

LEGISLACIONES INFANTO JUVENILES EN AMÉRICA LATINA: MODELOS Y TENDENCIAS

Emilio García Méndez

1. Los orígenes 2. Las Leyes de Menores: ¿Una Ley para de Infancia? 3. Las legislaciones de "menores": criterios de análisis y clasificación. 3.1. Algunos rasgos centrales de las legislaciones minoristas latinoamericanas. 4. La doctrina de la "situación irregular". 5. ¿En qué fuerzas se sustenta la vigencia de leyes basadas en la doctrina de la situación irregular? 5.1. El conservatismo jurídico-corporativo. 6. ¿Por qué una nueva ley para la infancia? 7. Rasgos centrales de las nuevas legislaciones latinoamericanas basadas en la doctrina de la protección integral. 8. Un cambio fundamental de paradigma: la doctrina de la protección integral. 8.1. La Convención y las Legislaciones Nacionales. 9. Conclusión provisoria.

1. Los orígenes

El tratamiento jurídico diferenciado de la infancia adolescencia en América Latina, se remonta a las primera década del siglo XX. En 1919, se promulga en Argentina la primera legislación específica, ley 10.903, más conocida como ley Agote. Hasta entonces, la única diferenciación normativa existente se encontraba en los todavía vigentes códigos penales retribucionistas del siglo XIX. En general, dicha especificidad se limitaba a reducir las penas en 1/3, tratándose de autores de delitos con edad inferior a los 18 años¹. Existen además, pocas, dispersas e insignificantes leyes de carácter civil.

El niño propietario resolvía sus conflictos como adulto. Sin duda, el origen de la especificidad jurídica de la infancia es de naturaleza estrictamente penal².

Más allá de lo ya señalado, ninguna otra diferenciación normativa era prevista para el momento de ejecución de las penas que casi siempre consistían en la privación de libertad. Adultos y menores de edad, indiscriminadamente, eran alojados en las mismas instituciones penitenciarias.

Las deplorables condiciones de encerramiento, y la promiscuidad entre menores y adultos, generaron con mayor o menor intensidad en todo el continente, una fuerte indignación moral que se tradujo en un vasto movimiento de reformas.

El resultado del movimiento de reformas, fue la instauración en América Latina, en un lapso de tiempo de 20 años (Argentina 1919 - Venezuela 1939), de legislaciones de menores, que legitimadas en la protección de una infancia supuestamente abandonada y supuestamente delincuente³, abrían la posibilidad de una intervención estatal ilimitada, para "disponer"⁴ de aquellos menores material o moralmente abandonados.

La fuerte tendencia a la institucionalización (eufemismo destinado a designar privaciones de libertad de carácter indeterminado), puso inmediatamente en evidencia que la indignación moral de los reformadores, se refería mucho más a los "excesos" y a la promiscuidad del encierro, dejando intacta una cultura hegemónica de secuestro y segregación de los conflictos sociales.

Este enfoque específico del desajuste social, producto de un modelo de desarrollo basado en la exclusión, es decir, en la incapacidad política del sistema de universalizar los servicios básicos (salud-educación), tenía en la nueva figura del juez de menores el centro de irradiación de las prácticas concretas. Munido de una competencia omnimoda penal-tutelar, el juez de menores resulta el encargado de resolver "paternalmente"⁵, las deficiencias individuales del sistema. Sin embargo, aún en el contexto político-cultural dominante, la materialización de este nuevo enfoque estuvo lejos de ser pacífica y consensual. El poder-saber de la corporación médica, interfirió profundamente en la propuesta de judicialización de los problemas sociales. En el marco conceptual de un positivismo bio-antropológico, en el que los desajustes sociales remitían automáticamente a deficiencias genéticas de carácter hereditario, la figura del juez y la institución de los tribunales de menores, resultaban absolutamente inútiles⁶.

El resultado concreto de esta tensión médico-jurídica, que se resuelve en un pacto de las corporaciones médico-jurídica se traduce concretamente en:

- a.** El escaso nivel de materialización institucional de las nuevas ideas. La creación de los tribunales de menores, que debía ser la consecuencia lógica de la creación de las leyes de menores, se produce en tan pequeña escala, que reduce a meramente simbólica la función de estos tribunales. Resulta interesante observar, la forma como el enfoque tradicional de este tema, reduce la no implantación efectiva de los tribunales de menores a meras deficiencias burocráticas administrativas.
- b.** La exacerbación del carácter arbitrario de la acción de estos tribunales. La falta absoluta de respeto a los derechos y garantías (comenzando por las constitucionales)⁷, que constituyen muchas veces la deformación y los excesos en los procesos de los cuales son objeto los adultos pertenecientes a los sectores más vulnerables de la sociedad, aparecen normativamente consagrados en el llamado derecho de menores. Resulta paradójico observar, que la falta de límites, garantías y formalidades, hace práctica y técnicamente imposible que el derecho de "menores" sea violado por aquellos encargados de su aplicación.

