penal tendrá que reaccionar ante una oferta del crimen.

La sociedad no apunta en la política penal a una extinción del crimen, sino que está cómoda con un determinado índice de ilegalidad. La política penal tiene como principio regulador una mera intervención en el mercado del crimen y con respecto a la oferta de crimen. Es una intervención que limitará esa oferta, mediante una demanda negativa y su costo jamás deberá superar el costo de la criminalidad cuya oferta se procura reducir. La meta es obtener un grado de conformidad al comportamiento prescripto, teniendo en cuenta el hecho de que los instrumentos que se utilizan para ello son costosos: tribunales, fiscales, jueces, etc, es decir, todo lo que va a responder a la oferta del crimen como conducta, mediante lo que se denomina una demanda negativa. La sociedad aparece como consumidora de comportamientos conformes, productora de comportamientos conformes que la satisfacen por medio de cierta inversión.

El castigo- para los neoliberales- es el medio utilizado para limitar las externalidades negativas de determinados actos. En el castigo se distinguen dos cosas: por un lado, está la ley que no es otra cosa que una prohibición y la formulación de ésta; la ley es una realidad institucional que tiene un costo determinado porque su formulación implica un parlamento, una discusión y una toma de decisiones. Por otro lado, tenemos el conjunto de los instrumentos por medio de los cuales va a darse a esa prohibición una fuerza real³¹. Es lo que se llama *esforcement of law*, es el conjunto de los instrumentos

³¹ Ibidem, pág. 293 a 295

puestos en practica para dar a ese acto de prohibición en que consiste la formulación de la ley una realidad social, una realidad política, etc.

Los instrumentos del enforcement de la ley serán: la cantidad de castigo previsto para cada uno de los crímenes, la importancia, la idoneidad del aparato encargado de detectar los crímenes, del aparato encargado de perseguir a los criminales, la mayor o menor rapidez de los jueces para juzgar, etc.

No se trata de volver a una sociedad disciplinaria, ni de una sociedad que excluiría a lo que no es normalizable, más bien parece el programa de una sociedad que permite procesos oscilatorios y concede cierta tolerancia a los individuos y a las prácticas minoritarias. Una sociedad en la que hay una acción no sobre los participantes sino sobre las reglas del juego, y una intervención, no del tipo de sujeción interna de los individuos, sino del tipo ambiental.

Todo esto supone la borradura antropológica del criminal. Se trata de postular que el crimen y la criminalidad constituyen un elemento, una dimensión, un nivel de comportamiento que pueda interpretarse como comportamiento económico y controlarse como tal. Todas las distinciones establecidas entre criminales natos, ocasionales, perversos y no perversos, reincidentes, etc. no tienen ninguna importancia. Por patológico que sea el sujeto en determinado nivel y visto desde determinada perspectiva, hasta cierto punto, en cierta medida siempre responde a los cambios en las ganancias y las perdidas; vale decir que la acción penal debe ser una acción sobre el juego de las ganancias y las perdidas posibles, una acción ambiental. Hay que actuar sobre el medio del mercado en que el individuo hace su oferta de crimen y encuentra una demanda positiva o negativa³².

³² Ibidem, pág. 295 a 303

Esta manera de concebir y tratar el delito es propia de las “sociedades de seguridad” que se diferencian en el tratamiento del delito de las sociedades de la Edad Media y de las sociedades disciplinarias.

En la Edad Media, una ley penal simple en forma de prohibición como, por ejemplo, “no robaras” se asociaba a un castigo determinado; el destierro o la multa. En las sociedades disciplinarias, la misma ley penal “no robaras”, va acompañada en caso de infringirla por toda una serie de vigilancias, controles, miradas, y unida a ciertas practicas como el encarcelamiento, los trabajos forzados, la moralización, la corrección, dirigidos a la transformación de los individuos. Todo esto mediante la utilización de un conjunto de técnicas policiales, médicas, psicológicas que corresponden a la vigilancia, diagnostico y transformación eventual de los individuos. En las sociedades de seguridad, respecto a la misma ley penal, los castigos, la vigilancia, la corrección y la prevención, estarán sujetos a un objetivo: mantener un tipo de criminalidad, por ejemplo el robo, dentro de límites que sean social y económicamente aceptables y alrededor de una media que se considere óptima para el funcionamiento social dado. Entonces, se plantean cuestiones como ¿Cuál es el índice medio de criminalidad de ese tipo? ¿Cómo se puede prever estadísticamente que habrá tal o cual cantidad de robos en un momento dado, en una sociedad dada, en una ciudad, en el campo, en tal o cual capa social, etc.? ¿Hay momentos, regiones, sistemas penales que por sus características permiten el aumento o la disminución de ese índice medio? ¿Las crisis, las hambrunas, las guerras, los castigos rigurosos o leves producirán alguna modificación en esas proporciones?³³ ¿Cuánto cuesta a la sociedad este tipo de robos? y ¿Cuánto cuesta la represión de esos

³³ FOUCAULT, Miche, Seguridad, Territorio y Población: curso en el College de France (1977-1978), tad. de Horacio Pons, 1ª edic. (Buenos Aires, E. Fondo de Cultura Económica, 2006), pág. 19

robos? ¿Es más costosa una represión severa o blanda, una represión de tipo ejemplar y discontinuo o una represión continua? ¿El culpable es reeducable? ¿Representa al margen del acto concreto que ha cometido, un peligro permanente, de manera que, reeducado o no, va a volver a hacerlo?

Los mecanismos de seguridad contemporáneos no suponen una anulación ni reducción de las leyes, decretos y reglamentos o de los mecanismos disciplinarios, al contrario, hay una inflación del código jurídico legal y que permite introducir y poner en funcionamiento esos mecanismos de seguridad. Un ejemplo es el código legal sobre el robo, que era relativamente simple en la Edad Media y ahora existe todo un conjunto de legislaciones que no sólo se refieren al robo, sino al robo cometido por niños, el estatus penal de éstos, las responsabilidades por razones mentales, las llamadas medidas de seguridad. Así, los mecanismos disciplinarios también son activados y fecundados por los mecanismos de seguridad, ya que para asegurar esa seguridad, es necesario recurrir a toda una serie de técnicas de vigilancia de los individuos, diagnosticarlos y clasificarlos; por su estructura mental, por su patología propia, etc., todo un conjunto que prolifera bajo los mecanismos de seguridad para hacerlos funcionar. No hay un reemplazo total de los mecanismos jurídicos, por los mecanismos disciplinarios y, finalmente, por los mecanismos de seguridad. Lo que cambia es la correlación de fuerzas entre esos distintos mecanismos, que determinará cual es la técnica dominante en un momento y en una sociedad dada³⁴.

Las técnicas o dispositivos de seguridad, que en el neoliberalismo ocupan un lugar dominante en la correlación de fuerzas, suponen en su interior elementos jurídicos y disciplinarios. El hecho de que la penalidad se piense y se ejerza en términos

³⁴ Ibidem, pág. 20 a 23

económicos, es decir, en términos de la relación económica entre el costo de la represión y el costo de la delincuencia, ha provocado una inflación en las técnicas disciplinarias. Se trata del surgimiento de tecnologías de seguridad dentro de mecanismos de control social, como en la penalidad.

Los dispositivos de seguridad se relacionan con las nociones de soberanía y disciplina, respecto al espacio donde se ejercen dichos dispositivos. La soberanía se ejerce en los límites de un territorio, la disciplina se ejerce sobre el cuerpo de los individuos y la seguridad se ejerce sobre el conjunto de una población. La soberanía en su desenvolvimiento cotidiano, efectivo y real siempre indica, cierta multiplicidad, pero que será tratada como la multiplicidad de súbditos, la multiplicidad de un pueblo, etc. Por otra parte, si bien la disciplina se ejerce sobre el cuerpo de los individuos, el individuo no es en ella el dato primordial sobre el cual se ejerce. Sólo hay disciplina en la medida en que hay multiplicidad y un fin o un objetivo o un resultado para obtener a partir de esa multiplicidad. La disciplina escolar, militar, penal, de los talleres, la disciplina obrera, etc., todo es una manera de administrar y organizar la multiplicidad. El individuo, para una disciplina, es una manera de recortar la multiplicidad más que la materia prima a partir de la cual se construye. La disciplina es un modo de individualización de las multiplicidades y no algo que a partir de los individuos trabajados en primer lugar a título individual, construye a continuación una especie de edificio con numerosos elementos. La soberanía y la disciplina, así como la seguridad, sólo pueden verse frente a multiplicidades³⁵.

Por otra parte, la soberanía, la disciplina y la seguridad aplican tratamientos diferentes al espacio. La soberanía aparece como algo que se ejerce en el interior de un

³⁵ Ibidem, pág. 26 a 28

territorio. La disciplina pertenece al orden de la construcción; arquitectura un espacio, trabaja en un espacio vacío, artificial, que va a construirse por entero. La seguridad, por su parte, se apoyará en una serie de datos materiales. Se trata de maximizar los elementos positivos y minimizar los aspectos riesgosos o inconvenientes para el funcionamiento adecuado del orden social. Trata de minimizar aspectos como el robo, las enfermedades, etc., sin desconocer que jamás se los suprimirá del todo. Por lo tanto, se trabaja no sólo sobre datos naturales sino también sobre cantidades que son relativamente reducibles, pero nunca por completo. Como jamás se las puede anular se trabaja sobre probabilidades³⁶.

El funcionamiento de los mecanismos de seguridad remite a una serie de acontecimientos posibles que se inscriben en un espacio determinado. El espacio en el cual se despliegan series de elementos aleatorios es lo que se llama “medio”. El “medio” es una noción que aparece en la biología con Lamarck³⁷, pero que ya existe en física, y Newton y los newtonianos la habían utilizado y la definían como “lo necesario para explicar la acción a distancia de un cuerpo sobre otro. Es el soporte y permite la circulación de una acción”³⁸. Los dispositivos de seguridad trabajan, fabrican, organizan y acondicionan un medio. El medio está conformado por un conjunto de datos naturales (ríos, pantanos, colinas) y un conjunto de datos artificiales (aglomeración de individuos, aglomeración de casas, etc.). El medio es una cantidad de efectos masivos que afectan a

³⁶ Ibidem, pág. 28 a 39

³⁷ LAMARCK, Jean (1744-1829), autor de la Philosophie Evologique (1809) citado por FOUCAULT, Michel, Nacimiento de la biopolítica: curso en el Collage de France (1978-1979), pág. 40. Lamarck habla siempre de medios, en plural, y entiende expresamente por ello fluidos como el agua, el aire y la luz.

³⁸ CANGUILHEM, Georges, Le vivant et son milieu. Pág 130. Citado por FOUCAULT, Michel en Nacimiento de la biopolítica: curso en el Collage de France (1978-1979), pag. 41

quienes residen en él. El medio aparece como un campo de intervención donde, en vez de afectar a los individuos como un conjunto de sujetos de derechos capaces de acciones voluntarias –así pasaba con la soberanía- en vez de afectarlos como una multiplicidad de cuerpos susceptibles de acciones obligatorias –como en la disciplina- se tratará de afectar a una población.

La biopolítica es una técnica política, una intervención de poder que tiene como blanco un medio histórico natural. Así, si se quiere cambiar o modificar la especie humana, se tendrá que actuar sobre el medio. En el caso del delito, se interviene a través de todo un dispositivo de seguridad específicamente diseñado para ello, y que no es otra cosa que el sistema legal contemporáneo que se organiza en torno a las nuevas formas de penalidad y el cálculo de sus costos. Lo novedoso es la irrupción de la naturalidad de la especie dentro de la artificialidad política de una relación de poder³⁹; el biopoder supone un conjunto de mecanismos por medio de los cuales aquello que, en la especie humana, constituye sus rasgos biológicos fundamentales podrá ser parte de una política, una estrategia política, una estrategia general de poder. Todo esto, desde el siglo XVIII, momento en que las sociedades comienzan a tomar en cuenta el hecho biológico fundamental de que el hombre constituye una especie humana⁴⁰.

1.2.5 SUBJETIVIDAD AMBIENTAL Y HOMO-ECONOMICUS

³⁹ Ibidem, pág 41 a 44

⁴⁰ Ibidem, pág. 15

Los análisis de Foucault sobre el funcionamiento de los mecanismos de poder, siempre han tenido como objetivo central; elaborar una historia general de las diversas modalidades de constitución y configuración de los sujetos en la sociedad moderna.

A partir, de los años 70, cuando Foucault asume la cátedra “historia de los sistemas de pensamiento” en el Collège de France, sus análisis, de ahí en más genealógicos, se basan en una concepción positiva del poder: el poder no solo prohíbe, excluye y limita, sino que, también, crea y transforma.

La cuestión del poder – en su función positiva- se encuentra ligada a la creación de subjetividades. El poder no se ejerce; funciona; no es una propiedad, ni una cosa, por lo cual no se puede aprehender ni conquistar; no se conquista, sino que es una estrategia. No es unívoco, ni siempre igual, ni se ejerce siempre de la misma manera, ni tiene continuidad; el poder es una red imbricada de relaciones estratégicas complejas. El poder no está localizado, es un efecto de conjunto que invade todas las relaciones sociales. No se subordina a las estructuras económicas. No actúa por represión sino por normalización, por lo que no se limita a la exclusión ni a la prohibición, ni se expresa ni esta prioritariamente en la ley. El poder produce sujetos, discursos, verdades, saberes realidades, que penetran todos los nexos sociales, por eso no está localizado, sino en multiplicidad de redes de poder en constante transformación⁴¹.

En la producción de subjetividades, las disciplinas cumplen un papel central en tanto tecnologías políticas y procedimientos disciplinarios que producen la individualidad a través de una estrategia de normalización caracterizada por el encierro. Este encierro comprende gran variedad de métodos para la corrección que van desde los trabajos

⁴¹ GIRALDAO, Reinaldo, Poder y resistencia en Michel Foucault, (Colombia, E. Tabula Rasa, 2006), pág. 106 a 108

forzados y el aislamiento hasta la educación. Normalización, en la sociedad disciplinaria, significa “adecuación e interiorización de normas sociales”, para que las conductas se ajusten a dichas normas.

El examen constituye la técnica privilegiada a través de la cual la disciplina clasifica, califica y castiga a los sujetos que constituye en objetos de una tecnología de poder basada en la vigilancia y la normalización. La sociedad disciplinaria es la época del examen infinito y de la objetivación coactiva. El individuo es fabricado por la disciplina: tecnología específica del poder.

En esas sociedades disciplinarias, la sujeción de los sujetos se realizaba por la vigilancia, el control, la inculcación; de habilidades, de normas sociales establecidas, etc., en diferentes instituciones: escuela, hospital, psiquiátrico, cárcel, donde operaban las disciplinas que describían y clasificaban a los sujetos construyendo subjetividades, basadas en el saber que podía extraerse del estudio factores como la personalidad de los sujetos, su salud mental y física, sus enfermedades hereditarias, su sexualidad, etc. El objetivo de todo este mecanismo de control, fue lograr una sujeción interna del sujeto, un autocontrol.

En las sociedades de seguridad, en el marco de la gubernamentalidad neoliberal, surge la noción de homo-economicus: sujeto económico que tiene una conducta económica; esto es, asigna recursos escasos a fines alternativos. Esta conducta económica, para ser tal, debe ser racional; no debe estar fuera de lo real, es decir, debe ser sensible a las modificaciones en las variables del medio. Por lo tanto, el homo-economicus es eminentemente gobernable⁴². Es el correlato de la gubernamentalidad

⁴² FOUCAULT, Michel, Op. Cit, Nacimiento de la biopolítica: curso en el Collège de France (1978-1979), pág. 305 a 314

que a través de técnicas biopolíticas actúa sobre el medio modificando sistemáticamente sus variables.

Se establece una diferencia entre el homo economicus y el sujeto de derecho concebido desde el punto de vista del contrato social en el siglo XVII y XVIII. El sujeto de derecho se define por la renuncia a alguno de sus derechos y la transferencia de éstos a algún otro, en cambio el homo economicus no renuncia jamás a su interés.

Por otra parte, el sujeto de derecho puede, en algunos análisis, aparecer como limitador del ejercicio del poder soberano, en cambio el homo economicus no solo limita sino que hace caducar el poder soberano, en cuanto pone de relieve su incapacidad para dominar la totalidad de la esfera económica. Frente a la que el soberano no puede no estar ciego⁴³.

El problema, planteado por la aparición del homo economicus era que si bien el arte de gobernar debe ejercerse en un espacio de soberanía, este espacio está habitado y poblado por sujetos económicos. ¿Cómo hacer para que el soberano no renuncie a ninguno de sus campos de acción e incluso para que no se convierta en un teórico de la economía? La teoría jurídica no puede resolver este problema, pues la teoría del derecho no puede ajustarse a la mecánica del homo economicus.

La gubernamentalidad de esos individuos, que en cuanto sujetos de derecho pueblan el espacio de la soberanía, pero al mismo tiempo son sujetos económicos, sólo puede garantizarse por el surgimiento de un nuevo dominio, de un nuevo campo. Este nuevo campo englobará a estos individuos en tanto sujetos de derecho y sujetos económicos. Ese campo de gubernamentalidad será la sociedad civil⁴⁴.

⁴³ Ibidem, pág. 315 a 319

⁴⁴ Ibidem, pág. 334 a 335

La sociedad civil es un concepto de tecnología gubernamental, o el correlato de una tecnología de gobierno que debe ajustarse jurídicamente a una economía entendida como proceso de producción e intercambio. La sociedad civil es lo que va a permitir a una práctica gubernamental, una autolimitación que no trasgreda ni las leyes de la economía ni los principios del derecho, y tampoco trasgreda la necesidad de una omnipresencia del gobierno, un gobierno al que nada se escape y que obedezca las reglas del derecho y respete la especificidad de la economía. Este gobierno administrará la sociedad civil, la nación, lo social.

La sociedad civil no es un dato histórico-natural que sirva de base a un principio de oposición al Estado o a las instituciones políticas. La sociedad civil no es una realidad primera e inmediata. Es algo que forma parte de la tecnología gubernamental moderna. Esto no significa que es su producto liso y llano o que no tenga realidad. Es correlativa a esa forma de tecnología gubernamental que se denomina liberalismo; una tecnología de gobierno cuyo objetivo es su propia autolimitación, en la medida misma en que está ajustada a la especificidad de los procesos económicos⁴⁵.

⁴⁵ Ibidem 335 a 354

CAPITULO II

2. LA CONSTRUCCIÓN DEL INDIVIDUO PELIGROSO

El análisis de la criminalidad y la penalidad desde una perspectiva económica no es privativo de los neoliberales sino que se remonta al siglo XVIII. Tiene sus antecedentes en la Teoría Legal y Penal de los reformadores del siglo XVIII y el triunfante positivismo criminológico del siglo XIX.