Este proceso de reformas suscitadamente descrito, poseyó indudablemente una dinámica y autonomía propias, sin embargo, constituye también y principalmente el resultado de un movimiento más amplio originado en los EE.UU. de fines del siglo XIX, que repercutió con inusitada fuerza en la Europa occidental de comienzos del siglo XX⁸. Desde sus orígenes, también las leyes de "menores" nacen vinculadas a un dilema crucial. Satisfacer simultáneamente el discurso de la piedad asistencial junto a las exigencias más urgentes de orden y control social. En este sentido, no es infrecuente que el discurso se torne transparente, para justificar formas de tratamiento diferenciado de los menores. "El movimiento democrático de este siglo ha provocado un acercamiento de las clases sociales anteriormente desconocido. En consecuencia, son numerosas las

personas que comprenden los peligros de las familias obreras y pobres. He aquí otra influencia que favorece una modificación del derecho penal y procesal". (Actas 1912, p.57). La propia "libertad" resulta al servicio de las exigencias de control social. En el art. 71 parágrafo III del reglamento interno de uno de los más importantes abrigos de menores de Río de Janeiro de la década del 20 puede leerse. "A los menores deberá concederse toda la libertad durante los recreos, porque es la manera en que mejor pueden ser estudiados" (I. Rizzini, 1993, p.73).

2. Las leyes de menores: ¿una ley para qué infancia?

Instauradas a nivel latinoamericano entre las décadas del 20 y 30 de este siglo (primera ley, Argentina 1919, última ley, Venezuela, 1939), estas leyes entran en vigor, en general, en el contexto de una economía agro-exportadora, insertada en forma subordinada pero privilegiada en el mercado mundial. La crisis del modelo económico (1930), puso en evidencia rápidamente la clientela real de las "revolucionarias" legislaciones de menores⁹.

Como sabemos, las diferencias que se establecen al interior del universo infancia, entre los sectores incluidos en la cobertura de las políticas sociales básicas (educación y salud) y los sectores excluidos es tan enorme, que un concepto único no podrá abarcarlos. Los incluidos, se transformarán en niños y adolescentes, los excluidos se transformarán en "menores"¹⁰. La profundización de la crisis, provocará un aumento del número de los "menores" y una disminución del número de niños y adolescentes. La inexistencia de recursos para revertir los procesos de exclusión que en la mayoría de los países con las potencialidades de la región latinoamericana, resulta un claro ejemplo de falta de voluntad política - se sustituirá con la judicialización del problema, "disponiendo" coactivamente de aquellos casos más problemáticos dentro del grupo de los excluidos. Resulta casi obvio afirmar, que la intervención judicial sólo puede suplir selectiva y simbólicamente, las deficiencias estructurales de las políticas sociales básicas.

La prueba más evidente de esta función simbólica de las leyes de "menores", se encuentra en la pérdida de importancia de la competencia tutelar de los jueces durante el período de fuerte implantación de las políticas distribucionistas. Políticas que provocaron una expansión cualitativa y cuantitativa de los servicios básicos en el período de fines de la década del 40 y comienzos de la década del 50. Durante este período, la justicia de "menores" creció y se consolidó en su fase más estrictamente penal. Al mismo tiempo, puede afirmarse que estas alteraciones se produjeron "naturalmente" en el plano fáctico, sin que mediara ninguna reforma legislativa de real importancia.

De hecho, la lenta pero irreversible crisis fiscal del estado de fines de los años 60, que repercutió directa e inmediatamente en las políticas básicas para la infancia, retrotrajeron las cosas a su estado anterior, provocando un nuevo crecimiento de la intervención judicial de carácter tutelar. Como puede apreciarse, la dimensión real de la competencia de la justicia de "menores", se encuentra directamente relacionada con el tipo y extensión de la cobertura de las políticas sociales básicas.

3. Las legislaciones de "menores": criterios de análisis y clasificación

Desde un punto de vista estrictamente formal, cada país posee su propia e individualizada legislación de menores. Sin embargo, nada justifica un análisis

pormenorizado por país, en la medida en que, inspiradas invariablemente en la doctrina de la situación irregular, estas legislaciones se parecen unas a otras como gotas de agua. Por el contrario, en términos sustanciales me parece posible realizar una primera y general clasificación, según se trate de legislaciones producidas antes o después de la vigencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General de las NU el 20.11.89)¹¹. Esto significa afirmar, que la Convención constituye la divisora de aguas fundamental en la historia de los derechos de la infancia en América Latina.