En el siglo XVIII surgen consideraciones sobre el costo de la delincuencia: ¿cuánto cuesta a un país o a una ciudad, que los ladrones puedan circular a su antojo?; el problema del costo de la propia práctica judicial y de la institución judicial en su funcionamiento concreto; una crítica referida también a la poca eficacia del sistema punitivo. Los reformadores buscaban un sistema penal cuyo costo fuera el más bajo y la solución que adoptaron fue de carácter legislativo⁴⁶. La ley es la solución más económica para castigar bien a la gente y para que el castigo sea eficaz. La Ley se

⁴⁶ FOUCAULT, Michel. Nacimiento de la biopolítica.:Curso en el Collège de France: 1978-1979, trad. de Horacio Pons, 1º edic, (Buenos Aires, E. Fondo de Cultura Económica, 2007), pág. 286

rescató, a fines del siglo XVIII, como principio de economía en el poder penal. Pero en los hechos la ley no castigaba actos, pues no tenía sentido, sólo tenía sentido si castigaba a un individuo, un infractor a quien era preciso castigar, corregir, mostrar como ejemplo a otros infractores posibles. En ese equívoco entre el crimen y el criminal, todo el sistema tiende a inclinarse hacia un modo cada vez más individualizador de la aplicación de la ley y, por consiguiente, hacia una problematización psicológica, sociológica, antropológica de aquel a quien se aplica la ley. Así se llegó, a finales del siglo XIX, a toda una antropología del crimen que sustituye, la rigurosa y muy económica mecánica de la ley por una inflación de saber, de conocimiento, de discursos, una multiplicación de las instancias, de las instituciones y de medidas individualizadoras que se dirigen a la corrección del individuo⁴⁷.

El siglo XVIII instaure una nueva economía del poder de castigar, en la que las disciplinas juegan un papel fundamental como mecanismos de saber-poder operando en los diversos ámbitos dirigidos a controlar la conducta de los hombres.

La nueva economía de castigar surge a partir del proceso de reforma y reorganización del sistema judicial y penal que tuvo lugar entre fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX en el mundo accidental, aunque no presenta las mismas formas, amplitud y cronología en los diversos países⁴⁸.

2.1 LA TEORÍA LEGAL Y PENAL DEL SIGLO XVIII Y EL POSITIVISMO DEL SIGLO XIX

⁴⁷ Ibidem, pág.287 a 290

⁴⁸ FOUCAULT, Michel, La verdad y las formas jurídicas, trad. de Enrique Lynch, 3ªedic. (Barcelona, E. Gedisa, 1996), pág 39

La transformación de los sistemas penales consistió en una reelaboración teórica de la ley penal planteada por Beccaria, Bentham, Brisot y los legisladores que redactaron el primer y el segundo código penal francés de la época revolucionaria. Estos autores inspiraron los primeros códigos penales del siglo XIX.

El sistema teórico de la ley penal definido por Beccaria, Brisot y Bentham, entre otros, contaba con una serie de principios fundamentales: primer principio; que el crimen o la infracción, ya no ha de tener relación alguna con la falta moral o religiosa. La falta es una infracción a la ley natural, religiosa o moral, en cambio la infracción penal es una ruptura con la ley civil, establecida en el seno de una sociedad por el lado legislativo del poder político. Para que haya infracción es necesario que haya un poder político y una ley efectivamente formulada. Sólo pueden ser penadas las conductas definidas como reprimibles por la ley. Segundo principio; estas leyes positivas formuladas por el poder político de una sociedad deben representar lo que es útil para la sociedad, definir como reprimible lo nocivo. Tercer principio; definir el crimen de forma clara y simple. El crimen es algo que daña a la sociedad⁴⁹. El criminal es el enemigo social. Rousseau afirma que el criminal es el individuo que ha roto el pacto social⁵⁰ y es considerado un enemigo interno.

⁴⁹ Ibidem, pág. 39 y 40

⁵⁰ Se apeló a la vieja teoría del origen contractualista de la sociedad, que tenía la ventaja política de considerar a la sociedad como algo artificial, es decir, como una creación humana. Si la sociedad se había creado para tutelar y defender al hombre, tendría un poder limitado por su propio objeto.

Por lo tanto, para los contractualistas, el contrato social era una ficción, un símbolo que ayudaba a pensar a la sociedad, pero no podía ser considerado como una realidad antropológica.

Las teorías contractualistas servían para simplificar explicaciones que limitaban el poder estatal y, al mismo tiempo, para fundar la existencia de derechos naturales del hombre, anteriores a la sociedad, pertenecientes exclusivamente al individuo, y que no habían sido delegados por éste en la sociedad al momento de celebrar el contrato.

Todo esto en un contexto en que los capitalistas necesitaban limitar el poder de la nobleza y sustraerse a su control social. Por un lado, se veían amenazados por las masas hambrientas desplazadas del campo y concentradas en las ciudades, que cometían crímenes y ponían en peligro su riqueza, pero, por otro lado,

Si el crimen es una perturbación para la sociedad, la ley penal debe permitir la reparación de la perturbación causada a la sociedad. Si esto no fuese posible, es preciso que ese u otro individuo no pueda jamás repetir el daño que ha causado. De esta idea se extraen cuatro tipos posibles de castigo. En primer lugar: el criminal ha roto el pacto social, se ha colocado a sí mismo fuera del espacio de la legalidad y será expulsado de éste: es el castigo de la deportación, idea sostenida por Beccaria, Bentham, etc. El segundo castigo es una especie de exclusión a través del escándalo, la vergüenza y la humillación de quien cometió una infracción. La tercera pena es la reparación del daño causado a través del trabajo forzado y la cuarta pena es la pena del Talión que consiste en que el daño no pueda ser cometido nuevamente. Se mata a quien mató, se confiscan los bienes de quien robo, etc.

Estas penalidades fueron presentadas por teóricos y legisladores que participaron en la elaboración del primer código Penal Revolucionario. Pero hacia el año 1820 el sistema de penalidades adoptado por las sociedades industriales en formación, fue enteramente diferente del que se había proyectado años antes: la deportación desapareció, el trabajo forzado quedó como una pena simbólica de reparación, los mecanismos del escándalo nunca llegaron a ponerse en práctica y la pena del Talión desapareció al tiempo que fue denunciada como arcaica⁵¹.

Estos proyectos de penalidad fueron sustituidos por una pena que había sido mencionada por Beccaria y Brisot en muy pocas ocasiones: el encarcelamiento o la prisión, la cual no pertenece al proyecto teórico de la reforma de la penalidad del siglo

un control social indiscriminado hacia esas masas le daba al Estado, en poder de la nobleza, una fuerza que la nobleza podía usar en su propia defensa. De allí que tuviesen que reclamar una medida y para ello se acudiese a la ideología del contrato, como paradigma y para la solución de cualquier conflicto.

⁵¹ Ibidem, pág 40 y 41

XVIII sino que surge a comienzos del siglo XIX como una institución de hecho, casi sin justificación teórica.

Pero no sólo la prisión sino también la legislación penal sufrirían una sorprendente inflexión en relación con lo que estaba establecido en la teoría. Así, desde comienzos del siglo XIX la legislación penal se irá desviando de la utilidad social y ya no intentará señalar aquello que es socialmente útil sino que intentará ajustarse al individuo. La penalidad del siglo XIX se propone cada vez menos definir que es nocivo para la sociedad, alejar a los individuos dañinos o impedir que reincidan en sus delitos. La penalidad del siglo XIX tiene en vista menos la defensa general de la sociedad que el control y la reforma psicológica y moral de las actitudes y el comportamiento de los individuos. Esta es una forma de penalidad totalmente diferente de la prevista en el siglo XVIII, puesto que el gran principio de la penalidad para Beccaria era que no habría castigo sin una ley explícita y sin un comportamiento también explícito, que violara esa ley.

De este modo, la gran noción de la criminología y de la penalidad del siglo XIX fue el concepto de “peligrosidad” que significa que el individuo debe ser considerado por la sociedad al nivel de sus virtualidades y no de sus actos; no al nivel de las infracciones efectivas a una ley también efectiva sino de las virtualidades de comportamiento que ellas representan. Un control, no tanto sobre si lo que hacen los individuos está de acuerdo o no con la ley sino más bien al nivel de lo que pueden hacer, son capaces de hacer, están dispuestos a hacer o están a punto de hacer⁵².

El positivismo criminológico se funda en el análisis de la personalidad del delincuente, en la utilización de métodos de las ciencias naturales basado en la

⁵² Ibidem, pág. 41 y 42

observación y en paradigmas epistemológicos de tipo etiológico. Los representantes de ésta corriente explicaban la criminalidad examinando las causas y los factores desde un punto de vista biológico. Interesados en analizar la delincuencia, los positivistas hicieron converger constelaciones de creencias sociológicas psicológicas, biológicas, aunadas en una común concepción de la finalidad de la pena privativa de libertad.

Sin embargo el positivismo no fue una corriente homogénea. Mientras Ferri introducía factores exógenos, Garófalo centraba su atención en el delito y en la temibilidad del delincuente. Ferri cuestionaba la reducción biológica que se hacía del positivismo en el Derecho, y proponía tratar de modo científico el acto criminal en un triple orden: individual, físico y social. Esta noción lo llevó a proyectar remedios sociales que debían desarrollarse primero a través de una corrección del ambiente social, es decir en las esferas políticas, administrativas, económicas y pedagógicas y mediante disposiciones preventivas o sustitutos penales para poner fin a las "manifestaciones patológicas" de la vida social⁵³.

Ferri sostenía que el edificio social debía ser radicalmente transformado en sus bases económicas, morales, políticas y jurídicas como manera de prevenir la comisión del delito. La idea de la prevención se cuenta entre los proyectos de Lombroso, pero enmarcada en una teorización un poco diferente, ya que planteaba que no era suficiente reprimir el delito, también había que prevenirle porque se trataba en concreto de una predisposición de "ciertos organismos". Las causas no eran sociales en Lombroso sino que se encontraban en la personalidad del delincuente⁵⁴.

⁵³ DALLA CORTE, Gabriela, Discusión sobre la influencia de la corriente criminológica positivista en el discurso penal argentino, Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/gimbernat/article/viewfile/45095/54388>, pág. 159

⁵⁴ Ibidem, pág.159

El crimen o delito era la manifestación de una inferioridad que no siempre podía corregirse, en tal caso se imponía segregar o eliminar definitivamente al portador. El grupo de poder era casi invulnerable a tales sanciones, pues su superioridad genética o biológica lo preservaba. La pena, que ahora está únicamente destinada a los sectores marginados, ya no tiene otra medida que la requerida por el peligro que el sujeto representa para la sociedad⁵⁵.

El abandono del proyecto de los Reformadores y el triunfo del pensamiento positivista con autores como Lombroso, Ferri y Garófalo, se plasmó en las legislaciones penales del siglo XX; la mayoría de ellas dirigidas a la peligrosidad de los individuos

Entre los proyectos y códigos más importantes sancionados en la época se encuentra: el llamado código Rocco de Italia sancionado en 1930 que combina penas y medidas de seguridad. Éstas últimas se realizan en colonias de trabajo, colonias agrícolas, casa de alienados, reformatorios, establecimientos de tratamientos, etc., y constituyen más una duplicación de la pena que una reeducación. El código diferencia entre personas responsables y no responsables, personas peligrosas y no peligrosas⁵⁶.

En Alemania, se elaboraron proyectos para remplazar el antiguo código del Reich de 1871. En 1962 se culminó un proyecto oficial y en 1966 un grupo de profesores de derecho penal publicó la parte general de otro proyecto en disidencia con el oficial. El texto vigente desde 1975 recepta elementos de ambos. Funda las penas en la

⁵⁵ Zaffaroni, Eugenio, Raul. “Manual de Derecho Penal. Parte General”. En° edic, (Buenos Aires, E. Siglo XXI, 1999), pág. 325

⁵⁶ Estas legislaciones están influenciadas por la ideología positivista que había sustituido a la ideología del contrato social. Con esta nueva ideología la burguesía, ya en el poder, podía justificar su posición. La sociedad era algo “natural” y el poder social era detentado por los que naturalmente eran los mejores. Surge el organicismo positivista, según el cual, la sociedad es un todo orgánico, donde las células cerebrales, pese a ser pocas, son las que mandan porque son las mejores. Así, por ejemplo, los negros estaban en estadios culturales superados por los europeos. Ideología como ésta justificaron las empresas colonialistas del siglo XIX.

culpabilidad y las medidas de mejoramiento, educativas y de corrección de la peligrosidad⁵⁷.

Surge un derecho penal de autor. Derecho penal o legislación penal es el “conjunto de leyes que traducen normas que pretenden tutelar bienes jurídicos y que precisan el alcance de su tutela, cuya violación se llama “delito”, y aspira a que tenga como consecuencia una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor”. “Y el sistema de interpretación de la legislación penal”⁵⁸.

El derecho penal de autor en su manifestación extrema, es una corrupción del derecho penal en el que no se prohíbe el acto en sí, sino el acto como manifestación de una “forma de ser” del autor, que sería lo verdaderamente delictivo. El acto tendría valor de síntoma de una personalidad; lo reprochable y peligroso sería la personalidad y no el acto. En esta concepción no se condena tanto el hurto como el “ser ladrón”, no se condena tanto el homicidio como el ser homicida, la violación como el ser delincuente sexual, etc.⁵⁹. Ferrajoli habla en términos de “sustancialismo penal” y señala que este sustancialismo analiza el delito como una desviación inmoral en la que el delincuente es visto como un sujeto antisocial y malvado en el cual se manifiesta dicho síntoma. Así, desde una visión naturalista el delito es un signo de anormalidad o de patología psicofísica⁶⁰.

⁵⁷ Ibidem, pág. 209

⁵⁸ Ibidem, págs. 41 y 42

⁵⁹ Ibidem, págs. 72 Y 73

⁶⁰ FERRAJOLLI, Luis, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, citado por MERCURIO, Ezequiel en De la pericia psicológica al derecho penal de autor. Los discursos del poder en Revista Electrónica Derecho Penal Online, disponible en <http://www.derechopenalonline.com>, pág. 42-43

Acorde con la tendencia positivista de la legislación penal del siglo XIX surgió una nueva teoría penal que planteaba que para asegurar el control de los individuos la institución penal no puede estar enteramente en manos de un poder autónomo: el poder judicial. El control de los individuos a nivel de sus virtualidades no puede ser efectuado por la justicia sino por una serie de poderes laterales. Es así que se desarrolla en el siglo XIX alrededor de la institución judicial y para permitirle asumir la función de control de los individuos al nivel de su peligrosidad, una gigantesca maquinaria de instituciones que encuadrarán a éstos a lo largo de su existencia; instituciones pedagógicas como la escuela, psicológicas o psiquiátricas como el hospital, el asilo, etc. Esta red de un poder que no es judicial debe desempeñar una de las funciones que se atribuye la justicia que ya no consiste en castigar las infracciones de los individuos sino en corregir sus virtualidades.

Esta nueva economía del poder de castigar que supone determinadas formas de prácticas penales, formas de saber, tipos de conocimiento y tipos de sujetos de conocimiento se llamó sociedad disciplinaria.

La sociedad disciplinaria es la edad del control social. Jeremias Bentham previó y presentó un esquema de esta sociedad de vigilancia, de gran ortopedia social; programó y describió de manera precisa las formas de poder en que vivimos, representándolas en un célebre modelo que es el panóptico, forma arquitectónica que permite un tipo de poder del espíritu sobre el espíritu, una especie de institución que vale tanto para las escuelas como para los hospitales, las prisiones, los reformatorios, los hospicios o las fábricas.

El panóptismo es una forma de saber que se apoya ya no sobre la indagación, sino sobre el examen. La indagación era un procedimiento por el cual se procuraba saber lo

que había ocurrido. En el panóptico hay vigilancia, examen, se trata de vigilar sin interrupción y totalmente. Vigilancia permanente sobre los individuos por alguien que ejerce sobre ellos un poder –maestro de escuela, jefe de oficina, médico, psiquiatra, director de prisión- y que, porque ejerce ese poder, tiene la posibilidad no sólo de vigilar sino también de constituir un saber sobre aquellos a quienes vigila. Este saber no se caracteriza ya por determinar si algo ocurrió o no, sino que ahora trata de verificar si un individuo se conduce o no como debe, si cumple o no con las reglas, si progresa o no, etc. Este nuevo saber no se organiza en torno a cuestiones tales como ¿se hizo esto?, ¿quién lo hizo? Se organiza alrededor de la norma, establece qué es normal y qué no lo es, qué cosa es incorrecta y qué otra cosa es correcta, qué debe o no hacer.

Hay, a diferencia del gran saber de indagación que se organizó en la Edad Media, un nuevo saber, un saber de vigilancia, de examen, organizado alrededor de la norma por el control de los individuos durante toda su existencia. Esta es la base del poder, la forma del saber-poder que dará lugar a las ciencias humanas: la psiquiatría, la psicología, la sociología, el Trabajo Social, etc.

En la sociedad disciplinaria las instituciones –fábrica, escuela, hospital, prisión- tienen por finalidad incluir y normalizar a los individuos, al ligarlos a un aparato de producción, a un aparato de transmisión del saber y a un aparato de corrección y normalización⁶¹.

Se trata no sólo de una apropiación o una explotación de la máxima cantidad de tiempo, sino también de controlar, formar, valorizar, según un determinado sistema, el cuerpo del individuo. Hasta el siglo XVIII el cuerpo de los individuos es fundamentalmente la superficie de inscripción de suplicios y penas; el cuerpo había sido

⁶¹ FOUCAULT, Michel, Op. cit, La Verdad y las Formas Jurídicas, pags. 42 a 57

hecho para ser atormentado y castigado. En las instancias de control que surgen en el siglo XIX el cuerpo tiene una significación diferente y se convierte en algo que ha de ser formado, reformado, corregido, en un cuerpo que debe adquirir aptitudes, recibir ciertas cualidades, calificarse como cuerpo capaz de trabajar, para convertirse en fuerza de trabajo.

En esta red de instituciones, se constituye un saber que se forma de la observación y clasificación de los individuos, del registro, análisis y comparación de sus comportamientos: el saber de la psiquiatría, la psicología, la sociología, la criminología, etc⁶².

Algunas de esas disciplinas que nacen en el siglo XIX, producen discursos o proposiciones discursivas que tienen poder dentro de la institución judicial y penal. Su poder se funda en que funcionan como discursos de verdad, por su estatus científico y pueden determinar directa o indirectamente el fallo de la justicia concerniente a la detención o a la liberación de un hombre. Uno de esos discursos, que funcionan en el corazón de la institución judicial y penal francesa del siglo XIX y XX, es la pericia médico-legal o pericia psiquiátrica: un mecanismo de saber-poder que construye un tipo de subjetividad respecto a individuos acusados de infringir la ley.