Antes de la Convención, todas las legislaciones de menores se inspiraban sin excepción en los principios de la doctrina de la situación irregular. Una doctrina, que aunque vagamente formulada, marcó decisivamente las legislaciones de "menores" de nuestro continente, otorgándoles los rasgos que en el próximo punto se enumeran.

3.1. Algunos rasgos centrales de las legislaciones minoristas latinoamericanas

- a.** Estas leyes presuponen la existencia de una profunda división al interior de la categoría infancia: niños adolescentes y menores (entendiéndose por estos últimos el universo de los excluidos de la escuela, la familia, la salud, etc.). En consecuencia, estas leyes que son exclusivamente de y para los menores tienden objetivamente a consolidar las divisiones aludidas dentro del universo infancia.
- b.** Centralización del poder de decisión en la figura del juez de menores con competencia omnímoda y discrecional.
- c.** Judicialización de los problemas vinculados a la infancia en situación de riesgo, con la clara tendencia a patologizar situaciones de origen estructural.
- d.** Impunidad (con base en una arbitrariedad normativamente reconocida) para el tratamiento de los conflictos de naturaleza penal. Esta impunidad se traduce en la posibilidad de declarar jurídicamente irrelevante los delitos graves cometidos por adolescentes pertenecientes a los sectores sociales medio y alto.
- e.** Criminalización de la pobreza, disponiendo internaciones que constituyen verdaderas privaciones de libertad, por motivos vinculados a la mera falta o carencia de recursos materiales.
- f.** Consideración de la infancia, en la mejor de las hipótesis, como objeto de la protección.
- g.** Negación explícita y sistemática de los principios básicos y elementales del derecho, incluso de aquellos contemplados en la propia Constitución Nacional como derecho de todos los habitantes.
- h.** Construcción sistemática de una semántica eufemística que condiciona el funcionamiento del sistema a la no verificación empírica de sus consecuencias reales.

Estos rasgos sumariamente descritos, constituyen la esencia de la llamada doctrina de la situación irregular. Por medio de esta doctrina jurídica, que en realidad poco tiene de doctrina y nada de jurídica, los jueces pueden declarar en situación irregular (y por ende objeto explícito de cualquier tipo de disposición estatal) al niño o al adolescente que enfrente dificultades -nunca definidas taxativamente- independientemente que las mismas puedan (ej, adolescente infractor) o no (ej. niño víctima de abusos o malos tratos) ser atribuidas a su voluntad. La única distinción posible de realizar, dentro de las legislaciones inspiradas en esta doctrina se refiere al Código del Menor de Bolivia de 1975 (Código derogado en 1992). En una solución, tal vez más coherente con el espíritu de estas leyes, Bolivia optó por tratar de manera administrativa (eliminando la figura del juez) los problemas de los "menores". Niños y adolescentes en situación irregular eran sometidos a un "Tribunal Tutelar", que a pesar del eufemismo "Tribunal", constituía un órgano administrativo dependiente del ejecutivo nacional. Conviene recordar también, que este Código, prohibía expresamente en su procedimiento la presencia de abogados (art. 148).

4. La doctrina de la "situación irregular"

En pocas palabras, esta doctrina no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad. Definido un "menor" en situación irregular (recuérdese que al incluirse las categorías de material o **moralmente** abandonado, no existe nadie que potencialmente no pueda ser declarado irregular), se exorcizan las deficiencias de las políticas sociales, optándose por "soluciones" de naturaleza individual que privilegian la institucionalización o la adopción.

Sólo un análisis histórico-crítico, permite mostrar los mecanismos que explican la asombrosa sobrevivencia de una doctrina como la de la situación irregular, que en la práctica ha resultado en la negación de todas y cada una de sus funciones declaradas. El enfoque propuesto, remite a la necesidad de analizar su metodología y lugar institucional de producción, así como su capacidad de crear mitos y utopías negativas funcionales al mantenimiento de un cierto orden y de autoconservación.

Me parece audaz, aunque no desprovisto de sentido, comenzar trazando un cierto paralelismo entre la doctrina de la situación irregular y algunos de los mitos - jamás realizados- que se encuentran en la base de la doctrina del llamado socialismo real.

En primer lugar, y contrariamente a lo que sucede en otras áreas del derecho, donde el grueso de la producción teórica se realiza por individuos no pertenecientes al sistema (judicial) encargado de su aplicación, un relevamiento de la literatura existente en el contexto latinoamericano demuestra que los textos "clásicos" del derecho de menores son producidos mayoritariamente por quienes tienen o tuvieron responsabilidades institucionales directas en su aplicación. Parece además oportuno recordar aquí, que la doctrina de la situación irregular resulta prácticamente hegemónica en América Latina por lo menos hasta bien entrados los años 80. En segundo lugar, también esta doctrina ha mostrado eficiencia en la creación del mito relativo a una excelencia en sus ideales, desvirtuados por la práctica. Una excelente legislación de menores latinoamericana, pero que no se aplica, constituía hasta hace poco

tiempo una idea hegemónica fundamental del sentido jurídico y común en nuestro continente. En tercer lugar, no caben dudas de que son los eufemismos y los "como si", y en definitiva el desentenderse de las consecuencias reales de su aplicación, las bases que ayudan a entender su sobrevivencia a pesar del carácter fisiológico del fracaso de sus objetivos declarados. La miseria de los programas de resocialización, el tratamiento indiferenciado de menores "supuestamente" abandonados y "supuestamente" delincuentes, y los miles de jóvenes confinados en instituciones penitenciarias para adultos, constituyen sólo la punta del iceberg de un inmenso proceso de mitificación. En cuarto lugar, conviene preguntarse, si no son otras funciones, distintas de aquellas declaradas, las que ayudan a mantener una doctrina que la conciencia socio-jurídica nacional e internacional han contribuido decisivamente en los últimos tiempos a colocar en SITUACIÓN IRREGULAR.

A pesar de todas las deficiencias antes señaladas, la mayor parte de los países latinoamericanos no han realizado aún ningún tipo de movimiento en pro de la adecuación de la legislación nacional a los principios y al texto de la Convención. Esta situación, se agrava ulteriormente llegando a los límites de la esquizofrenia jurídica, en la medida en que también prácticamente todos los países han ratificado y promulgado como ley nacional la propia Convención. En otras palabras, esto significa la vigencia simultánea de dos leyes, que regulando el mismo tema, resultan de naturaleza antagónica. Por este motivo, creo que vale la pena preguntarse una vez más por los motivos reales que explican la asombrosa sobrevivencia de cuerpos legislativos que representan la negación sistemática de los derechos humanos específicos de la infancia, hoy universalmente consagrados.

5. ¿En qué fuerzas de sustenta la vigencia de leyes basadas en la doctrina de la situación irregular¹²?

A pesar de un creciente consenso - la más de las veces no formulado explícitamente - tanto en el área gubernamental como no gubernamental, respecto del carácter obsoleto, regresivo, antijurídico e inconstitucional de este tipo de leyes, tres corrientes de naturaleza bien diversa han contribuido objetivamente para su manutención:

- a. el conservatismo jurídico-corporativo
- b. el decisionismo administrativo
- c. el basismo de la atención directa

5.1. El conservatismo jurídico-corporativo

Esta corriente encuentra fundamento en las expresiones de deseos contenidos en estas leyes. Expresiones que sobreabundan en textos contruidos exclusivamente sobre eufemismos. Esta posición, producto de una extraña combinación de omnipotencia e ignorancia, se expresa en la trillada frase, "en América Latina tenemos maravillosas legislaciones de menores que infelizmente no se aplican". Un enfoque como éste, remite a la ideología del juez que debe actuar como un buen padre de familia, permitiéndose ignorar las reglas y técnicas de funcionamiento del derecho. Por este motivo, dado el carácter ilimitado de la competencia judicial, cualquier modificación (por ej. separación

de la competencia penal y tutelar), produciría un recorte en las facultades existentes. En este caso, si las facultades jurídicas son omnímodas, la acción de un "buen" juez subsanaría todos los defectos normativos, convirtiendo a la reforma de la ley en superflua y hasta peligrosa. Llevada hasta sus últimas consecuencias, esta posición sólo parece sustentarse en desnudos argumentos de carácter corporativo.

Conviene recordar, que el alto número de niños y adolescentes internados en instituciones totales (en realidad privados de libertad), por motivos no vinculados a la comisión estricta de una infracción de naturaleza penal - o no juzgados con las mínimas garantías necesarias - demuestra que estas legislaciones, ni son tan "maravillosas", ni tampoco en realidad son letra muerta¹³.

5.2. El decisionismo administrativo.

Esta posición, que parte de un mero cálculo político-coyuntural, se contrapone sólo aparentemente a la posición anterior. La misma se apoya en el supuesto de la mayor eficacia y poder de acción directa de la esfera administrativa, desprovista de las trabas y formalidades propias del sector judicial.

En definitiva, la ley resulta también superflua en este caso. Desde esta posición, parece ser más conveniente mantener la legislación existente, ya que resulta más cómodo trabajar en el contexto de una ley relegada y desprestigiada que ofrece objetivamente vacíos prácticamente infinitos de discrecionalidad. Esta posición, es típica de muchos organismos gubernamentales responsables de la ejecución de programas y políticas de protección especial.