La genealogía del anormal permite comprender la manera en que se pensó la problemática de los individuos peligrosos en el siglo XIX y la constitución de una nueva subjetividad que permitió la extensión del control social de la psiquiatría. El anormal es aquel al que no puede atribuírsele un status médico ni jurídico. Es el correlato de las técnicas de disciplinamiento del cuerpo y del comportamiento.

⁶² Ibidem, pág. 60 y 61

2.1.1 PERICIA MÉDICO-LEGAL Y SUBJETIVIDAD ANORMAL.

La pericia médico-legal es un discurso que surge en el punto de encuentro de la institución judicial y el saber médico o científico. Tiene la propiedad de ser ajena a todas las reglas de formación del discurso médico-científico, a las reglas del derecho y, además, grotesca.

El grotesco consiste en un discurso o en un individuo que posee efectos de poder de los que su calidad intrínseca debería privarlo o en la maximización de los efectos del poder a partir de la descalificación de quien los produce.

La pericia psiquiátrica permite doblar el delito con toda una serie de otras cosas que no son el delito mismo, sino maneras de ser, que se presentan en el discurso como la causa, la motivación, el punto de partida del delito. La pericia saca a la luz nociones como “inmadurez psicológica”, “personalidad poco estructurada”, “mala apreciación de la realidad”, “desequilibrio afectivo”, “perturbaciones emocionales” o bien, “orgullo pervertido”, “compensación”, etc⁶³. La función de estas nociones es inscribir y constituir la infracción como rasgo individual. Se pasa del acto a la conducta, del delito a la manera de ser y se pone de relieve que esta última no es otra cosa que el delito mismo en estado de generalidad en la conducta del individuo.

Estas nociones desplazan el nivel de realidad de la infracción, porque lo que esas conductas infringen no es la ley, ya que ninguna ley prohíbe estar “desequilibrado

⁶³ FOUCAULT, Michel, Los anormales: curso del Collage de France. 1974-1975, trad. de Horacio Pons, 1ª edic, (Buenos Aires, E. Fondo de Cultura Económica, 2000), págs. 19 a 29

emocionalmente”, sino un nivel de desarrollo óptimo: “inmadurez psicológica”, “personalidad poco estructurada”. Son calificaciones morales y reglas éticas.

El delito termina siendo evaluado desde el punto de vista psicológico-moral más que estrictamente legal. Pero lo esencial de la pericia es que permite legitimar, en la forma de conocimiento científico, la extensión del poder de castigar a otra cosa que la infracción.

Por otra parte, la función de la pericia es duplicar al autor del delito con el delincuente. La pericia trata de establecer los antecedentes intrafamiliares de la penalidad. Mostrar cómo el individuo ya se parecía a su crimen antes de haberlo cometido. Se establece un deseo en el sujeto de transgredir la ley, pero ese deseo del crimen siempre es correlativo de una falla, de una ruptura, de una debilidad, de una incapacidad del sujeto. Por eso aparecen nociones como “ininteligencia”, “falta de éxito”, “arcaísmo de las conductas”, “inestabilidad”. Se va a constituir, a partir de estas nociones, una serie de elementos a propósitos de los cuales ya no puede plantearse la cuestión de la responsabilidad, puesto que el sujeto es responsable de todo y nada⁶⁴. Lo que el juez tiene frente de sí ya no es un sujeto sino un objeto; el objeto de una tecnología y un saber de reparación, readaptación, reinserción, corrección. En síntesis, la pericia psiquiátrica duplica al autor, responsable o no del crimen, con un sujeto delincuente que será el objeto de una tecnología específica.

Otro papel de la pericia es constituir a un médico-juez. Describir su carácter de delincuente, describir las conductas criminales o para-criminales que arrastró desde la infancia, es contribuir a que pase del rango de acusado al status de condenado.

⁶⁴ Ibidem, págs. 29 a 34

Por su parte el juez, va a desdoblarse frente al médico. A partir del momento en que va a emitir su juicio, no tanto con respecto al sujeto jurídico de una infracción a la ley sino a este individuo que es portador de todos estos rasgos de carácter así definidos, el juez, podrá imponer a un individuo una serie de medidas correctivas, de readaptación, de reinserción. El bajo oficio de castigar se convierte en el oficio de curar.

Para la pericia psiquiátrica el problema no es el de la responsabilidad, su interés gira en torno a tres interrogantes: ¿el individuo es peligroso?, ¿es susceptible de sanción penal?, ¿es curable o readaptable?⁶⁵.

Por otra parte, la pericia en lugar de hacer la división entre la locura y el crimen, la enfermedad y la responsabilidad, sustituyó esa división por otros mecanismos que se traman a lo largo del siglo XIX. Se empieza a anudar el parentesco y la contigüidad de la locura y el crimen. Esto permitió una doble calificación médica y judicial, que organiza el dominio de la perversidad, noción que aparece en la segunda mitad del siglo XIX y va a autorizar la aparición, en el discurso de expertos, de toda una serie de términos anticuados, irrisorios y pueriles; como “pereza”, “orgullo”, “empecinamiento”, “maldad”; se trata de elementos biográficos que nos cuentan, y de ningún modo de principios de explicación del acto. Una especie de reducción para niños de la criminalidad. Esta puerilidad tiene una función precisa: va a servir de intercambiador entre las categorías jurídicas, definidas por el propio código penal y que pretenden que sólo se pueda castigar si hay culpabilidad, y nociones médicas como la “inmadurez”, “debilidad del yo”, “estructura caracterial”, etc. Las nociones de la perversidad permiten que las nociones médicas funcionen en el campo del poder judicial y, a la inversa, que las nociones jurídicas funcionen en el ámbito de competencia de la medicina.

⁶⁵ Ibidem, págs. 34 a 37

Otra operación que cumple la pericia es permitir que la sociedad responda a la criminalidad patológica de dos modos, o va a proponer una respuesta homogénea con dos polos: uno, expiatorio, el otro, terapéutico. Pero ambos son los dos polos de una red continua de instituciones cuya función es responder no a la enfermedad, pues sólo habría instituciones puramente terapéuticas, no al crimen, pues solo habría instituciones puramente punitivas, sino al peligro, al individuo peligroso. En la pericia psiquiátrica lo que el experto tiene que diagnosticar es el individuo eventualmente peligroso.

De modo que la noción de perversión, que permite coser los conceptos médicos y jurídicos; y la noción de peligro, de individuo peligroso, que permite justificar y fundar en teoría la existencia de una cadena de instituciones médico judiciales, constituyen el núcleo esencial, el núcleo teórico de la pericia médico legal⁶⁶.

El carácter grotesco del discurso de la pericia penal está ligado a su papel de intercambiador. El perito psiquiatra sólo puede ejercer el poder que se le exige garantizar –y que consiste en determinar el castigo de un individuo o participar en gran medida en él- mediante un discurso infantil, que lo descalifica como sabio en el momento en que se lo convoca en ese concepto, y por un discurso del miedo, que lo ridiculiza en el momento mismo en que habla en el tribunal y, por consiguiente, se encuentra despojado de cualquier poder. Él, que es sabio, que está protegido por toda la institución judicial y su poder: habla el lenguaje del niño, habla el lenguaje del miedo.

Lo que se pone de relieve a través de las pericias, no es la enfermedad, ni la responsabilidad, sino que son siempre las mismas imágenes, los mismos gestos, las mismas actitudes, las mismas escenas pueriles: “jugaba con armas de madera”, “les

⁶⁶ Ibidem, págs. 39 a 42

cortaba la cabeza a los insectos”, “faltaba a la escuela”, “afligía a sus padres”, “era perezoso”. Y: “concluyo de ello que era responsable”.

La pericia médico-legal es un ejemplo de la invasión en la institución judicial y médica por cierto mecanismo que no es médico ni judicial. La pericia psiquiátrica viene de otra parte. Es algo que llega a insertarse entre ellos, a asegurar su unión, pero procede de otra parte, con otros términos, otras normas, otras reglas de formación. No se dirige a delincuentes o inocentes, ni a enfermos o no enfermos, sino a algo que es la categoría de los anormales. La pericia médico legal compete al funcionamiento de un poder de normalización que tiende, por efectos de unión que asegura entre lo médico y lo judicial, a constituirse como instancia de control del anormal.

El poder de normalización es un tipo de poder que desemboca en el tribunal, apoyado por la institución judicial y la institución médica, que tiene sus propias reglas, no es un saber médico ni judicial, sino que ha colonizado ha ambos y ha logrado extender su soberanía en nuestra sociedad⁶⁷.

La pericia médico-legal como discurso de saber-poder inscripto en el corazón del Sistema Judicial es constructora de subjetividad; ha creado al sujeto anormal, en el marco del establecimiento de una nueva economía del poder de castigar, que comienza a interrogarse acerca de la naturaleza del criminal. En esta nueva economía, el poder se volvió continuo; ejercido a través de mecanismos permanentes de vigilancia y control, se separaron los efectos del poder de la arbitrariedad del soberano, de su buena voluntad, para erigirlos en una especie de ley fatal y necesaria. Se disminuyó el costo económico del ejercicio del poder, el cual comenzó a tramarse directamente sobre los procesos de producción y concretarse en un aumento permanente de ella. Dentro de esta

⁶⁷ Ibidem, págs. 42 a 49

nueva economía del poder las disciplinas constituyeron las piezas esenciales y fue el discurso científico de la psiquiatría el que construyó la subjetividad anormal.

La pericia psiquiátrica constituye un ejemplo del poder de afirmación de ciertos discursos de verdad en cuanto a la construcción de subjetividad. El anormal es el correlato de una nueva economía del poder de castigar que clasifica, mide, vigila a los sujetos y los constituye en objeto de un poder de normalización basado en la aplicación de técnicas dirigidas al disciplinamiento del comportamiento de los individuos a través del disciplinamiento del cuerpo.

La subjetividad anormal se caracteriza por su personalidad peligrosa: su conducta no obedece a las normas, es disfuncional, posee rasgos de infantilismo y es portador de un “estado” hereditario y crónico. La normalización tendrá que encargarse de este sujeto peligroso.

2.1.2 GENEALOGÍA DEL ANORMAL

El dominio de la subjetividad anormal tal como funciona en el siglo XIX, se constituyó a partir de tres figuras, dentro de las cuales se planteará el problema de la anomalía, y que comienzan a destacarse en el siglo XVIII.

La primera figura es el monstruo humano y su marco de referencia es la ley. Noción jurídica referida a las leyes de la naturaleza y de la sociedad. El monstruo en su existencia misma y su forma viola esas leyes. Las figuras del ser medio hombre y medio bestia (en la Edad Media), de las individualidades dobles (en el Renacimiento) y de los hermafroditas (en el siglo XVII y XVIII) representaron esa doble infracción. Lo que hace que el monstruo humano sea un monstruo, no es sólo la excepción con

respecto a la forma de la especie, sino también el trastorno a las regularidades jurídicas que acarrea (se trate de las leyes del matrimonio, del bautismo, etc.); es el punto de derrumbe de la ley. El monstruo humano combina lo imposible con lo prohibido. Es un laberinto jurídico, una violación y una confusión de la ley, una imposibilidad de aplicación del derecho.

La segunda figura es la del individuo a corregir. Es un personaje más reciente que el monstruo. La aparición del incorregible es contemporánea de la introducción de las técnicas de disciplina, entre los siglos XVII y XVIII, en el ejército, los talleres, las escuelas y, posteriormente, en las familias. Los nuevos procedimientos de domesticación del cuerpo, del comportamiento y las habilidades inauguran el problema de quienes escapan a esta normatividad que ya no es la soberanía de la ley⁶⁸. Ese marco jurídico y negativo va a ser en parte remplazado por un conjunto de técnicas y procedimientos con los que se emprenderá el enderezamiento de los que se resisten; a la domesticación y la corrección de los incorregibles. El anormal del siglo XIX es igualmente un incorregible a quien se va a poner en medio de un aparato de corrección.

La tercera figura es el onanista. Aparece en el siglo XVIII en correlación con las nuevas relaciones entre la sexualidad y la organización familiar, con la nueva posición del niño en el grupo parental, con la nueva importancia atribuida al cuerpo y a la salud, y con la aparición del cuerpo sexual del niño. Su campo de aparición es la familia y su marco de referencia es el dormitorio, la cama, el cuerpo: son los padres los supervisores directos, los hermanos, las hermanas, el médico; toda una especie de microcélula alrededor del individuo y su cuerpo.

⁶⁸ Ibidem, págs. 61 a 64

De las tres figuras, la del monstruo, a fines del siglo XVIII, es la que va a dominar y va a emerger en la práctica judicial de principios del siglo XIX. Es el monstruo quien interroga el sistema médico y el sistema judicial. Y hacia los años 1820-1830, toda la problemática de la anomalía se va a desplegar en torno de los grandes crímenes monstruosos. Luego, poco a poco, va a tomar más importancia el onanista. La desviación sexual es la que, a fines del siglo XIX, habrá englobado a las otras figuras y la que finalmente poseerá lo esencial de los problemas que giran en torno a la anomalía⁶⁹.

En 1765, desde el discurso médico, comienza a definirse al hermafroditismo como malformaciones y desaparece la idea de la monstruosidad como mezcla de dos sexos. Así comienza a elaborarse la noción de monstruosidad del siglo XIX; no hay mezcla de sexos, sino rarezas, imperfecciones, deslices de la naturaleza. Esas rarezas, sólo pueden ser el principio de cierta cantidad de conductas criminales. Lo que suscita la condena no es que alguien sea hermafrodita, sino que tenga gustos perversos: esta monstruosidad de comportamiento (no ya de naturaleza) es lo que debe provocar la condena. De manera que la monstruosidad es una irregularidad, una desviación.

La monstruosidad de comportamiento, traslada la categoría del monstruo al dominio de la criminalidad y de ahí en más, se planteará la sospecha sistemática de la monstruosidad en el fondo de toda criminalidad.

Surge la criminalidad monstruosa en un proceso que va desde 1765 a 1820-30. El principio de esa transformación se encuentra por el lado de una especie de economía del poder de castigar y de la modificación de esta economía que comienza a interrogarse sobre la naturaleza del criminal.

⁶⁹ Ibidem, págs. 64 a 67

El siglo XVIII elaboró una nueva economía del poder de castigar que igualará el crimen y el castigo: a un crimen corresponderá una pena. Es una economía de la medida y será preciso encontrar cierta unidad de medida entre el crimen y el castigo que permita adaptar la sanción de tal modo que sea justo lo suficiente para castigar el crimen e impedir que se reitere. Esa unidad de medida será el interés o la razón del crimen: el principio de su aparición, su repetición, etc.

Se dirá que la naturaleza de un interés tal, que viola el interés de todos y se expone a los peores peligros porque corre el riesgo del castigo, sólo puede tener una naturaleza patológica. Surge la naturaleza patológica de la criminalidad. Se castigará en nombre de la ley, pero los castigados serán individuos a quienes se juzgará como criminales, pero calibrados, evaluados, medidos en términos de normal y patológico. Así la cuestión de lo criminal y lo patológico se ligan en función de una nueva economía del poder de castigar⁷⁰.

El primer monstruo moral que apareció fue el monstruo político; el criminal político. En la nueva teoría legal, el criminal es quien rompe el pacto social cuando lo necesita, cuando lo desea, cuando su interés se lo impone. El criminal siempre es un pequeño déspota que hace valer su interés personal. Pero el primer monstruo político fue el Rey. El Rey desde su nacimiento hasta su muerte es un déspota, es quien siempre se sitúa, por posición, fuera del contrato social, es quien con su sola existencia viola ese contrato de forma permanente en pos de su propia voluntad e interés.

La historia de los anormales comienza con los monstruos, ellos son sus descendientes, pero ¿cómo se pasó del monstruo al anormal?

⁷⁰ Ibidem, pág. 78 a 93

De los tres grandes monstruos fundadores de la psiquiatría criminal a fines del siglo XVIII y principios del XIX: la mujer de Selestat, el caso Papavoine y Henriette Cornier, fue ésta última quien cristalizó el problema de la monstruosidad criminal, porque el caso Cornier parece escapar tanto a la razón –y por lo tanto al derecho y el castigo- como a la atribución de locura. En este caso, una mujer joven le corta el cuello a la hija de sus vecinos, es detenida de inmediato y cuando le preguntan ¿por qué? contesta: fue una ide.

En el nuevo sistema penal, lo que hace que un crimen sea mensurable y permite atribuirle un castigo a la medida, es el interés subyacente que puede encontrarse en el nivel del criminal y su conducta. El interés de un crimen es su inteligibilidad y la posibilidad de castigarlo. La nueva economía del poder de castigar exige la racionalidad del crimen y la racionalidad del sujeto que lo hace punible. Como consecuencia ya no puede juzgar, está obligado a hacer preguntas a la psiquiatría⁷¹.

La psiquiatría, constituida a principios del siglo XIX, funcionó hasta 1850 como una rama de la higiene pública. Se institucionalizó como dominio de la protección social, contra todos los peligros que pueden venir de la sociedad debido a la enfermedad. Para poder existir como institución de saber médico, tuvo que efectuar dos codificaciones: codificar la locura como enfermedad; realizar análisis, observaciones, etc., y codificar la locura como peligro.

La psiquiatría se interesó, desde el principio, en el problema de la locura que mata porque su problema era constituirse y hacer valer sus derechos como poder y saber de protección dentro de la sociedad.

⁷¹ Ibidem, págs. 93 a 114

El crimen sin razón es la confusión absoluta para el sistema penal. Frente a él, ya no se puede ejercer el poder de castigar. Pero por el otro lado, el de la psiquiatría, el crimen sin razón es el objeto de una inmensa codicia, puesto que, si se logra identificarlo y analizarlo eso sería la prueba de la fuerza de aquella, de su saber, la justificación de su poder. Estos dos mecanismos se enganchan uno en otro. Por un lado, el poder penal no va a dejar de decir al saber médico: “mira, estoy frente a un acto sin razón, entonces, te lo ruego; o me encuentras razones para ese acto, y con ello podré ejercer mi poder de castigar, o si no las encuentras, es porque se trata de un acto loco. Dame una demostración de demencia y no aplicaré mi poder punitivo”. Y el saber/poder médico va a responder: “muéstrame todos los crímenes que te preocupan y seré capaz de demostrarte que, detrás de muchos de ellos, encuentro una ausencia de razón. También soy capaz de demostrarte que, en el fondo de cualquier locura, está la virtualidad de un crimen y la justificación de mi propio poder”⁷².

En el caso de Henriette Cornier, la defensa sostenía la presencia de una pulsión, de una determinación fija, invariable, que se encamina a su meta sin detenerse; el instinto. Pero la psiquiatría Esquiroliana, de ese momento, ligaba la locura al error, a la ilusión, al delirio, a la falsa ciencia. De esa manera, el instinto, como elemento dinámico, no podía tener su lugar en ese discurso.

Del acto sin razón se pasará al acto instintivo. El instinto será el gran vector del problema de la anomalía. A partir del instinto, toda la psiquiatría del siglo XIX va a poder devolver a los ámbitos de la enfermedad y la medicina mental todos los grandes trastornos y las pequeñas irregularidades de conducta que no competen a la locura

⁷² Ibidem, págs. 115 a 119

propriadamente dicha y que son las conductas más elementales y cotidianas. Ese gran paso del gran monstruo al pequeño perverso, sólo pudo darse gracias a la noción de instinto.

El instinto permitirá hacer inteligible esa especie de escándalo que sería un crimen sin interés, sin motivo y, por consiguiente, no punible y además convertir científicamente la ausencia de razón de un acto en un mecanismo patológico positivo.

Pero, el instinto ocupa un lugar muy limitado en la taxonomía de la psiquiatría de principios del siglo XIX. Hay toda una serie de locuras parciales y locuras continuas que solo afectan a una región del comportamiento. Entre estas formas de locura se encuentra la locura instintiva.

Pero, a partir de 1845-1850, va a abandonarse la noción de locura parcial y va a haber, en la teoría psiquiátrica, un esfuerzo por reunificar la locura y mostrar que la enfermedad mental no se produce jamás sino en un individuo que está profundamente y globalmente loco. No hay locura parcial, sino síntomas regionales de una locura que afecta al sujeto en su totalidad⁷³.

Esa reunificación de la locura a través de sus síntomas, va a hacerse en el nivel de cierto juego entre lo voluntario y lo involuntario (antes se hacía en el nivel de conciencia, de aprehensión de la realidad). Es loco aquel en quien la jerarquía de lo voluntario y lo involuntario están perturbados. En particular, las alucinaciones, los delirios, las falsas creencias, todo lo que antaño, para la psiquiatría del siglo XIX, era el elemento esencial de la locura va a quedar en un segundo plano. Las alucinaciones, los delirios, la manía, el deseo maniaco son el resultado del ejercicio involuntario de las facultades, que predominan sobre el ejercicio voluntario a raíz de un accidente mórbido

⁷³ Ibidem, págs. 120 a 150

del cerebro. Eso es el principio de Baillarger. Lo que se busca no es el pequeño elemento de delirio que permita inscribirlo en la locura, sino descubrir cual es, detrás de cualquier delirio, la pequeña perturbación de lo voluntario y lo involuntario que pueden permitir comprender la formación del delirio. El principio de Baillarger es el fundador de la segunda psiquiatría.

Se abre un nuevo campo sintomatológico: la psiquiatría va a poder destacar como síntoma de enfermedad todo un conjunto de fenómenos que hasta entonces no tenían status en el orden de la enfermedad mental. Lo que va a permitir que una conducta figure como síntoma de enfermedad posible, ya no es el elemento de delirio que ocultaba, sino, por una parte, la distancia que esa conducta representa con respecto a las reglas de orden y conformidad, definidas contra un fondo de obligaciones familiares o de normatividad política y social. Por otra parte, también importará la manera en que esa conducta se sitúe en el eje de lo voluntario y lo involuntario⁷⁴.

El campo de la psiquiatría es invadido por una masa de conductas que hasta allí sólo habían tenido status moral, disciplinario o judicial. De aquí en más se puede psiquiatrizar todo lo que es desorden, indisciplina, agitación, indocilidad, carácter reacio, falta de afecto, etc.

La psiquiatría va a poner en contacto, por un lado, la norma, entendida como regla de conducta, como ley informal, como principio de conformidad a la que se oponen la irregularidad, el desorden, etc., y por otro lado, la norma entendida en un nuevo sentido: como regularidad funcional, como principio de funcionamiento adaptado y ajustado; lo normal a lo que se opondrá lo patológico: lo mórbido, lo desorganizado, lo disfuncional.

⁷⁴ Ibidem, págs. 150 a 154

En todos lados, todo el tiempo y hasta en las conductas más comunes y más cotidianas, la psiquiatría tendrá que evaluar si existe irregularidad con respecto a una norma y, al mismo tiempo, si existe disfuncionamiento patológico con respecto a lo normal. La psiquiatría se convierte en su cotidianeidad en médico judicial. Pequeños crímenes y enfermedades mentales, minúsculas delincuencias y anomalías casi imperceptibles del comportamiento: éste será el campo organizador y fundamental de la psiquiatría. En el periodo que abarca los años 1840-1860-1875, se organiza una psiquiatría que se puede definir como tecnología de la anomalía⁷⁵.

Ese campo de las anomalías se ve atravesado, desde el inicio, por el problema de la sexualidad, de dos maneras: por un lado, porque a ese campo general se le aplicará como grilla general de análisis los fenómenos de la herencia y la degeneración. Por lo tanto, todo el análisis médico y psiquiátrico de las funciones de reproducción va a participar en los análisis de la anomalía. En segundo lugar, dentro del dominio de la anomalía, van a identificarse los trastornos de la anomalía sexual que, hacia 1880-1890, aparecerán como el principio etiológico de la mayoría de las otras formas de anomalía. Todo esto comienza hacia 1845-1850. La fecha de apertura de los campos de la anomalía y luego su recorrido por el problema de la sexualidad, son más o menos contemporáneos.

La conexión repentina entre la sexualidad y la psiquiatría, alrededor de 1850, se debió a un cambio en el procedimiento de la confesión forzosa y obligatoria. En Occidente –dice Foucault- la sexualidad no es lo que callamos, lo que estamos obligados a callar, es lo que estamos obligados a confesar.

⁷⁵ Ibidem, págs. 154 a 156

En el siglo XVI la pastoral cristiana, nacida de la Reforma y del Concilio de Trento, creó la técnica de dirección de conciencia, una técnica para gobernar las almas que coloca en el centro al poder de la Iglesia y el sacerdote. En esta técnica la confesión formó parte central de la penitencia: una práctica de los interrogatorios sutiles que aseguran todo un relevamiento discursivo del deseo sexual, el cuerpo del penitente, sus gestos, sus sentidos, sus placeres, sus pensamientos, sus deseos, la intensidad y la naturaleza de lo que él mismo experimenta.

La forma primera de pecado contra la carne será la masturbación y, en adelante, el problema esencial será el deseo y el placer. El discurso de la confesión comienza en la masturbación y el adolescente masturbador será la figura inquietante que asedia la dirección de conciencia y la confesión del pecado⁷⁶.

En la misma época; en los siglos XVI-XVII, crece en el ejército, los colegios, los talleres, las escuelas, toda una domesticación del cuerpo a través de .mecánicas de vigilancia, control, distribución en el espacio, etc., que procuran hacerlo útil y dócil. Por otra parte, en las técnicas de penitencia, lo que se practicaba en los seminarios y los colegios es una investidura del cuerpo que no es la del cuerpo útil, no es la investidura hecha al nivel de las aptitudes, sino en el nivel del deseo y la decencia.

En el siglo XVIII esa fisiología moral de la carne llegó a coincidir con los problemas de las disciplinas del cuerpo útil. Se constituyó una medicina pedagógica de la masturbación que trasladó el problema del deseo hasta el del instinto, elemento central de la organización de la anomalía. Así, esa masturbación recortada en la confesión

⁷⁶ Ibidem, págs. 157 a 186

penitencial en el siglo XVII, convertida en problema pedagógico y médico, llevará la sexualidad al campo de la anomalía⁷⁷.

En Inglaterra, en 1760, se inicia una cruzada contra la masturbación que luego se propaga a países como Ginebra y Alemania; es decir, países protestantes que no tenían la dirección de conciencia en la forma tridentina y católica. Esos mecanismos de control bloquearon, en los países católicos, durante un tiempo el problema que luego aparecería.

Este discurso de la masturbación se diferencia del discurso de la carne porque en él no aparecen nunca los términos de deseo y placer y la sexualidad está más o menos ausente. Es la masturbación en sí misma, sin lazo alguno con los comportamientos normales de la sexualidad y ni siquiera con los anormales.

Por otra parte, en ese discurso que asume la forma de una campaña: exhortaciones, consejos, conminaciones, etc., no se trata de culpabilizar a los niños. Cuando se les prohíbe masturbarse, se amenaza a los niños con una vida adulta completamente plagada por las enfermedades. No se trata de una moralización como de una somatización, una patologización⁷⁸. Se señala a la masturbación como causa de una enfermedad total y como causa posible de todas las enfermedades posibles. La sexualidad va a permitir explicar todo lo que, de lo contrario, no es explicable. El enfermo se convierte en responsable de su propia enfermedad. Se asigna responsabilidad patológica a la infancia. Todo esto en el siglo XVIII y principios del XIX.

Lo que se fue constituyendo, a través de esta campaña es la familia célula en lugar de la familia relacional; una familia con su espacio corporal, afectivo y sexual

⁷⁷ Ibidem, pág. 186

⁷⁸ Ibidem, págs. 216 a 222

completamente saturado por las relaciones directas padres-hijos. La sexualidad perseguida y prohibida del niño no es la consecuencia de la formación de la familia restringida del siglo XIX, sino uno de sus elementos constituyentes.

La nueva familia sustancial es al mismo tiempo una familia medicalizada. Es preciso que el padre y la madre, tan cercanos al cuerpo de sus hijos, sean diagnosticadores, terapeutas, agentes de salud. Pero, además, la familia célula, desde la primera alerta, debe recurrir a la instancia externa y científica del médico. Así la familia medicalizada funciona como principio de normalización. Es esa familia, la que a partir de las primeras décadas del siglo XIX, va a poner de manifiesto lo normal y lo anormal en el orden de lo sexual. La familia va a ser el principio de determinación, de discriminación de la sexualidad y el principio de enderezamiento de lo anormal⁷⁹.

Es esta sexualidad constituida dentro de la familia la que los médicos van a retomar, a mediados del siglo XIX, para constituir con el instinto el gran dominio de las anomalías que representa la “subejtividad anormal”. Desde 1760, se había dicho que la sexualidad del niño era autoerótica, no relacional, pero ahora se toma a esa sexualidad y se la reinscribe en una relación incestuosa que va de los hijos a los padres. De ésta manera se fortaleció la urgencia de una intervención externa que analice, controle y corrija. Se aseguraba la conexión de la familia con el poder médico.

Lo que esa campaña contra la masturbación pidió, en definitiva, a la familia célula, es que tomara a su cargo el cuerpo del niño para que no muriera. En esto hay un interés político y económico. Los padres tienen que amparar a sus hijos en dos sentidos: impedir que mueran y vigilarlos y encauzarlos.

⁷⁹ Ibidem, págs. 227 a 240

La cruzada que se dirigió a la familia burguesa no es más que un capítulo en una especie de cruzada más amplia: la cruzada por la educación natural de los niños. La idea de educación natural, desarrollada en la segunda mitad del siglo XIX, supone una educación que, en primer lugar, se confiaría íntegramente a los padres que son los educadores naturales de sus hijos. Pero educación natural también quiere decir cierto esquema de racionalidad, cierta cantidad de reglas que tienen que asegurar la supervivencia de los niños, su domesticación y desarrollo normalizado. Esas reglas y su racionalidad pertenecen a instancias como los educadores, los médicos, el saber pedagógico. Instancias que enmarcan y están por encima de la familia misma y que se ocuparán, no del cuerpo sexual de los niños que pertenece a su familia, sino de su cuerpo de aptitud.

En la época en que esa cruzada llegaba a su apogeo se desarrollaba a su lado pero sin relación directa otra campaña muy distinta que se dirigía a la familia del proletariado urbano que estaba constituyéndose. Esta otra cruzada, que se sitúa en el siglo XIX y llega a su plenitud entre 1820 y 1840, tiene temas muy distintos. La campaña es contra la unión libre, contra el concubinato: “cásense, no tengan hijos antes para después abandonarlos”⁸⁰.

A medida que se desarrolla, a principios del siglo XIX, un proletariado urbano, las razones de ser del matrimonio, que era un elemento ligado al mantenimiento o cambio del status social, va perdiendo su validez y necesidad a partir del momento en que se trata de una población flotante, a la espera de un trabajo que es un trabajo precario y transitorio en un lugar de paso. Como consecuencia, se desarrolla una especie de

⁸⁰ Ibidem, págs. 240 a 250

sexualidad extramatrimonial, de unión libre en estos ámbitos obreros. Pero pronto se hizo necesaria la estabilidad de la clase obrera por razones económicas y de relevamiento y control político. De allí surge la campaña acerca del matrimonio, que estuvo acompañada por otra campaña: en ese espacio familiar sólido, no deben mezclarse, deben ocupar el mayor espacio posible, debe haber el menor contacto posible, las relaciones familiares deben mantener sus especificidades y las diferencias entre los individuos, las edades, los sexos. Campaña contra los dormitorios comunes, las camas compartidas por padres e hijos, etc. En línea con esta campaña aparece otra problematización del incesto: ya no es el peligro del incesto procedente de los hijos, es el peligro del incesto hermana-hermano, padre-hija.

Así, las dos campañas, los dos temores al incesto formulados en el siglo XIX, son diferentes, pero van a conducir finalmente a cierta forma que de alguna manera es intercambiable o común. Una especie de modelo familiar interclasista. Es la pequeña familia célula padres-hijos, cuyos elementos están diferenciados pero son solidarios y ligados entre sí⁸¹.

Todo esto supone dos maneras de organizar la familia celular alrededor del peligro de la sexualidad. Dos formas de marcar una intervención autoritaria que no es la misma en ambos casos. La intervención que exige la sexualidad peligrosa del niño es la medicina. En el otro caso, la sexualidad a partir del apetito incestuoso y peligroso de los padres o los hijos mayores, exige una intervención del exterior, un arbitraje, pero de tipo judicial. Quienes deben intervenir en la familia para conjugar ese peligro son el juez, el gendarme, las instancias de control social, el asistente social, etc.

⁸¹ Ibidem, págs. 150 a 152

La psiquiatría tiene que tomar, por un lado, todo el campo de las infracciones e irregularidades con respecto a la ley y, por el otro, tiene que volver a ocuparse de las irregularidades intrafamiliares. Pero para eso tendrá que organizar un campo unitario del instinto y la sexualidad. Si quiere funcionar en el engranaje psiquiátrico judicial tendrá que mostrar el instinto sexual como elemento de formación en todas las enfermedades mentales, en todos los desórdenes del comportamiento, ya sean grandes infracciones que violan leyes importantes o minúsculas irregularidades que perturban la célula familiar. Esta es la tarea de la psiquiatría a partir de 1840-50: que los grandes monstruos surgidos en el límite del aparato judicial puedan reducirse, analizarse, tornarse cotidianos y suavizados dentro de las relaciones familiares y los pequeños masturbadores puedan convertirse en los grandes criminales locos que violan, descuartizan y devoran.

El instinto sexual aparece completamente desconectado respecto de la reproducción, pues la reproducción es sólo una de las maneras en que el instinto puede encontrar placer, pero no se encuentra directamente ligado a ella. Esta desconexión va a permitir constituir el campo de las aberraciones. El placer no ajustado a la sexualidad normal es el soporte de toda una serie de conductas instintivas anormales, aberrantes, susceptibles de psiquiatrización⁸². De ese modo se esboza una teoría del instinto y una teoría de sus aberraciones, ligada a la imaginación y el placer. En esto consiste la teoría de la degeneración. En lo sucesivo, el instinto puede ser un elemento patológico y, al mismo tiempo, portador de placer.

En la nueva psiquiatría lo que permite la psiquiatrización es el rasgo de infantilismo que hay en el comportamiento del sujeto. A partir del momento en que la infancia sea el

⁸² Ibidem, págs. 252 a 268

filtro para analizar los comportamientos, para psiquiatrizar una conducta ya no será necesario inscribirla en una enfermedad, reubicarla en una sintomatología coherente. Para que una conducta sea de la competencia de la psiquiatría bastará con que sea portadora de una huella de infantilismo. Por eso, serán sometidas a la inspección psiquiátrica todas las conductas del niño, en la medida en que sean capaces de fijar, bloquear, interrumpir la conducta del adulto y reproducirse en ella. Y a la inversa, serán psiquiatrizable todas las conductas del adulto en la medida en que, con la forma de la semejanza, puedan asimilarse y referirse a las conductas del niño.

Por último, la infancia y el infantilismo de la conducta ofrecen como objeto a la psiquiatría ya no tanto una enfermedad sino cierto estado que se va a caracterizar como un desequilibrio, un estado en el que los elementos funcionan de un modo que, sin ser patológico, no es un modo normal. Es una conmoción en las estructuras que aparecen en contraposición a un desarrollo normal y van a constituir el objeto general de la psiquiatría. Y sólo secundariamente, en relación con esa anomalía fundamental, las enfermedades se van a presentar como una especie de epifenómeno con respecto a ese estado que es un estado anormal⁸³.

Hacia los años 1850-1870, la psiquiatría abandona a la vez el delirio, la alienación mental, la referencia a la verdad y la enfermedad. Lo que toma en cuenta es el comportamiento, sus desviaciones, sus anomalías; hace de un desarrollo normativo su referencia. Y se puede advertir –según Foucault- en qué situación paradójica se encuentra desde mediados del siglo XIX, porque la medicina mental se constituyó como ciencia a principios del siglo XIX cuando estableció el carácter de enfermedad de la locura: constituyó la locura como enfermedad. Así, pudo constituirse como ciencia

⁸³ Ibidem, págs. 269 a 285

especial al lado y dentro de la medicina. Al patologizar la locura mediante el análisis de los síntomas, la clasificación de las formas, la búsqueda de las etiologías, pudo constituir una medicina propia de la locura: la medicina de los alienistas. Ahora bien, resulta que, a partir de 1850-70, su tarea es conservar su status de medicina porque es éste el que posee los efectos de poder que trata de generalizar. Pero, he aquí, que aplica esos efectos de poder y ese status de medicina- que es su principio- a algo que en su mismo discurso ya no tiene status de enfermedad sino de anomalía.

Despatologización del objeto, ésa fue la condición para que el poder médico de la psiquiatría pudiera generalizarse. Se plantea entonces el problema ¿cómo puede funcionar un dispositivo tecnológico, un saber/poder médico sobre algo que no es patológico? Ese es el problema central de la psiquiatría.