5.3. El basismo de la atención directa.

Es la tendencia típica encarnada por algunos organismos no gubernamentales que trabajan en forma directa con la infancia, sobre todo con aquella en mayor situación de riesgo. Esta posición, remite al origen, desarrollo y cultura de grupos que nacen, crecen y se consolidan en un trabajo realizado al margen o contra la ley existente. Esta posición desconoce profundamente la calidad del vínculo existente entre la condición jurídica y material de la infancia, ignorando también, la importancia de la ley (otro tipo de ley) como instrumento esencial para la reproducción ampliada de las mejores experiencias concretas de trabajo directo con los niños.

Muchos de estos grupos, parten de la dicotomía falsa y reduccionista, según la cual la ley es asunto del gobierno y de los jueces, mientras los niños serían un problema de los ONGs.

En el contexto de la cultura de estos grupos, la lucha por la reforma legislativa significaría distraer esfuerzos preciosos del trabajo cotidiano. Es más cómodo trabajar vagamente contra la ley vigente, que iniciar un difícil, incierto y complicado proceso de articulación crítica con el mundo jurídico y las políticas gubernamentales.

6. ¿Por qué una nueva ley para la infancia?

En este contexto, la pregunta arriba formulada constituye todo lo contrario a una obviedad. Intentaré contestarla con un argumento simple pero que me parece contundente.

Existen en América Latina dos tipos de infancia. Aquella con sus necesidades básicas satisfechas (niños y adolescentes) y aquella con sus necesidades básicas total o parcialmente insatisfechas (los "menores"). Para los primeros, y salvo circunstancias del todo excepcionales, una ley como aquellas basadas en la doctrina de la situación irregular resultan inútiles o indiferentes. Sus eventuales conflictos con la ley (civil o penal), se dirimen por otras vías normativas y judiciales, o, en el caso de constituirse en sujeto activo de la violación de dispositivos penales, la amplitud de las disposiciones jurídicas y el poder discrecional del juez, les evitan, en general, ulteriores complicaciones, pudiendo perfectamente evadir los circuitos judiciales en cuanto autores de una infracción penal. Para estos adolescentes, la impunidad resulta la cara opuesta y complementaria de la arbitrariedad.

Para los segundos, los "menores", esa suerte de producto residual de la categoría infancia, toda ley basada en la doctrina de la situación irregular, posee la capacidad potencial (y real) de decidir concretamente cada uno de los movimientos de su vida cotidiana. Desde su entrada coactiva en los circuitos de la asistencia social, hasta la facilidad en las declaraciones judiciales del estado de abandono, antesala de un corte decisivo e irrevocable de destrucción de la propia identidad.

Por estos motivos, cada uno de los mundos objetivamente vinculados a la cuestión de la infancia, han comenzado a percibir claramente, la inutilidad y/o ilegalidad, de una parte considerable de los esfuerzos realizados, en el contexto de leyes que criminalizan la pobreza a la par que despojan de las más elementales garantías el tratamiento de los conflictos jurídicos de los sectores más vulnerables de la sociedad.

El consenso negativo en relación a estas leyes, se ha profundizado y ha crecido en los últimos tiempos, resultando imposible ignorar el clamor difuso por un vasto proceso de reformas legislativas.

Me parece posible, reconducir la intensidad actual de las demandas reformistas, a la existencia de un nuevo y radical paradigma de percepción de los derechos de la infancia (hago hincapié en el tema de la intensidad, ya que demandas por reformas a estas leyes, han existido siempre). Me refiero, obviamente, a la "Convención Internacional de los Derechos del Niño", aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989. Esta ley internacional, producto de una discusión tan amplia cuanto su consenso, constituye, como ya fue dicho una verdadera divisora de aguas en la historia de la condición jurídica de la infancia. De hecho, la Convención resulta el primer instrumento jurídico efectivamente garantista en la historia de las legislaciones de menores en América Latina. Más aún, el contenido, alcance y espíritu de la Convención, ha provocado una reflexión crítica en cada uno de los mundos que conforman la cuestión de la infancia, reflexión en la cual, la necesidad de articulación ocupa un lugar de destacada importancia. En este sentido, vale la pena detenerse aunque sea brevemente, en el tema de la necesidad de los cambios sustanciales que la Convención sugiere a cada uno de los actores envueltos en la cuestión:

a. El mundo jurídico. En este campo, su mensaje es de una claridad poco común, ya que la Convención introduce explícitamente la obligatoriedad del respeto a todos los principios jurídicos básicos, totalmente ausentes en las legislaciones minoristas latinoamericanas basadas en la doctrina de la situación irregular. Del menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia adolescencia como sujeto pleno de derechos, es la expresión que mejor sintetiza la profundidad del nuevo paradigma.