La psiquiatría de la segunda mitad del siglo XIX se vio obligada a construir cierta cantidad de grandes edificios teóricos. Se trató de mantener o aumentar, a través de discursos teóricos o especulativos, los efectos de poder y los efectos de saber de la psiquiatría. Se organizó y describió no como síntomas de una enfermedad sino como síndromes de anomalías toda una serie de conductas aberrantes, desviadas, etc⁸⁴. El paisaje de la psiquiatría se anima con toda esa gente que no es portadora de síntomas de una enfermedad sino de síndromes anormales en sí mismos, de excentricidades consolidadas como anomalías: la agarofobia, la claustrofobia, incendiarios, exhibicionistas, invertidos, masoquistas. Todo esto no es síntoma de una enfermedad sino un síndrome; una configuración parcial y estable que se refiere a un estado general de anomalía.

⁸⁴ Ibidem, págs. 285 a 289

También aparece la noción de estado. El estado como objeto psiquiátrico no es una enfermedad, es una especie de fondo causal permanente, a partir del cual pueden desarrollarse cierta cantidad de procesos episódicos que serán precisamente la enfermedad. El estado es un basamento anormal del cual se tornan posibles las enfermedades. Todo lo que es patológico o desviado en el comportamiento o en el cuerpo puede producirse a partir de un estado. El estado es la estructura o el conjunto estructural característico de un individuo cuyo desarrollo se ha interrumpido, es una especie de fondo causal que es, en sí mismo, una anomalía y se ubica dentro de una serie que pueda producirlo y justificarlo. El cuerpo trasero detrás del cuerpo anormal, es el cuerpo de los padres, el cuerpo de los ancestros, de la familia, de la herencia.

La nosografía de los estados anormales, va a formularse en la gran teoría de la degeneración. El degenerado es el anormal -científicamente- medicalizado.

La constitución del personaje del degenerado reubicado en el árbol de la herencia y portador de un estado que no es un estado de enfermedad sino de anomalía permitirá una reactivación del poder psiquiátrico. Pero, al atribuirse el poder de pasar por encima de la enfermedad, de dejar de lado lo enfermizo o lo patológico y relacionar directamente la desviación de las conductas con un estado que es hereditario y definitivo, la psiquiatría se asigna el poder de no intentar ya curar⁸⁵.

Pero la psiquiatría siempre funcionó a partir del siglo XIX esencialmente como mecanismo de defensa social. Las preguntas que en la actualidad se hacen a los psiquiatras que testimonian en los tribunales: ¿el individuo es peligro? ¿el acusado es pasible de castigo? ¿el acusado es curable?, tienen poco sentido con respecto a un derecho y a una psiquiatría que se centre en la enfermedad pero adquieren sentido

⁸⁵ Ibidem, págs. 289 a 294

cuando se plantean a una psiquiatría que funciona esencialmente como defensa social. El degenerado es el portador de peligro, es quien no es pasible de castigo, es quien será incurable. Esas tres preguntas médicas, patológica y jurídicamente sin significación, tienen una significación muy precisa en una medicina de lo anormal, que no es una medicina de lo patológico y la enfermedad sino una medicina del degenerado⁸⁶.

⁸⁶ Ibidem, pág. 295

CAPITULO III

3. DISCURSO Y SUBJETIVIDAD

Los discursos de verdad-discursos científicos como la pericia médico-legal que funciona en el seno de la institución judicial-penal francesa de los siglos XIX y XX, también existen dentro de nuestro Sistema Judicial-Penal de Menores, entrampados en un conjunto de legislaciones y procesos que entran en funcionamiento cuando un adolescente es imputado por la comisión de un delito.

El conjunto de prácticas prescriptas en la ley 22.278/22.803⁸⁷, habilitan el funcionamiento de ciertos discursos de verdad que construyen un tipo de subjetividad a partir de los adolescentes que ingresan al sistema penal de menores imputados por la comisión de delitos, en el marco de la gubernamentalidad neoliberal.

3.1 MARCO JURÍDICO DE LA LEY 22.278/22.803

⁸⁷ Ley Nº 22.278/22.803, Régimen Penal de la Minoridad, Portal de Abogados (en línea), disponible en <http://www.portaldeabogados.com.ar>

El Sistema Penal de Menores argentino⁸⁸ está conformado, en nuestro periodo de estudio, por la Ley 10.903 de “Patronato de Menores” llamada también Ley Agote de 1919, el Régimen Penal de la Minoridad Ley 22.278/22.803, y por el Código Procesal Penal de la Nación, en sus artículos arts. 28 (competencia del tribunal de menores para aquellos hechos que estén reprimidos con pena privativa de la libertad mayor de tres años), 29 inc. 1ero (competencia del Juez de menores de instrucción), y por todos los artículos que integran el Capítulo II, del Título II del Libro III (arts.410 al 414 del apartado “Juicio de Menores”)⁸⁹.

La Ley 22.278/22.803 se enmarca dentro del Derecho Penal de Menores: un conjunto normas jurídicas que se aplican a individuos menores de 18 años que cometen o son sospechosos de cometer delito, cayendo bajo la tutela de la Legislación Penal o Derecho Penal definida como el “conjunto de leyes que traducen normas que pretenden tutelar bienes jurídicos y que precisan el alcance de su tutela, cuya violación se llama “delito, y aspira a que tenga como consecuencia una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor”⁹⁰.

La legislación penal se distingue de la restante legislación por la especial consecuencia que asocia a la infracción penal (delito) la coerción penal, que consiste

⁸⁸ El Sistema Penal de Menores constituye un sub-sistema del Sistema Judicial argentino que es el conjunto de instituciones judiciales (tribunales, juzgados, etc.) encargadas de administrar justicia a la sociedad, mediante la aplicación de normas jurídicas en la resolución de conflictos. Poder Judicial, (n.d), Disponible en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Poder-judicial>, consultado 10 de julio de 2010

⁸⁹ Código Procesal Penal, disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar>. Ver anexo: arts. 28, 29 Inc. 1º y art. 410 a 414 del apartado “Juicio de Menores”.

⁹⁰ ZAFFARONI, R. Eugenio. Manual de Derecho Penal. Parte General,(Buenos Aires, E. Ediar, 1999), pág 41

casi exclusivamente en la pena. La pena se distingue de las restantes sanciones jurídicas (distinguiendo así a la legislación penal de las restantes legislaciones: civil, comercial, laboral, administrativa, etc.) en que procura lograr, en forma directa e inmediata, que el autor no cometa nuevos delitos, en tanto que las restantes sanciones jurídicas tiene una finalidad primordialmente resarcitoria o reparadora⁹¹.

El Derecho penal de menores no es, estrictamente hablando, Derecho Penal ya que la naturaleza de sus consecuencias jurídicas no es penal porque se separa de los fines de la pena. Las medidas que se aplican a los menores que realizan conductas típicas no son penas. La pena tiene por objetivo la prevención especial, como medio de proveer a la tutela de bienes jurídicos. En su lugar, el derecho del menor pretende tutelar, en primer término, al menor mismo, porque el menor es un ser humano en inferioridad de condiciones, debido a su incompleto desarrollo físico, intelectual y afectivo. Se trata de un derecho que aspira a ser “formativo” del hombre. Se habla de “medidas” y no de penas. Todas las medidas que se aplican o están dirigidas a menores -llamadas “medidas de seguridad” y “medidas de tratamiento, corrección y educación”- tienen un carácter sui generis⁹².

Sin embargo, para algunos autores, como Eugenio Zaffaroni, las “medidas” no son otra cosa que penas, cuyo contenido penoso se desprende de la necesaria privación de bienes jurídicos que conlleva a la reclusión. Toda vez que aun cuando el objetivo sea tutelar y/o rehabilitar, el adolescente debe ser confinado y, por benigno que sea, dicho

⁹¹ Ibidem, pág. 42

⁹² Ibidem, págs. 106 a 109

confinamiento es perjuicio, y el perjuicio, a su vez, es penalidad⁹³. Siguiendo a Zaffaroni al referirnos a los adolescentes, no se hará distinción entre penas y medidas.

Por último, cabe aclarar qué es delito. Existen dos maneras de definir al delito: como un concepto estratificado y como una construcción social. La primera definición la proporciona la Teoría del Delito, consiste en un concepto operativo que ayuda a identificar las características que debe cumplir una conducta para ser considerada delito por nuestra legislación penal. La segunda es el producto de una reflexión crítica acerca del delito y de las instituciones de nuestra sociedad.

Así, en primer lugar: “Delito es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal (tipo) que revela su prohibición (típica), que por no estar permitida por ningún precepto jurídico (causa de justificación) es contraria al orden jurídico (antijurídica) y que, por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable (culpable)”⁹⁴.

Una conducta puede ser típica y antijurídica y, sin embargo, no constituir delito por no ser culpable. Esto recibe el nombre de Injusto penal. El injusto revela el disvalor que el derecho hace recaer sobre la conducta misma en tanto que la culpabilidad es una característica que la conducta adquiere por una especial condición del autor (por la reprochabilidad que del injusto se le hace al autor)⁹⁵.

En segundo lugar: el delito es una construcción social. El delito sociológicamente no existe si prescindimos de la solución institucional común. En la realidad social existen conductas, acciones, comportamientos, que importan conflictos que se resuelven de un

⁹³ Ibidem, págs. 76 a 78

⁹⁴ Ibidem, pág. 324

⁹⁵ Ibidem, pág. 325

modo común institucionalizado, pero que, aisladamente considerados, tienen significados sociales completamente diferentes. El hecho de que el delito sea una construcción social permite comprender que muchos adolescentes ingresen al sistema penal por conductas que en sí mismas no constituyen delitos: vagancia, situación de calle, abandono etc. En estas condiciones –dice Zaffaroni-, se tiene toda la impresión de que el delito es una construcción destinada a cumplir cierta función sobre algunas personas y respecto de otras y no una realidad social individualizable.⁹⁶

3.1.1 EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL ARGENTINO. INFLUENCIA DEL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO.

El auge de la criminología positivista en Europa a principios del siglo XIX, influyó en la configuración jurídica en materia penal en nuestro país. La legislación penal argentina tiene sus raíces en las legislaciones y doctrinas europeas.

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, Argentina inicia el proceso de elaboración de una codificación propia que desembocará en nuestra actual legislación penal⁹⁷.

Nuestro primer código penal nacional se sancionó en 1881 bajo la Ley 1920 y comenzó a regir recién a partir de 1886. Tuvo como principal influencia el Código Penal italiano de 1888; un texto conforme a los principios de los reformadores del siglo XVIII.

⁹⁶ Ibidem, págs. 21 a 23

⁹⁷ Ibidem, pág. 161

El Código de 1886 tuvo como base el llamado “Proyecto Tejedor” de 1886-1868. Este proyecto fue el primer intento de codificación penal de nuestro país y fue redactado por encargo del Poder Ejecutivo Nacional por Carlos Tejedor profesor de la Universidad de Buenos Aires. Sus principales influencias fueron el Código de Baviera de 1813 y la legislación española y francesa. Aunque el proyecto no fue sancionado como Código Nacional fue adoptado por 8 provincias y representa un importante antecedente de muchas disposiciones del código vigente.

En 1904 se conformó una comisión para revisar el Código de 1886, la que presentó su proyecto al poder ejecutivo en 1906. Pero fue en 1917 que se presentó ante el Senado un proyecto de reforma del Código de 1886, basado en el proyecto elaborado en 1906, el cual fue sancionado como Código Penal Nacional en 1921 bajo la Ley 11.179. Posteriormente a su sanción hubo varios proyectos de reforma. Sin embargo, el Congreso de la Nación mediante la ley 23.077 de 1984 restauró la mayoría de los textos de la ley 11.179⁹⁸.

Nuestro Código Penal o Legislación Penal nació en pleno auge de la corriente positivista en materia penal.

La influencia del positivismo criminológico en Argentina se hizo evidente a partir del siglo XX, a través de la gestión de la comisión de 1904, entre cuyos integrantes se encontraba Norberto Piñeiro seguidor de Lombroso. Hasta ese momento el llamado Código Tejedor mantuvo sus postulados en la vida jurídica argentina, pero el cambio se produjo a partir de los primeros años del siglo XX con la Ley de Residencia de 1902 y

⁹⁸ Ibidem, págs. 162 y 166

la Ley de Defensa Social de 1910. Estas leyes representan la introducción del positivismo criminológico en la legislación penal Argentina⁹⁹.

El aumento de la criminalidad en diferentes provincias hacia fines del siglo XIX, comenzó a preocupar a las autoridades políticas, en relación al crecimiento poblacional y al aporte de la inmigración. Las estadísticas y mediciones aplicadas a la criminalidad se convirtieron en una fuente de legitimidad indiscutible. Se comenzó a enfatizar el hecho de que la delincuencia era mayor entre los extranjeros que entre los argentinos, y que los varones criminales eran mayoritariamente solteros. Esto ponía en evidencia la acción benéfica del matrimonio como basamento del orden.

La atribución del aumento de la criminalidad a la población extranjera se plasmó en la Ley de Residencia y la Ley de Defensa Social, que autorizaban al gobierno a expulsar del territorio argentino a cualquier extranjero acusado de perturbar el orden público y permitía controlar el ingreso de inmigrantes, prohibía toda propaganda anarquista y reuniones políticas y llevaba el castigo hasta la pena de muerte por provocar desorden público, sabotaje, incitación a huelgas o insulto a las autoridades nacionales.

Los proyectos y las discusiones al interior de la Cámara de Diputados y Senadores de las diferentes provincias durante la primera década del siglo XX muestran la incorporación de los debates sobre el sistema judicial-penal que se estaban llevando a cabo a nivel internacional, especialmente el foro de 1870 celebrado en Cincinnati, Estados Unidos, en el “Congreso sobre la Disciplina de las penitenciarias y Establecimientos de Reforma”. Predominaba en los juristas la postura de curación del delincuente, que persigue no al delito en sí, sino al individuo.

⁹⁹ DALLA CORTE, Gabriela, Discusión sobre la influencia de la corriente criminológica positivista en el discurso penal argentino, Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/gimbernat/article/viewfile/45095/54388> pág. 161

Uno de los teóricos más importantes de este período es José Ingenieros quien favoreció la complejización de la medicina y de la psiquiatría en el mundo jurídico en los albores del siglo XX. Influenciado por el positivismo criminológico y, especialmente, por Enrique Ferri. Ingenieros sostenía que los delincuentes son individuos psicológicamente anormales y su anormalidad presenta desigual intensidad en las diversas categorías de delincuentes.

Al igual que Ingenieros, Juan P. Ramos dedicó buena parte de su vida a realizar un estudio sistemático de la ciencia penal dentro del tríptico delito, delincuente, pena. Para Ramos, la Penología era la ciencia de la pena y en la base de la pena estaba la higiene social. Se hizo cargo del concepto de peligrosidad del individuo como base de la prevención y de las medidas de seguridad que debían dirigirse contra el alcoholismo, la vagancia, la mala vida. La idea de "peligrosidad" hace su aparición como un "derecho de castigar", relativo a la necesidad de defensa social y de protección de intereses generales.

Los fallos y sentencias de esa época que ilustran la influencia del pensamiento positivista de fines del siglo XIX y principios del XX, que contó con fervientes seguidores entre los juristas argentinos¹⁰⁰. Las problematizaciones históricas sirven para ilustrar los procesos de formación de ciertas prácticas discursivas presentes en nuestra legislación penal de menores.

En 1895 Carmela Michetti acusada por el homicidio de Nicola Basilico fue condenada a tres años de prisión. Dos años después solicitó su libertad, afirmando el Juez que "...la gracia ha sido establecida para excitar en los castigados el deseo de moderar sus pasiones y arreglar su conducta durante la condena para hacerse dignos de

¹⁰⁰ Ibidem, pág. 162 a 164

volver a la sociedad ...". La función de la pena hacia fines del siglo, según el propio Juez de Sentencias, era la de regenerar y corregir a los delincuentes¹⁰¹.

A partir del siglo XX las sentencias comienzan a hacer alusión a rasgos innatos de ferocidad, peligrosidad, degeneración, anormalidad. Se introducen nuevas categorías al Sistema Judicial Penal.

En 1905, por ejemplo, el Magistrado habla de un instinto de perversidad brutal en el caso de un muchacho discapacitado de 15 años que mató a su madre. La condena de 25 años de penitenciaría tuvo como objetivo el eliminar a ese individuo de la sociedad por considerárselo "peligroso" para el resto de los ciudadanos. Esta misma idea se reitera en el caso de Remigio Tejada, acusado del homicidio de su concubina, Arsenia Fuentes, y de heridas a su suegra en 1903¹⁰².

En 1906 tres acusados fueron absueltos del delito de violación a una menor. Un año antes la menor había sido entregada a la Comisaría por su madre y de allí conducida a una institución de reclusión de mujeres en Rosario. La causa: haberse fugado de la casa de sus patronos y haber sido violada por los tres imputados en el periodo que duró la fuga. El juez justificó la absolución de los imputados afirmando que la joven, a pesar de sus 15 años, era "...una degenerada que ha buscado en la corrupción de su persona la satisfacción y deseos inconfesables¹⁰³.

¹⁰¹ Libro del Juzgado de Sentencias, Archivo de 10s Tribunales Provinciales de Rosario (ATPR), Sentencia del, 10-09-1 897. citado por DELLA CORTE , Gabriela, pág. 165

¹⁰² Libro del Juzgado de Sentencias, (ATPR), Sentencia Juan Mucha, homicidio de Ana de Mucha, 05-10-1905, citado por Della Corte, Gabriela, pág. 166

¹⁰³ Libro del Juzgado de Sentencias, (ATPR), Sentencia del 13-09-1906. citado por DELLA CORE, Gabriela, pag 166

3.1.2 LEGISLACIÓN PENAL DE MENORES ARGENTINA. CREACIÓN DE UNA “MATRIZ DISCURSIVA”.

La influencia del pensamiento positivista en materia penal, a principios del siglo XX, dio lugar a una manera de pensar al adolescente y su relación con la ley penal que se denominó “Doctrina de la Situación Irregular”, cuyo origen se remonta al proceso de reforma del sistema judicial y penal que se inició a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX en los países de Europa Occidental.

La influencia de la teorías europeas que buscaban respuestas “científicas” para los problemas sociales tenían como meta la “salud moral” de la población, lo que implicaba aislar a los elementos considerados “perniciosos”.

En los primeros años del siglo XX, simultáneamente a la llegada de inmigrantes, las ideas positivistas de pensadores como Lombroso dieron legitimidad al discurso legal sobre delitos y castigos, especialmente a las primeras leyes que reprimieron al movimiento anarquista: la Ley de Residencia y la Ley de Defensa Social.

Pero fue la ley de Defensa Social N° 7.029 sancionada en 1910 y la Ley de Patronato de Menores o Ley Agote N° 10.903 sancionada en 1919, quienes fundaron la primera legislación penal¹⁰⁴ dirigida a los menores de 18 años que cometen delitos, son sospechosos de cometer delito y/o se encuentran en estado de abandono o peligro

¹⁰⁴ CONTURSI, M. Eugenia, BRESCIA, Florencia y COSTANZO, Gabriela, La cuestión social de la minoridad a través del debate parlamentario: fundación de una matriz discursiva excluyente (1910-1919), en actas del Congreso Internacional “Revolución, Emancipación, Democracia e Igualdad”: 1810-1910-2010, Buenos Aires, Instituto de Investigación Gino Germani e Instituto de estudios de América Latina y el Caribe, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, aceptado para su publicación en [www. iealc.fsoc.uba.ar](http://www.iealc.fsoc.uba.ar), pág. 2

material o moral. Estas leyes comenzaron a construir una “matriz-discursiva”; “un modo de producción y de interpretación de discursos jurídicos, discursos que comparten regularidades, como un molde que permite dar forma a datos diversos”¹⁰⁵, apoyada en enunciados científicos-verdaderos, que conformó un marco general para pensar a los adolescentes y su relación con la ley penal.

La ley de Defensa Social fue la primera en establecer los 18 años como edad punible. En su debate se trató la baja de la edad de imputabilidad para la aplicación de la pena de muerte, especialmente para los hijos de los anarquistas: el proyecto inicial proponía los 15 años como edad mínima. Sin embargo, muchos legisladores como el propio Luís Agote se opusieron a la pena de muerte y a la baja de la edad de imputabilidad. Se fue construyendo, en el discurso de la ley, la figura del niño como responsable de una acción que es inducida por un adulto, convirtiéndose en víctima de sus padres. Surge la idea del niño como objeto, usado como herramienta por sus padres para cumplir con sus planes criminales. Son los niños los que conllevan el peligro.

Nueve años más tarde, la Ley Agote surge como respuesta al problema de los niños pobres, sean hijos de argentinos o no y hayan nacido o estén nacionalizados argentinos. La ley se discutió el 4 de julio de 1919 bajo el título “La protección de los menores abandonados y delincuentes”. A continuación se reproduce parte del debate que tuvo lugar en la Cámara de Diputados de la Nación:

Sr. Melo –“Es un *ensayo*, una *experimentación* para sacar del horrible ambiente material y moral en que yacen, a los niños abandonados y para *curar* en lo posible a los delincuentes” (DS, 1919: 710).

¹⁰⁵ Ibidem, pág.3

Sr. Agote –“(…) el interés de *corregir ese mal social* (...) porque entiende que sería la manera de responder a esa exigencia de *profilaxis social* que está reclamando del congreso desde hace muchos años” (DS, 1919: 932)¹⁰⁶.

Sr. Roca –“(…) esta ley, que es reclamada con urgencia, que atiende *males sociales* de indiscutible gravedad (...) donde los menores no hacen sino exponerse a todos los peores *contagios de carácter moral*” (DS, 1919: 907- 908).

Sr. Agote –“Yo tengo la convicción profunda de que nuestra ley falla si no llegamos a suprimir este *cáncer social* que representan 12 a 15.000 niños abandonados (...)” (DS, 1919: 945)¹⁰⁷.

A través de este tipo de debates se construyó la figura del niño como objeto de la acción del Estado. El menor se concibe como víctima del descuido o abandono de sus padres, en situación de peligro material o moral. Esto justifica el hecho de que a partir de la creación de los juzgados de menores argentinos, en el año 1921¹⁰⁸, los expertos psiquiatras, psicólogos y asistentes sociales pusieran énfasis en la personalidad del niño (el menor es el que conlleva un peligro) y en la “familia” (al ser los padres responsables de la situación de peligro material o moral del niño).

El niño era considerado como paciente y estaba sujeto a la intervención de profesionales de la salud y otros auxiliares, pues fueron alternando médicos, psiquiatras

¹⁰⁶ Diario de sesiones (1910-1919), Cámara de Diputados y Senadores del Congreso Nacional, República Argentina, citado por CONTURSI, Gabriela, BRESCIA, Florencia y COSTANZO, Gabriela, págs.3 y 4

¹⁰⁷ Ibidem, págs.4 y 5

¹⁰⁸ La existencia de tribunales y juzgados de menores son una creación relativamente reciente. En el siglo XIX no existían, a excepción de Estados Unidos que en el año 1899 por medio de la Juvenile Court de Illinois crea el primer tribunal de menores. Luego en 1905 fue creado el primer tribunal de menores en Inglaterra, en 1908 en Alemania en 1911 en Portugal, en el mismo año en Hungría, en 1912 en Francia, en 1922 en Japón, y en 1924 en España. En nuestra región fue pionero nuestro país en 1921, seguido por Brasil en 1923, en México en 1927 y Chile en 1928.

y psicólogos en lo que se entendía como una acción terapéutica dirigida a neutralizar las causas de su malvivir¹⁰⁹.

La Ley Agote terminará por establecer una relación directa entre el “niño que pertenece a una familia pobre” y la delincuencia:

Sr. Agote –“Los padres mandan a los niños a vender diarios, y el primero, segundo y tercer día reciben el producto obtenido de la venta. Pero enseguida los niños juegan el dinero o se lo gastan en golosinas (...) entonces los padres los castigan (...) resuelve el niño no volver más a su casa y viven robando en los mercados, en los mataderos, durmiendo en las puertas de las casas, y fatalmente caen en la vagancia y después en el crimen.

“Es necesario no equivocarse y conocer la psicología infantil. El niño es ratero, es mentiroso, es incendiario, comete sinnúmero de faltas, aunque haya nacido en el hogar más respetable y más moral” (DS, 1919: 944-5).

Sr. De Tomasso –“No solamente nos ocupamos del trabajo de menores dedicados a vender diarios, sino que nos referimos también al trabajo de los que venden fósforos, cigarrillos, flores, billetes de lotería o cualquier otro objeto, o a los que son lustradores y mensajeros” (DS, 1919: 946)¹¹⁰.

La Ley Agote proporcionaba un inmenso poder a los magistrados intervinientes, toda vez que a través de su artículo 14 se disponía que: “...los jueces de la jurisdicción criminal y correccional de la Capital de la República y en las provincias o territorios nacionales, ante quienes comparezca un menor de 18 años, acusado de un delito o como

¹⁰⁹ CONTURSI, M. Eugenia, BRESCIA, Florencia y CONSTANZO, Gabriela, Op. cit, La cuestión social de la minoridad a través del debate parlamentario: fundación de una matriz discursiva excluyente, págs.4 y 5

¹¹⁰ Diario de sesiones (1910-1919), cámara de Diputados y Senadores del Congreso Nacional, República Argentina, citado por CONTURSI, Gabriela, BRESCIA, Florencia y CONSTANZO, Gabriela, pág. 5

víctima de un delito, deberán disponer preventivamente de ese menor si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral...”¹¹¹

En su art. 21 la Ley Agote establecía: “se entenderá por abandono, peligro material o moral, la incitación de los padres tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral, la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego, o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido los 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres u guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o la salud”¹¹².

La Ley de Defensa Social y La Ley Agote construyeron una forma de concebir a la niñez/adolescencia y su relación con la ley penal que considera a cualquier menor como un peligro (legitimado por una psicología infantil que lo hace meritorio de vigilancia y encierro), pero, aún más, si éste resulta ser miembro de una familia pobre irá irremediabilmente hacia la delincuencia¹¹³.

Así, la unión entre la personalidad peligrosa del adolescente, la pobreza de su familia y la delincuencia se ligaban en una matriz discursiva que encerraba enunciados jurídicos acerca de los adolescentes.

¹¹¹<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=52,630,0,0,1,0>

¹¹² Ver anexo: Ley Agote art. 21

¹¹³ CONTURSI, M. Eugenia, BRESCIA, Florencia y CONSTANZO, Gabriela, Op. cit, La cuestión social de la minoridad a través del debate parlamentario: fundación de una matriz discursiva excluyente, pág. 5

Esa matriz se llamó “doctrina de la situación irregular”, en al cual el proceso que se inicia frente a una infracción penal, presuntamente cometida por un niño, se caracteriza por considerar al niño-adolescente como sujeto pasivo de intervención jurídica, es decir como “objeto” de tutela y protección por parte del Estado.

El contenido de tal “situación irregular”, habilitante del procedimiento especial, no sólo comprende a aquellas conductas prohibidas, supuestamente cometidas por niños, sino que incluye otras que los tenían, pura y exclusivamente, como “víctimas”, por ejemplo, padecimientos de abandono o de peligro material o moral, falta de atención de sus necesidades básicas, deficiencias que afectaban su salud física o mental, maltratos corporales o psíquicos, adicciones etc., sin concebirse diferencias en el tratamiento a seguir según se trate de un caso delictivo o de alguna situación asistencial, con lo que la actividad judicial ingresaba al conocimiento y resolución de todas ellas, a través de la aplicación de medidas tutelares que muchas veces implicaban la institucionalización de esos menores, así como también de aquellos que habían delinquido sin discriminación de ningún tipo al respecto¹¹⁴.

3.1.3 EL RÉGIMEN PENAL DE MENORES: LEY 22.278/22.803.

La ley 22.278 fue sancionada el 25 de agosto de 1980 y reformulada en sus artículos 1 y 2 por la ley 22.803 el 9 de mayo de 1983. Esta Ley rige para todo el territorio nacional, estructurando el proceso legal al que deben ser sometidos los adolescentes

¹¹⁴ MENICHELLI. Marisa, Algunas consideraciones en torno al actual Régimen Penal de Menores, en Revista electrónica de Derecho Penal Online (en línea), Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com>

imputados por la comisión de un hecho delictivo. Su antecedente inmediato lo constituye la Ley Agote de 1919, formando parte de la matriz discursiva que contribuyó a crear dicha ley.

La Ley 22.278/22.803 establece en su art.1 la realización de informes periciales a los adolescentes imputados por la comisión de delitos, independientemente de la no punibilidad de los menores de 16 años y de 16 a 18 años que han cometido delitos cuya pena no supera los dos años de pena privativa de la libertad, multa o inhabilitación, como también de aquellos adolescentes de 16 a 18 años que sí son punibles.

Las pericias a las que haremos referencia se encuentran prescriptas en la ley y están dirigidas al estudio y evaluación de la personalidad y de las condiciones familiares y ambientales del adolescente y no a la comprobación del hecho y la responsabilidad del imputado¹¹⁵. Se trata de la pericia psiquiátrica y la pericia socio-ambiental.

El Código Procesal Penal de la Nación Argentina establece la procedencia de la actuación pericial en su art. 253: Facultad de ordenar las pericias: “El juez podrá ordenar pericias siempre que para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia pertinente a la causa, sean necesario o convenientes conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica”¹¹⁶.

¹¹⁵ Debido a las particulares características del proceso de menores por cada caso que ingresa al sistema existen dos legajos, uno correspondiente al trámite judicial, donde se realizan todas las medidas de prueba pertinentes para la comprobación del hecho y la responsabilidad del imputado, y otro denominado “tutelar”, donde se realiza la evaluación del menor y su contexto familiar.

¹¹⁶ Código Procesal Penal Argentino. Libro II (Instrucción), Título III (Medios de Prueba), Capítulo V (Peritos), del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN), se encuentra regulada la prueba pericial (Arts. 253-267), Disponible en: <http://www.infoleg.com>. El CPPN establece el procedimiento a seguir desde el inicio de un proceso penal hasta su finalización.

La pericia, es considerada un medio de prueba judicial y esta legislada como tal y consiste en la “opinión fundada y realizada por una persona dotada de conocimientos que el juez no está obligado a dominar”. Perito es la “persona especialmente capacitada en una determinada disciplina, que posee los conocimientos científicos o técnicos necesarios para asistir al juez en su tarea de administrador de Justicia, colaborando con él en la correcta percepción y verificación de los hechos, causas, efectos, que son objeto de comprobación en el juicio. El perito se expresa a través de su dictamen”¹¹⁷

Existen diferentes tipos de peritos de acuerdo con las leyes vigentes: peritos oficiales (cuerpo medico forense), peritos de oficio (peritos de lista), peritos de parte y consultores técnicos (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)¹¹⁸. Las pericias a las que se refiere esta investigación son las realizadas por los peritos oficiales (Cuerpo de Delegados Inspectores), que son funcionarios del Poder Judicial y cumplen su función dentro de los juzgados de menores de primera instancia¹¹⁹, con juramento Genérico de Ley.

¹¹⁷ SCAGLIA, Amalia, La peritación Forense. Curso de postgrado interdisciplinario de psicología jurídica. (Buenos Aires, E. Escuela de la magistratura, 2003), pág. 10

¹¹⁸ Ibidem, pág. 2

¹¹⁹ La primera instancia, es la instancia de “instrucción” o investigación. Debido a las particulares características del proceso de menores por cada caso que ingresa al sistema existen dos legajos, uno correspondiente al trámite judicial, donde se realizan todas las medidas de prueba pertinentes para la comprobación del hecho y la responsabilidad del imputado, y otro denominado “tutelar”, donde se realiza la evaluación del menor y su contexto familiar.

La pericia psiquiátrica y la pericia socio-ambiental, son realizadas por profesionales pertenecientes a las Ciencias Sociales: psiquiatras y trabajadores sociales respectivamente.

Estos informes periciales constituyen discursos de verdad y discursos de poder pertenecientes a diversas disciplinas. Una disciplina se define por un campo de objetos, un conjunto de métodos, un corpus de proposiciones consideradas verdaderas, un juego de reglas y definiciones, de técnicas e instrumentos, a partir de lo cual es posible formular nuevas proposiciones.

Sin embargo, una disciplina no es la suma de todo lo que puede ser dicho de cierto a propósito de alguna cosa y no es el conjunto de todo lo que puede ser dicho, a propósito de un mismo tema. Las disciplinas están constituidas sobre errores y verdades, errores que no son residuos, sino que ejercen funciones positivas y tienen una eficacia histórica y un papel frecuentemente inseparable del de las verdades¹²⁰.

Pero además para que una proposición pertenezca al ámbito de la criminología, por ejemplo, es necesario que responda a condiciones más estrictas y complejas que la pura verdad. Debe dirigirse a un determinado plan de objetos, utilizar instrumentos conceptuales o técnicos de tipo bien definido, es decir, debe poder inscribirse en cierto horizonte teórico.

Una proposición perteneciente a una disciplina puede ser verdadera o falsa, pero antes de ser considerada como tal debe “estar en la verdad”, debe pertenecer al conjunto de una disciplina¹²¹. Es en este sentido que los informes periciales son discursos de

¹²⁰ FOUCAULT, Michel, El orden del discurso, trad. De Alberto Gonzalez, 1º edic. (Barcelona, E. Tusquets, 1987), pags. 8 y 9

¹²¹ Ibidem, pág. 9 y 10.

verdad. Las proposiciones que elaboran acerca de los adolescentes peritados se revisten de legitimidad científica, “están en la verdad” y son consideradas en cuanto tales.

Que la pericia sea un discurso de verdad no significa que venga a reflejar o probar una verdad sobre los adolescentes peritados, como datos que serían observables objetivamente y preexistentes a esta técnica, sino que la pericia construye ciertas verdades sobre los adolescentes en el acto mismo de la pericia y, al ponerse en circulación dentro del aparato punitivo, conlleva efectos específicos que abarcan la totalidad de la vida. Por lo que también constituyen discursos de poder, un poder que se ejerce sobre tales sujetos.

La pericia al mismo tiempo que discursos de verdad y de poder, constituye una técnica dentro de un dispositivo judicial-penal que interviene respecto de la subjetividad de los adolescentes imputados por la comisión de delitos, construyéndola¹²².

3.1.4 LA PERICIA PSIQUIÁTRICA.

El origen de las pericias psiquiátricas dentro del sistema judicial se encuentra en el art. 64 del Código Penal Francés de 1810 que establece: “No hay crimen sin delito cuando el acusado se encuentra en estado de demencia en el momento de la acción o cuando es obligado por una fuerza a la cual no puede resistirse”¹²³.

¹²² AUCÍA, Analía, RAGONE, Mariela. Portar esquizofrenia: procedimientos penales, pericias psiquiátricas y subjetividad, Trabajo presentado en el Pre- congreso de salud mental y derechos humanos, realizado en Rosario el 23 de octubre de 2004, en la Facultad de Psicología de la Universidad de Rosario, (en línea), 12-09-2005, Disponible en : <http://www.elsigma.com>

¹²³ FOUCAULT, Michel. Los anormales: curso del Collège de France de 1974-1975, trad. de Horacio Pons, 1º edic. (Buenos Aires, E. Fondo de Cultura Económica, 2000), pág. 31

La función del perito giraba en torno a la determinación de la imputabilidad¹²⁴ del sujeto; el examen pericial debía permitir realizar una función dicotómica entre salud psíquica –que implicaría responsabilidad- y enfermedad –que implicaría la ausencia de delito.

En Argentina, el Código Penal establece un método de determinación de la capacidad de culpabilidad, consignando en su art. 34, Inc. 1º una fórmula que prescribe que “no es punible el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por su insuficiencia de facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”¹²⁵.

Así, el derecho Penal moderno del siglo XIX, le solicitaba a los peritos psiquiátricos y psicólogos que se expidiesen sobre el estado mental de un sujeto al momento de cometer un hecho delictuoso: la función de la pericia psiquiátrica giraba en torno al concepto de imputabilidad. Sin embargo, en el curso de ese mismo siglo, el discurso jurídico comienza a interpelar al perito para que mediante la realización de un estudio completo y profundo de la personalidad del sujeto, dictamine si existe en el peritado un perfil de personalidad compatible con el hecho que se le enrostra¹²⁶.

La pericia psiquiátrica tal como figura en la ley 22.278/22.803 no se dirige a determinar si la conducta típica y antijurídica resulta imputable a un adolescente, es más, la actuación del perito psiquiatra no consiste en investigar las condiciones del

¹²⁴ Imputabilidad: hace referencia a la culpabilidad que consiste en la capacidad de reprochársele al autor del injusto si pudo haber actuado de otra manera en esa circunstancia.

¹²⁵ Código Penal de la Nación Argentina, disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar>, Ver Anexo: art. 34

¹²⁶ MERCURIO, Ezequiel, De la pericia psicológica al derecho penal de autor. Los discursos del poder, en Revista Electrónica Derecho Penal Online (en línea), disponible en: <http://www.derechoopenalonline.com>

hecho presuntamente cometido por el adolescente, sino que su función consiste en estudiar y evaluar la personalidad del adolescente que ingresa al sistema penal de menores imputado por la comisión de delito y es sometido un proceso penal.