b. Las políticas gubernamentales. La percepción no eufemística del propio niño como sujeto de derechos, y la libertad de expresar libremente sus opiniones (artículos 12 y 13 de la Convención), obligan a un replanteo profundo del estrecho concepto de políticas gubernamentales (las que por otra parte, poseen el más absoluto derecho (y obligación) de expandirse y profundizarse). Este derecho, sumado al respeto al interés superior del niño (art. 3 de la Convención), obligan a las autoridades gubernamentales a repensar el concepto de políticas públicas, entendiendo estas últimas como una verdadera articulación de esfuerzos entre el estado y la sociedad civil. Institucionalizar la participación de la comunidad constituye la mejor síntesis de este imperativo.

c. Los organismos no gubernamentales. El carácter jurídico heterodoxo de la Convención Internacional pone en evidencia, tanto que la condición material de la infancia resulta directamente dependiente de su condición jurídica, como el hecho que la ley es demasiado importante como para que no sea preocupación y tarea del conjunto de la sociedad. Durante mucho tiempo, para aquellos que trabajan en relación directa con la infancia, constituyó un motivo de orgullo no ser convocados a los procesos y proyectos de reformulación jurídica. La Convención sugiere una inversión radical de tendencia en este aspecto.

La Convención Internacional aparece hoy, como el dispositivo central de una nueva doctrina: la doctrina de la Protección Integral. Este nuevo paradigma, posibilita repensar profundamente el sentido de las legislaciones para la infancia, convirtiéndolas en instrumentos eficaces de defensa y promoción de los derechos humanos específicos de **todos** los niños y adolescentes. La ruptura con la vieja doctrina es evidente. En el punto que sigue me propongo, en forma sucinta, indicar algunas características esenciales del nuevo paradigma.

7. Rasgos centrales de las nuevas legislaciones latinoamericanas basadas en la doctrina de la protección integral.

a. Sin ignorar la existencia de profundas diferencias sociales, las nuevas leyes se proponen como un instrumento para el conjunto de la categoría infancia y no sólo para aquellos en circunstancias particularmente difíciles.

b. Se jerarquiza la función judicial, devolviéndole su misión

específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica. En las legislaciones más avanzadas de este tipo, no sólo se prevé la presencia obligatoria de abogado, sino que además se otorga una función importantísima de control y contrapeso al Ministerio Público.

c. Se desvinculan las situaciones de mayor riesgo, de patologías de carácter individual, posibilitando que las deficiencias más agudas sean percibidas como omisiones de las políticas sociales básicas. No es más el niño o el adolescente que se encuentra en situación irregular, sino la persona o institución responsable por la acción u omisión.

d. Se asegura jurídicamente el principio básico de igualdad ante la ley. En el tratamiento de casos de naturaleza penal, se sustituye el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia.

e. Se eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión - debidamente comprobada- de delitos o contravenciones.

f. Consideración de la infancia como sujeto pleno de derechos.

g. Incorporación explícita de los principios constitucionales relativos a la seguridad de la persona, así como los principios básicos del derecho contenidos en la Convención Internacional.

h. Tendencia creciente a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares, reconociéndose explícitamente que la "internación" o la "ubicación institucional" (sólo para dar dos ejemplos) según consta en las Reglas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad, constituye una verdadera y formal privación de libertad

8. Un cambio fundamental de paradigma: la doctrina de la protección integral

Con el término "Doctrina de la Protección Integral" se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos, de carácter internacional, que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia. Reconociendo como antecedente directo la "Declaración Universal de los Derechos del Niño", esta doctrina condensa la existencia de cuatro instrumentos básicos:

a. La Convención Internacional de los Derechos del Niño.

b. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing)

c. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad.

d. Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad)

No hay duda, que a pesar de no ser el primero en términos cronológicos, la Convención constituye el instrumento más importante, en la medida que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de esta

normativa. Pero no son sólo razones de carácter estrictamente jurídicas las que explican la importancia de la Convención. Además, ha sido precisamente este instrumento el que ha tenido el mérito de llamar la atención, tanto de los movimientos sociales, como del sector más avanzado de las políticas públicas, acerca de la importancia de la dimensión jurídica en el proceso de lucha por mejorar las condiciones de vida de la infancia.

La Convención constituye, sin lugar a dudas, un cambio fundamental, determinando una percepción radicalmente nueva de la condición de la infancia.

8.1. La Convención y las Legislaciones Nacionales

La vigencia de la Convención, ha comenzado a alterar sensiblemente el panorama legislativo latinoamericano, dando origen a las llamadas leyes de segunda generación por estar claramente inspiradas en la doctrina de la protección integral. Conviene recordar, sin embargo, que en la mayor parte de los países latinoamericanos el proceso de reformas no ha comenzado, a pesar de haberse ratificado y promulgado como ley nacional el texto de la Convención.