Estas pericias suelen presentar una enumeración de aquello que la psiquiatría denomina síntomas o signos patológicos. La conclusión del informe pericial psiquiátrico es un diagnóstico: diagnóstico de psicosis, condición peligrosa, etc., precedido de descripciones del sujeto basadas en las impresiones que el perito tiene al respecto de la apariencia, hábitos y comportamientos del periciado. Así, aparece en el párrafo de un dictamen:

“desaliñado, sucio, con ubicación parcial en tiempo y espacio, su atención es poco sostenida, saltando de tema a tema sin coherencia; estado de ánimo paradójal, aparenta desorganización conceptual, se queja de insomnio, alucinaciones auditivas, su conducta externa es discordante”¹²⁷.

Los informes de pericias psiquiátricas contienen datos del adolescente referidos a su comportamiento durante la infancia, a los rasgos de su personalidad, patrones de conducta y a un sinnúmero de situaciones que si bien no conforman delito, permiten explicar por qué ese sujeto podría haber llegado a cometer el delito que se le imputa.

La pericia psiquiátrica a través del diagnóstico esencializa caracteres del periciado y termina por presentar al delito como la materialidad que pone en evidencia una verdad – observable y enunciable- que estaba ya presente en el peritado antes de cometer el hecho. Esto no es otra cosa que la presencia en el sujeto de un “estado” que revela un desequilibrio en su comportamiento, que es crónico, permanente, que no es curable y que lo vuelve peligroso.

¹²⁷ AUCÍA, Analía, RAGONE, Mariela, Op. cit, Portar esquizofrenia: procedimientos penales, pericias psiquiátricas y subjetividad, pág. 3

Considerar a la conducta delictiva como síntoma de un estado peligroso del sujeto ha permitido, en el ámbito del derecho penal, un derecho penal de autor que pone el disvalor en las características personales del sujeto y no en el acto en sí mismo como acción humana¹²⁸.

3.1.5 PERICIA SOCIO-AMBIENTAL

Además del estudio de la personalidad del adolescente, la ley establece que se deberá realizar el análisis de las condiciones familiares y ambientales en las que se encuentra inserto. Esta tarea corresponde a los trabajadores sociales cuyo informe pericial recibe el nombre de pericia socio-ambiental.

La intervención de la pericia socio ambiental o social en el sistema judicial penal argentino es relativamente reciente y el objeto al cual se dirige fue modificando su definición a través del tiempo conforme a transformaciones internas a la disciplina sujetas a condiciones históricas.

Hasta mediados de la década de 1970 el Trabajo Social estuvo dominada por dos enfoques: uno llamado “psicologista” que puso el acento en el inconsciente, la conducta y los mecanismos de defensa. Para este enfoque el rol del Trabajador Social consistía en buscar soluciones adaptativas al “medio” definido éste, fundamentalmente, como “la familia” del adolescente. Se dejaba de lado el contexto político y social y la práctica de los trabajadores sociales en el ámbito penal de los juzgados se centraba en el estudio y

¹²⁸ MERCURIO, Ezequiel, Op. cit., De la pericia psicológica al derecho penal de autor. Los discursos del poder

tratamiento de la familia del encausado. El objetivo fue el control de la familia con la niñez-adolescencia como actor principal¹²⁹.

En los primeros años de la dictadura militar de 1976, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, produjo un acuerdo que incluyó a los Asistentes Sociales en el poder judicial y definió sus tareas: a) “Practicar informes ambientales para establecer un diagnóstico situacional de las condiciones socioeconómicas, pauta de vida e interrelaciones entre las partes intervinientes en los casos de adopción, insanía, divorcio y perjuicios, desalojo, sucesiones, robos, hurtos, estupro y realizar entrevistas personales destinadas a la verificación problemática de los datos recogidos”.

Cuando se trata de menores en riesgo b) “realizar informes vecinales, entrevistas en instituciones, clínicas, neuropsiquiátricos, hospitales, establecimientos educacionales y lugares de trabajo para recoger información inherente a los diferentes casos”.

Posteriormente la CSJPBA en el art.36 de la misma resolución dictamina que “los peritos deberán expandirse en todo otro problema de sus respectivas especialidades que no estén taxativamente determinados en los artículos precedentes”¹³⁰.

La resolución es ejemplificadora en cuanto permite demostrar que partir de ese momento, la demanda de Asistentes Sociales dentro del Poder Judicial fue extendiéndose hacia los diferentes ámbitos, entre ellos la justicia de menores a nivel Nacional y también de las diferentes Provincias.

¹²⁹ ELIAS, Felicitas. Inequidades e injusticias. Revista de Trabajo Social, Buenos Aires, nº 18, año 2000, págs. 2-3

¹³⁰ Acordada 1793. Del 25.6.78.Publicación Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Año 1978. Año IX, Nº 21, agosto 1982.

En la década de los 80 y los 90 los peritajes sociales comienzan a mostrar una apertura hacia la consideración de factores diferentes a los estrictamente familiares. Este cambio tuvo lugar en el Sistema Judicial Penal de Menores a partir de la ratificación de la Convención Internacional de Los Derechos del Niño que significó el esbozo de una nueva concepción de la adolescencia y de su relación con la ley penal.

A partir de los 90 el conjunto de factores sociales y medio-ambientales que rodean al adolescente en sus interrelaciones, constituirán las variables que se someten a estudio en la pericia socio-ambiental. Relaciones de individuo y la familia con instituciones, grupos o colectivos que forman su entorno social, datos socio-sanitarios, variables laborales y ocupacionales, contexto socio-económico, descripción de la vivienda, hábitat y relaciones con la comunidad, etc., todo constituye objeto de evaluación en la pericia social.

El perito social llegará finalmente a un diagnóstico del “medio” en que se inserta el menor, diagnóstico que dependerá de los resultados obtenidos en las variables medidas y determinará si el menor se encuentra en peligrosidad o riesgo social¹³¹.

El contexto o “medio-población” consiste en una cantidad de efectos masivos que afectan a quienes residen en él. Está conformado por un conjunto de datos naturales referidos al medio-ambiente y un conjunto de datos artificiales (cantidad de individuos, aglomeración de viviendas, servicios básicos, condiciones de salubridad, instituciones, etc.)¹³². La pericia social realiza un examen completo y exhaustivo del “medio-población” donde se encuentra inserto el sujeto, procura determinar los factores sociales

¹³¹ ELIAS, Felicitas, Op. cit, Inequidades e injusticias, págs. 3 a 11

¹³² FOUCAULT, Michel, Seguridad, Territorio y Población: curso en el Collège de France (1977-1978), tad. de Horacio Pons, 1ª edic. (Buenos Aires, E. Fondo de Cultura Económica, 2006), pág. 41

(culturales, educativos, etc.) y medio-ambientales que pueden influir en la comisión de un delito.

La peligrosidad que otrora para la pericia social residía en la familia del adolescente, a partir de finales de los años 80 y comienzo de los 90, se traslada a su contexto más amplio de existencia.

El informe socio-ambiental mide el “riesgo social” o la “peligrosidad social”, esto es, el nivel de riesgo o peligro existente en el contexto de vida del adolescente que es peritado, es decir, la cantidad de factores sociales y medio-ambientales que pueden influir en la comisión de delitos. El riesgo social es más elevado en adolescentes que provienen de hogares y barrios pobres.

Así como la pericia psiquiátrica esencializa el delito, el cual ya forma parte de la personalidad del individuo aun antes de que éste lo hubiese cometido, la pericia social realiza la misma operación con el contexto de existencia del adolescente. El contexto es peligroso porque es- debido al grado de peligrosidad social que registra a través de los factores sociales y medio-ambientales que presenta- potencialmente delictivo y éste potencial se traslada a la conducta del adolescente influenciada por su contexto.

3.1.6 CONSTRUCCIÓN DE LA SUBJETIVIDAD “ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL”.

La pericias psiquiátricas y sociales que se realizan a los adolescentes imputados por la comisión de delitos, convierten cursos de acción en patrones de conducta, modos de comportamientos que supone valores, hábitos, modos de vida de estos sujetos y del “medio” donde están insertos.

El análisis, evaluación, clasificación y tipificación de las características de la personalidad y del medio de vida del adolescente que realizan las pericias, termina por producir y asignarles un “status” dentro del sistema penal de menores en base al que pueden ser privados de la libertad e incluso ser sometidos a una sanción penal no por haber cometido un delito sino porque los estudios realizados diagnostican que se trata de individuos peligrosos y/o que viven en peligrosidad social.

Pero será la pericia socio-ambiental la que introduzca una innovadora ligazón entre potencial delictivo y peligrosidad social. Estas dos características constituyen los rasgos de un nuevo tipo de subjetividad que se construye a partir de los adolescentes que ingresan al sistema penal de menores imputados por la comisión de un delito y se denomina “adolescentes en conflicto con la ley penal”.

Concebir la construcción de subjetividad a partir de las prácticas prescriptas en la ley 22.278/22.2803 implica considerar al discurso jurídico y a los discursos que operan dentro del mismo desde un punto de vista positivo, es decir, constructivo y no como simples prohibiciones, meros discursos sin sujeto y transhistóricos.

La subjetividad “adolescentes en conflicto con la ley” no constituye una simple terminología adoptada para designar o nombrar a un conjunto de sujetos que infringen la ley, sino que conlleva en su designación toda una manera de pensar y actuar sobre determinados sujetos, es el producto de una nueva economía del poder de castigar. La subjetividad “adolescentes en conflicto con la ley” es como la locura, como la sexualidad. Se trata de realidades de transacción que surgen de alguna manera en la interrelación de los gobernantes y los gobernados y que no son menos reales por no haber existido desde siempre¹³³.

¹³³ Ibidem, pág. 337

Pero lo que caracteriza a esa subjetividad es el hecho de que el discurso de verdad que contribuye a su construcción: la pericia socio-ambiental, no remite a la misma matriz discursiva que la ley que habilita su funcionamiento, esto es la ley 22.278/22.803.

En efecto, la pericia social manifiesta a través de su funcionamiento y del objeto al cual se dirige su pertenencia a un nuevo modo de producción y de interpretación del discurso jurídico penal referente a los niños/adolescentes que comienza a surgir en nuestro país en los años 90, a partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño.

3.1.7 LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

La nueva matriz discursiva se denomina “Doctrina de la protección integral” y sostiene una concepción del niño diferente a la del régimen tutelar que lo considera como objeto de protección.

La nueva concepción, expresada en el discurso de la CIDN, se estructura sobre la base de ciertos derechos y garantías que exigen el reconocimiento del niño como “sujeto de derecho” lo cual implica asignación de responsabilidades, derechos y obligaciones¹³⁴.

La Protección Integral, en letras de la Convención, consiste en un conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta se deben dictar y ejecutar desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la familia y la

¹³⁴ CAVALLO, Gabriel y FREILER, Eduardo, Inconstitucionalidad Art. 1 Ley 22.278 y Art. 412 CPPN. Informe colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia, (Argentina, CIDH, 2007), pág.5

sociedad para garantizar que todos los niños y niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación a la supervivencia, al desarrollo y a la participación, al tiempo que debe atender las situaciones especiales en que se encuentren grupos de niños que han sido vulnerados en sus derechos¹³⁵.

La convención procura discernir las situaciones de infracción a la ley penal cometida por adolescentes de aquellas situaciones de peligro material o moral, estableciendo para estos últimos un especial apoyo y atención al desarrollo personal de los jóvenes que están latentemente en peligro o en situación de riesgo social y necesitan un cuidado y una protección especial.

En lo referente a los niños/adolescentes que son imputados por la comisión de delitos la convención procura garantizar el debido proceso penal, esto es, reconocer a los adolescentes en esta situación, por los menos, los mismos derechos con que cuentan los adultos: derecho a ser escuchados, derecho a no ser privados de la libertad sin una sentencia, derecho a ser juzgados por los actos cometidos, etc. Aquí, no se trata de restituir la vulneración de derechos humanos tales como: el acceso a la educación, a condiciones de vida dignas, etc., sino solamente garantizar los derechos que el mismo proceso penal les vulnera.

Para estos adolescentes imputados por la comisión de delitos, su constitución en “sujetos de derechos” implica garantizarles el debido proceso. Propone la prisión privativa de la libertad como último recurso frente a alternativas diversas como el trabajo comunitario lo cual supone una transformación normativa y la creación de todo

¹³⁵ BUAIS, Y. Emilio, La doctrina de la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones, (Buenos Aires, Ministerio de Salud de la Nación Argentina, 2000), pág. 2

un conjunto de instituciones e inversión en recursos humanos que se legitiman por el hecho de que serían mucho más exitosos y rentables que el sistema actual.

La Protección especial como parte integrante e integradora de la Protección Integral no está dirigida al reconocimiento de situaciones jurídicas de derechos humanos universales (salud, educación, vida digna, etc.), sino al reconocimiento del derecho a ser protegido frente a situaciones de hecho que impiden el ejercicio de otros derechos, o violentan derechos, para restituir la condición y situación a parámetros normales de protección.

Por otro lado, la CIDN impulsa el establecimiento de doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia, basados en leyes, procesos e instituciones, cuya finalidad sea reducir o modificar las necesidades y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien. Este objetivo se enmarca en una tarea de prevención general del delito dirigida a los adolescentes que se encuentran en tales situaciones que no son otras que situaciones de peligro material o moral¹³⁶, asumiendo así el vínculo entre riesgo social y potencial delictivo.

Los gobiernos deben garantizar las condiciones adecuadas para el desarrollo personal de esos niños/adolescentes a través de la implementación de políticas públicas dirigidas a tal fin. La educación es el principal elemento para garantizar la constitución efectiva de los niños/adolescentes como sujetos de derecho: “dar garantía a estos derechos, genera beneficios económicos y sociales cuantiosos. El derecho a la educación, por ejemplo, tiene mucho que ver con la productividad de un individuo, algunos autores señalan que otorga habilidades para sobrevivir en el mundo moderno, mejora la capacidad para usar recursos para producir bienes y servicios, y es un estímulo para la

¹³⁶ Ibidem, pág. 2 a 11

búsqueda del éxito económico”¹³⁷. Éste es el camino para la constitución de un niño/adolescente integrado al mercado de trabajo, al mercado de consumo; en tanto satisfactor de sus necesidades, etc.

En este sentido ser sujeto de derechos “habilita” a constituirse en “sujeto económico”, que en cuanto, tal actúa racionalmente en la búsqueda de su particular interés, es responsable sus acciones y responde a las modificaciones en su medio.

Constituir al adolescente que es imputado por la comisión de un delito y resulta en situación de peligro material o moral en “sujeto económico”, es una manera de legitimar la intervención en su “medio”.

La pericia socio-ambiental constituye un discurso que a través de la identificación y evaluación de la peligrosidad social habilita la utilización de técnicas o dispositivos de seguridad que intervienen en el “medio-población” del adolescente.

La matriz discursiva que expresa la Convención y a la que remite la pericia social implica una nueva manera de pensar el ejercicio del control social referido a los adolescentes que son imputados por cometer delitos, esto es, una nueva economía del poder de castigar basada en técnicas biopolíticas dirigidas al disciplinamiento de los sujetos a través de la intervención en su contexto.

La subjetividad “adolescentes en conflicto con la ley penal” es el correlato de esta nueva economía del poder de castigar. No se dirige a identificar a los adolescentes que infringen la ley penal sino a aquellos que viven en peligrosidad social, definiendo así el marco de intervención de la acción gubernamental.

¹³⁷ MINUJÍN, Alberto. ¿La gran exclusión? Vulnerabilidad y Exclusión en América Latina, en FILMUS, Daniel Compilador. Ed. Eudeba. FLACSO. Buenos Aires. Pag 70 a72

Esta subjetividad reúne en sí misma al adolescente “sujeto de derecho” y al “sujeto económico” que mantienen, cada uno de ellos, una relación diferente con el poder político. Como sujetos económicos exigirán la abstención del gobierno o que su intervención se inscriba bajo una racionalidad puramente económica (científica, especulativa). Como sujetos de derechos pueden limitar la intervención del poder público. Se plantea el problema de cómo gobernar, cómo guiar la conducta de esos sujetos económicos. El gobierno no puede intervenir en la esfera económica, ni el orden jurídico puede resolver este problema, pues el sujeto económico obedece a una mecánica diferente a la del sujeto de derecho, el sujeto económico es el sujeto de interés, que es un interés egoísta, que espontáneamente coincidirá con el interés de todos. El sujeto de derecho, en cambio, se define por la renuncia de algunos de sus derechos.

La subjetividad “adolescentes en conflicto con la ley penal” delimita un nuevo dominio donde la acción gubernamental puede actuar sobre estos sujetos.

El nuevo dominio es el “medio-población” donde se encuentran insertos los adolescentes que resultan en peligro material o moral, que no pertenece ni al ámbito del mercado ni al ámbito judicial-penal, sino dentro de la sociedad civil.

La sociedad civil es lo que va a permitir a una práctica gubernamental, una autolimitación que no trasgreda ni las leyes de la economía ni los principios del derecho, y tampoco trasgreda la necesidad de una omnipresencia del gobierno, un gobierno al que nada se le escape y que obedezca las reglas del derecho y respete la especificidad de la economía¹³⁸.

¹³⁸ FOUCAULT, Michel, Op.cit, Nacimiento de la biopolítica: curso en el Collage de France (1978-1979). pág. 334 a 354

La “inversión educativa” -ejemplo de técnica biopolítica- que figura en el marco de políticas propuestas por la Convención como una herramienta para la prevención general del delito, se basa en la Teoría del Capital Humano que supone la aplicación del análisis económico a la educación. Una mayor inversión en la educación produciría también mayor rentabilidad del capital invertido en la formación de recursos humanos. La lógica desde la cual se piensa a la educación es fundamentalmente económica, de relación costo-beneficio, proponiendo a la educación como una inversión que debe ser rentable¹³⁹. Esta lógica se encuentra presente en el discurso de la Convención y de muchos otros discursos jurídicos de carácter garantista. Se trata de invertir en la niñez/adolescencia en términos de reestablecimiento de derechos y con perspectivas de maximización de los beneficios. Se trata de una técnica biopolítica basada en una racionalidad que obedece al principio de la economía máxima.

¹³⁹ SVERDLICK, Ingrid, Apuntes para debatir sobre la gestión escolar en clave política, *Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, (en línea), Vol. 4, No. 4, pág. 3

CONCLUSIONES

A lo largo de esta investigación se ha tratado de describir cómo ciertos discursos de verdad que operan en el marco de la ley 22.278/22.803, construyen un nuevo tipo de subjetividad en torno a los adolescentes que ingresan al sistema penal de menores imputados por la comisión de un delito. Describir a grandes rasgos el proceso de formación de ese nuevo tipo de subjetividad y comprender su existencia en el marco de la gubernamentalidad neoliberal ha constituido nuestro principal objetivo.

Se pretendió señalar cuales han sido las condiciones de aparición, de continuidad, de variación de esas prácticas discursivas, para así poder comprender sus condiciones externas de posibilidad.

La ley del régimen penal de menores constituye una ley bisagra entre dos maneras de pensar y obrar respecto a los adolescentes que son imputados por la comisión de delito. Supone en su interior la presencia de mecanismos propios de la sociedad disciplinaria, tales como la pericia psiquiátrica que continua dirigida a identificar al individuo peligroso y mecanismos de seguridad como la pericia social que identifica individuos que viven en contextos de peligrosidad social.

La pericia social tal como se desarrolla a partir de finales de los años 80 y principio de los 90 constituye un discurso y una técnica de una gubernamentalidad que piensa el ejercicio del control social, en materia penal de menores, desde una perspectiva económica.

La nueva economía del poder de castigar basada en el disciplinamiento de los sujetos a través de la intervención en su “medio-población” coexiste con mecanismos propios de la vieja economía, dirigida al disciplinamiento de los sujetos a través del disciplinamiento del cuerpo. Se da la coexistencia de técnicas disciplinarias y técnicas de seguridad. El cambio en la correlación de fuerzas, a favor de las últimas, no ha significado una desaparición de las primeras, sino que su aparición se debe a una inflación de mecanismos jurídicos, principalmente a nivel internacional, (el surgimiento de todo un conjunto de legislaciones referente a los niños-adolescentes, tales como la Convención, las Directrices de RIAD, las Reglas de Beijing, etc.) que suponen una inflación de mecanismos disciplinarios (mayor registro, examen, observación, clasificación, etc.) cuya transformación o modificación deriva en el surgimiento de nuevas técnicas-dispositivos o mecanismos llamados “de seguridad” o “biopolíticos”.

La pericia social que funciona en el marco de la ley 22.278/22.803 permite la construcción de un nuevo tipo de subjetividad a partir de los adolescentes que son imputados por la comisión de delitos: “adolescentes en conflicto con la ley”. Esta subjetividad, producto de un proceso de clasificación y tipificación, no se dirige a identificar a quienes infringen la ley, sino a quienes a pesar de no infringirla se encuentran dentro del sistema penal de menores debido a que viven en contexto de peligrosidad social.

La ratificación de la Convención Internacional de los Derechos Del Niño permitió su constitución en “sujetos de derecho” y “sujetos económicos”; sujetos cuyo comportamiento queda enmarcado en un orden jurídico y son eminentemente gobernables.

Constituir a los adolescentes en “sujetos de derecho” y “sujetos económicos” implica por un lado: generalizar la forma empresa a todo el tejido social, esto es, multiplicar el modelo económico de la oferta y la demanda, de los costos y beneficios, de la inversión, para hacer de este modelo un modelo de relaciones sociales, una forma de relacionarse el individuo consigo mismo, con su tiempo, con su familia, etc. Pero, por otro lado, también, supone la reconstrucción de una serie de valores morales y culturales que compensen los “fríos” mecanismos de la competencia. Se trata de reconstruir alrededor del individuo puntos de anclaje concretos, lo que se llama “vitalpolitik”. Rustow, teórico del ordoliberalismo decía: “la economía del cuerpo social organizado según las reglas de la economía de mercado: eso es lo que hay que hacer; sin embargo, no por ello es menos cierto que también deben satisfacerse nuevas y crecientes necesidades de integración”¹⁴⁰.

Ejemplo de ello lo constituyen las medidas o políticas sociales que se adoptan en torno a los “adolescentes en conflicto con la ley” tales como la inversión educativa, que tratan de restituir condiciones y situaciones a parámetros “normales” garantizando derechos vulnerados con una perspectiva de maximización de beneficios. Estas políticas son parte de la acción ordenadora de la gubernamentalidad neoliberal, que apunta a garantizar el buen funcionamiento del mercado, a través de políticas que buscan modificar las bases materiales, culturales, técnicas, jurídicas, para que aparezca la economía de mercado.

La subjetividad “adolescentes en conflicto con la ley penal” es el correlato de una nueva manera de pensar y obrar en el ejercicio del control social a partir de aquellos

¹⁴⁰ FOUCAULT, Michel, Nacimiento de la biopolítica: curso en el Collage de France (1978-1979), trad. de Horacio Pons, 1ª edic., (Buenos Aires, E. Fondo de Cultura Económica, 2007)

adolescentes imputados por la comisión de delitos; una nueva economía del poder de castigar como un conjunto de actividades dirigidas a regir la conducta de los hombres basadas en técnicas de intervención en su “medio” a las que un marco institucional y reglas positivas les han dado sus condiciones de posibilidad.

El dominio de intervención que define la subjetividad “adolescentes en conflicto con la ley penal”: contextos de peligrosidad social, es la respuesta, en el ámbito penal de menores, al interrogante que se plantea la gubernamentalidad neoliberal: cómo ajustar el ejercicio del poder político a los principios de una economía de mercado.

BIBLIOGRAFÍA

- AUCÍA, Analía, RAGONE, Mariela. Portar esquizofrenia: procedimientos penales, pericias psiquiátricas y subjetividad, Trabajo presentado en el Pre- congreso de salud mental y derechos humanos, realizado en Rosario el 23 de octubre de 2004, en la Facultad de psicología de la Universidad de Rosario, (en línea), 12-09-2005, Disponible en : <http://www.elsigma.com>
- BUAIS, Y. Emilio, La doctrina de la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones, Ministerio de Salud de la Nación Argentina, 2000
- CAVALLO, Gabriel y FREILER, Eduardo, Inconstitucionalidad Art. 1 Ley 22.278 y Art. 412 CPPN. Informe colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia, CIDH, 2007
- Código Procesal Penal Argentino, Disponible en <http://www.infoleg.gov.ar>
- Código Penal Argentino, Disponible en <http://www.infoleg.gov.ar>
- CONTURSI, M. Eugenia, BRESCIA, Florencia y COSTANZO, Gabriela, La cuestión social de la minoridad a través del debate parlamentario: fundación de una matriz discursiva excluyente (1910-1919), en actas del Congreso Internacional “Revolución, Emancipación, Democracia e Igualdad”: 1810-1910-2010, Buenos Aires, Instituto de Investigación Gino Germani e Instituto de estudios de América Latina y el Caribe, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires
- DALLA CORTE, Gabriela, Discusión sobre la influencia de la corriente criminológica positivista en el discurso penal argentino, Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/gimbernat/article/viewfile/45095/54388>
- DEL OLMO, Rosa, América Latina y su criminología, Siglo XXI, 1980
- ELIAS, Felicitas. Inequidades e injusticias. Revista de Trabajo Social, n° 18, año 2000

- FERRAJOLLI, Luis, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. 1º edic, E. Trota, 1989
- Fitussi, J y Rosanvallon, P, La nueva cuestión social, Manantial, 1995
- FOUCAULT, Michel, Nacimiento de la biopolítica: curso en el Collage de France (1978-1979), tad. de Horacio Pons, 1ª edic.en Español, E. Fondo de Cultura Económica, 2007
- FOUCAULT, Michel, Microfísica del Poder, trad. de Julia Varela y Fernando Alvarez, 3º edic, E. La piqueta, 1992
- FOUCAULT, Michel, El orden del discurso, tad. De Alberto Gonzalez, 1º edic., E. Tusquets, 1987
- FOUCAULT, Miche, Seguridad, Territorio y Población: curso en el Collage de France (1977-1978), tad. de Horacio Pons, 1ª edic., E. Fondo de Cultura Económica, 2006
- FOUCAULT, Michel, La verdad y las formas jurídicas, trad. de Enrique Lynch, 3ªedic., E. Gedisa, 1996
- FOUCAULT, Michel, Los anormales: curso del Collage de France. 1974-1975, trad. de Horacio Pons, 1ª edic., E. Fondo de Cultura Económica, 2000
- GIRALDAO, Reinaldo, Poder y resistencia en Michel Foucault, E. Tabula Rasa, 2006
- MENICHELLI. Marisa, Algunas consideraciones en torno al actual Régimen Penal de Menores, en Revista electrónica de Derecho Penal Online (en línea), Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com>
- MERCURIO, Ezequiel, De la pericia psicológica al derecho penal de autor. Los discursos del poder, en Revista Electrónica Derecho Penal Online (en línea), disponible en: <http://www.derechopenalonline.com>
- Minujín, Alberto. ¿La gran exclusión? Vulnerabilidad y Exclusión en América Latina, en DANIEL FILMUS COMPILADOR. Ed. Eudeba. FLACSO.
- Organización Iberoamericana de la Juventud. Programa Regional de acciones para el desarrollo de la juventud de América Latina 1995-1999. Informe de la República

Argentina, E. Dirección Nacional de Juventud, Secretaría de Desarrollo Social,
Ministerio de Desarrollo social y Medio Ambiente, 2000

- REGUILLO, Rossana, Emergencia de culturas juveniles. Estrategias del desencanto.
1ªedic., E. Norma, 2000

- SCAGLIA, Amalia, La peritación Forense. Curso de postgrado interdisciplinario de
psicología jurídica., E. Escuela de la magistratura, 2003

- SVERDLICK, Ingrid, Apuntes para debatir sobre la gestión escolar en clave política,
Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación,
(en línea), Vol. 4, No. 4.

- Wacquant, Loic, Las cárceles de la miseria, 1ª edic., Manantial, 2000.

- Zaffaroni, Eugenio, Raul. “Manual de Derecho Penal. Parte General”, E. ediar, 1999

ANEXO

RÉGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD LEY 22.278/22.803

Artículo 1º. No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.

Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.

En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable.

Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

Artículo 2º. Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1º.

En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el artículo 4º.

Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

Artículo 3º. La disposición determinará:

a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el

magistrado podrá ordenar las medidas que crea convenientes respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio;

b) La consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutor;

c) El discernimiento de la guarda cuando así correspondiere.

La disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad.

Artículo 3° bis. En jurisdicción nacional la autoridad técnico-administrativa con competencia en el ejercicio del patronato de menores se encargará de las internaciones que por aplicación de los artículos 1° y 3° deben disponer los jueces.

En su caso, motivadamente, los jueces podrán ordenar las internaciones en otras instituciones públicas o privadas.

Artículo 4°. La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2° estará supeditada a los siguientes requisitos:

1°) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.

2°) Que haya cumplido dieciocho años de edad.

3°) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

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 la forma prevista para la tentativa.

Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2°.

Artículo 5°. Las disposiciones relativas a la reincidencia no son aplicables al menor que sea juzgado exclusivamente por hechos que la ley califica como delitos, cometidos antes de cumplir los dieciocho años de edad.

Si fuere juzgado por delito cometido después de esa edad, las sanciones impuestas por aquellos hechos podrán ser tenidas en cuenta, o no, a efectos de considerarlo reincidente.

Artículo 6°. Las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos.

Artículo 7°. Respecto de los padres, tutores o guardadores de los menores a que se refieren los artículos 1° y 2°, el juez podrá declarar la privación de la patria potestad o la suspensión, o la privación de la tutela o guarda, según correspondiere.

-

Artículo 8°. Si el proceso por delito cometido por un menor de dieciocho años comenzare o se reanudare después que el imputado hubiere alcanzado esta edad, el requisito del inciso 3° del artículo 4° se cumplirá en cuanto fuere posible, debiéndosele complementar con una amplia información sobre su conducta.

Si el imputado fuere ya mayor de edad, esta información suplirá el tratamiento a que debió haber sido sometido.

Artículo 9°. Las normas precedentes se aplicarán aun cuando el menor fuere emancipado.

Artículo 10. La privación de libertad del menor que incurriere en delito entre los dieciocho años y la mayoría de edad, se hará efectiva, durante ese lapso, en los establecimientos mencionados en el artículo 6°.

Artículo 11. Para el cumplimiento de las medidas tutelares las autoridades judiciales de cualquier jurisdicción de la República prestarán la colaboración que se les solicite por otro tribunal y aceptarán la delegación que circunstancialmente se les haga de las respectivas funciones.

Artículo 12. Deróganse los artículos 1° a 13 de la ley 14.394 y el artículo 3° de la ley 21.338.

Artículo 13. Comuníquese...

Código Procesal Penal de la Nación Argentina: Artículos 28, 29 y apartado “Juicio de menores”

Competencia del tribunal de menores

Art. 28. - El tribunal de menores juzgará en única instancia en los delitos cometidos por menores que no hayan cumplido dieciocho (18) años al tiempo de la comisión del hecho, aunque hubiese excedido dicha edad al tiempo del juzgamiento, y que estén reprimidos con pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años.

Competencia del juez de menores

Art. 29. - El juez de menores conocerá:

- 1) En la investigación de los delitos de acción pública cometidos por menores que no hayan cumplido dieciocho (18) años al tiempo de la comisión del hecho.
- 2) En el juzgamiento en única instancia en los delitos y contravenciones cometidos por menores que no hayan cumplido dieciocho (18) años al tiempo de la comisión del hecho y que estén reprimidos con pena no privativa de la libertad o pena privativa de la libertad que no exceda de tres (3) años.
- 3) En los casos de simple inconducta, abandono material o peligro moral de menores que no hayan cumplido dieciocho (18) años al tiempo de encontrarse en esa situación, conforme lo establecen las leyes especiales.

Juicio de Menores

Regla general

Art. 410. - En las causas seguidas contra menores de dieciocho (18) años se procederá conforme a las disposiciones comunes de este Código, salvo las que se establecen en este capítulo.

Detención y alojamiento

Art. 411. - La detención de un menor sólo procederá cuando hubiera motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación, o intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá a falsas declaraciones.

En tales casos el menor será alojado en un establecimiento o sección especial, diferentes a los de mayores, donde se lo clasificará según la naturaleza y modo de ejecución del hecho que se le atribuye, su edad, desarrollo psíquico y demás antecedentes y adaptabilidad social.

Toda medida a su respecto se adoptará previo dictamen del asesor de menores.

Medidas tutelares

Art. 412. - El tribunal evitará, en lo posible, la presencia del menor en los actos de la instrucción y observará lo dispuesto a su respecto en el artículo 76.

Podrá disponer provisionalmente de todo menor sometido a su competencia entregándolo para el cuidado y educación a sus padres o a otra persona o institución que, por sus antecedentes y condiciones, ofrezca garantías morales, previa información sumaria, audiencia de los interesados y dictamen del asesor de menores.

En tales casos, el tribunal podrá designar un delegado para que ejerza la protección y vigilancia directa del menor y periódicamente le informe sobre la conducta y condiciones de vida de aquél.

Normas para el debate

Art. 413. - Además de las comunes, durante el debate se observarán las siguientes reglas:

1º) El debate se realizará a puertas cerradas, pudiendo asistir solamente el fiscal y las otras partes, sus defensores, los padres, el tutor o guardador del menor y las personas que tengan interés legítimo en presenciario.

2º) El imputado sólo asistirá al debate cuando fuere imprescindible y será alejado de él en cuanto se cumpla el objeto de su presencia.

3º) El asesor de menores deberá asistir al debate bajo pena de nulidad y tendrá las facultades atribuidas al defensor aun cuando el imputado tuviere patrocinio privado.

4º) El tribunal podrá oír a los padres, al tutor o al guardador del menor, a los maestros, patrones o superiores que éste tenga o hubiera tenido y a las autoridades tutelares que puedan suministrar datos que permitan apreciar su personalidad. Estas declaraciones podrán suplirse por la lectura de sus informes.

Se cumplirá además con lo dispuesto a su respecto en el artículo 78.

Reposición

Art. 414. - De oficio, o a petición de parte, el tribunal podrá reponer las medidas de seguridad y educación adoptadas con respecto al menor. A tal efecto se podrá practicar la información sumaria conveniente y deberá oírse en audiencia a los interesados antes de dictar la resolución.

Código Penal Argentino

ARTICULO 34.- No son punibles:

1°. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso;

2°. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;

3°. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;

4°. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;

5°. El que obrare en virtud de obediencia debida;

6°. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla;

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia;

Ley 10.903. Patronato de menores. Régimen**sanc 29/09/1919; promul. 21/10/1919; publ. 30/10/1919**

Art. 21.– A los efectos de los arts. anteriores, se entenderá por abandono material o moral, o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores de la ejecución por el menor de los actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego, o con ladrones, o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores, o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud.

INDICE ANALÍTICO

INTRODUCCIÓN.....	Pág.1
CAPITULO I: MARCO TEÓRICO.....	Pág.4
1.1 Aspectos Metodológicos.....	Pág.4
1.1.2 Análisis del discurso.....	Pág.5
1.1.3 Adolescentes como categoría de análisis sociológico.....	Pág.11
1.2 Neoliberalismo como “arte de gobernar”.....	Pág.13
1.2.1 Neoliberalismo Alemán u Ordoliberalismo.....	Pág.16
1.2.2 Neoliberalismo Norteamericano.....	Pág.19
1.2.3 El papel de la Ley en el neoliberalismo.....	Pág.23
1.2.4 El análisis económico de la criminalidad. Sociedades de seguridad.....	Pág.26
1.2.5 Subjetividad Ambiental y Homo economicus.....	Pág.33
CAPITULO II: LA CONSTRUCCIÓN DEL INDIVIDUO PELIGROSO.....	Pág.38
2.1 La Teoría Legal y Penal de siglo XVIII y el positivismo del siglo XIX.....	Pág. 39
2.1.1 Pericia médico-legal y subjetividad anormal.....	Pág.49
2.1.2 Genealogía del anormal.....	Pág.54
CAPITULO III: DISCURSO Y SUBJETIVIDAD.....	Pág.73

3.1 Marco Jurídico de la Ley 22.278/22.803.....	Pág.73
3.1.1 Evolución del Derecho Penal Argentino. Influencia del positivismo criminológico	Pág.77
3.1.2 Legislación Penal de Menores Argentina. Creación de una “matriz discursiva”	Pág.82
3.1.3 El Régimen Penal de Menores: Ley 22.278/22.803.....	Pág.87
3.1.4 La pericia psiquiátrica.....	Pág.91
3.1.5 La pericia socio-ambiental.....	Pág.94
3.1.6 Construcción de la subjetividad “adolescentes en conflicto con la ley penal”	Pág.97
3.1.7 La Doctrina DE LA Protección Integral en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.....	Pág.99
CONCLUSIONES.....	Pág.105
BIBLIOGRAFIA.....	Pág.109
ANEXO.....	Pág.112
ÍNDICE ANALITICO.....	Pág. 119