El movimiento de reformas legislativas post-Convención, ha dado lugar a un proceso rico, heterogéneo y muchas veces altamente contradictorio. Esto, porque la Convención no sólo representa un desafío en términos de contenidos de la ley, sino que además sugiere formas nuevas de producción legislativa.

Tradicionalmente, también las leyes de menores constituyen en América Latina el resultado de la labor "técnica" de pequeñas comisiones de expertos, sin ningún tipo de debate e interrelación real con aquellos sectores gubernamentales o no gubernamentales vinculados a su aplicación.

Días después de la aprobación de la Convención, Colombia aprobó, por decreto 2737 del 27.11.89, un nuevo Código del Menor. A pesar de ser posterior a la Convención y de haberse declarado en su momento a la misma como fuente de inspiración, esta ley repropone en su contenido y forma de producción, todos los vicios inherentes a las viejas legislaciones de menores. Puestos al descubierto sus eufemismos modernizantes, esta ley representa una mera adecuación formal a los principios de la Convención. Más aún, presenta una versión más elaborada y refinada de la obsoleta doctrina de la situación irregular.

Algunos meses después, el Congreso Nacional aprueba en Brasil el "Estatuto del Niño y el Adolescente", ley federal 8069 del 13.07.90. Esta ley, representa tanto en su forma de producción, cuanto en su contenido una verdadera ruptura con la tradición anterior, así como un caso de aplicación rigurosa del nuevo paradigma¹⁴. Por primera vez en la historia, los detentores de la técnica jurídica tuvieron una función generosamente subordinada en la construcción de una ley, traduciendo en normas las mejores experiencias gubernamentales y no gubernamentales del período anterior. La difusión del Estatuto de Brasil, ejerció una influencia todavía no suficientemente analizada sobre otros países latinoamericanos. De este modo y con una buena dosis de participación popular, Ecuador aprobó un nuevo Código (persistiendo en el uso del término "menor") de Menores el 16.07.92. Esta ley constituye, sin dudas, un enorme

paso positivo en la lucha por los derechos de la infancia en nuestra región. A fines de 1992, otros dos países aprobaron nuevas leyes para la infancia. El 18 de diciembre de 1992, el legislativo boliviano aprobó la ley 1403, que dispone la creación de un Código del Menor. Esta ley, que significa sin duda un enorme avance -considérese que Bolivia representaba el país legislativamente más atrasado de la región, careciendo incluso de jueces de menores- posee serias deficiencias en materia de técnica jurídica, que podrían inviabilizar su propia aplicación sino fueren oportunamente resueltas. En proceso similar, aunque desgraciadamente con el vicio original de ser aprobada por decreto del ejecutivo, Perú promulgó a fines de 1992 un nuevo Código del Niño y el Adolescente. Esta ley, a pesar de su carácter intrínsecamente positivo, presenta también algunas deficiencias de técnica jurídica.

Los casos de Bolivia y Perú, confirman la necesidad de un proceso mucho más mediato para la aprobación de una ley, involucrando en su producción a todos aquellos que desde el gobierno o la sociedad tendrán directa o indirectamente responsabilidades en su aplicación.

Más allá de las diferencias señaladas, todas las leyes aquí mencionadas poseen en común la pretensión de constituir instrumentos omnicomprensivos de los problemas de la infancia. Esto incluye, su carácter de ordenador del conjunto de políticas y servicios, no restringiéndose a aspectos parciales de la cuestión. Sin embargo, comienza a surgir un nuevo tipo de ley más específica, como es el caso del anteproyecto salvadoreño de ley que regula exclusivamente el tratamiento de los infractores de la ley penal.

Aunque es de lamentar que dicho anteproyecto persista en la utilización del término "menor", debe reconocerse que se trata de un texto jurídico, que responde en buena medida a las exigencias de forma y contenido que se derivan del nuevo paradigma. Más aún, en términos de técnica procesal trátase de un documento cuidadosamente elaborado, protector eficaz de las libertades individuales y de los más exigentes parámetros de un verdadero garantismo.

9. Conclusión provisoria

El proceso de reformas legislativas desencadenado por la Convención Internacional, es, y debería permanecer, como un proceso altamente dinámico. No existen y no deberían existir, modelos rígidos de adecuación. Doctrinas y paradigmas deben interpretarse a la luz de las condiciones reales, pero mucho más de las condiciones deseadas para nuestra infancia latinoamericana. Toda diversidad sea bienvenida en el contexto del respeto riguroso de los derechos humanos específicos de la infancia, hoy universalmente reconocidos.

Brasilia, Junio de 1993.

Notas

1. Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1984, p.94)
2. Entre los escasos trabajos de naturaleza histórica en el contexto latinoamericano cfr. "Infancia, Adolescencia y Control Social en América Latina" (E. García Méndez - E. Carranza, 1990) y "Del Revés al Derecho" (E. García Méndez - E. Carranza, 1992). Para una visión europea y que se remonta hasta comienzos de la edad media cfr. W. Sanders (1970).
3. El término "supuestamente" abandonado, hace referencia a la inexistencia de disposiciones jurídicas que prohiban la declaración judicial del estado de abandono por meros motivos de carencia de recursos materiales. La primera

excepción normativa a este principio, aparece formulada en el art. 23 del nuevo Estatuto brasileiro (art. 23. "La falta o carencia de recursos materiales, no constituye motivo suficiente para la pérdida o suspensión de la patria potestad"). Para uno de los mejores enfoques críticos desde un punto de vista sociojurídico de la declaración del estado de abandono cfr. el trabajo de E. Bisig y M.I. Laje (1989). El uso del término "supuestamente" delincuente, es aún mucho más evidente. La violación de prácticamente todos los principios jurídicos básicos del derecho liberal en el (no) derecho de menores latinoamericano, determina que esta última categoría designe mucho más un concepto pseudo-sociológico impreciso, que una verdadera categoría jurídica garantista.

4. El término "disponer", presente en la letra o el espíritu de todas las leyes basadas en la doctrina de la situación irregular, constituye un excelente ejemplo del carácter totalmente arbitrario que impregna esta legislación. Como afirma, Raúl Horacio Viñas, "(el término disposición) Recuerda más a acto del derecho patrimonial, a enajenación, aunque admito que abarca otras acepciones. Evoca la idea de facultades omnímodas". (1984, p. 299). Este comentario a partir de la realidad argentina es válido para todas las leyes "minoristas" del continente.

5. Sin excepción, todos los textos clásicos de la cultura "minorista", establecen que el juez de menores debe actuar como un buen padre de familia. Recuérdese que conocer el derecho y asegurar la justicia no forman parte de las funciones institucionales de este último.

6. "No habiendo castigo para los niños delincuentes, sino acción protectora del estado, qué significado tendrían los tribunales para menores?.....Para un criterio estrictamente científico, el propósito es proteger y no castigar. El tribunal por lo tanto es innecesario?" (A. Foradori, 1938, p. 343).

7. La violación sistemática de las más elementales garantías constitucionales, constituye una característica dominante de todo el derecho de "menores" basado en la doctrina de la situación irregular. Sólo a modo de ejemplo, recuérdese que todas las constituciones latinoamericanas incluyen un precepto en el que se establece que "Ningún habitante de la república podrá ser detenido sino en flagrante delito o por orden escrita de autoridad judicial" (obviamente el estilo de redacción varía de país en país pero la sustancia permanece inalterada). A pesar de lo anterior, ninguna ley de "menores" hasta la aparición del Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil en 1990, había traducido dicho precepto constitucional a nivel de la legislación específica.

8. Para un análisis de la influencia de los movimientos reformadores de los EE.UU. de fines del siglo XIX y la Europa de comienzos de este siglo. Cfr. E. García Méndez (1992).

9. A pesar de que todos los textos clásicos de la cultura minorista en América Latina, se refieren al carácter revolucionario de estas reformas, el diputado francés Paul Deschanel, inauguró el Primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores, en París, en 1911, con las siguientes palabras, "Estas conferencias son necesarias para demostrar que las reformas que queremos no tienen nada de revolucionario y que pueden ser realizadas sin alterar sustancialmente los códigos existentes, con una simple adaptación de las viejas leyes a las necesidades modernas" (Actas, 1912, p.48).

10. Sobre el proceso de construcción estigmatizante y excluyente de la categoría "menor". Cfr. (E. García Méndez, 1991).
11. En adelante nos referiremos a este texto sólo como la "Convención".
12. Los puntos 5 y 6 de este trabajo fueron escritos originalmente para explicar la persistente vigencia en la Argentina de la ley de menores de 1919. Mutatis mutandi, los motivos son válidos para explicar el fenómeno a nivel latinoamericano. Por ello, reproduzco sustancialmente dicho texto aquí con pequeñas modificaciones.
13. Como ejemplo ilustrativo de la situación en América Latina, según la Gendarmería Nacional de Chile 19.8% de los menores ingresados en agosto de 1990 en unidades penales para adultos (sic), ingresaron declaradamente por motivos de protección. Citado en M. Cillero Bruñol (1993).
14. De la abundante literatura existente sobre el Estatuto de Brasil, cfr por todos en lengua castellana E. Seda (1992) y A.C. Gomes da Costa (1992).

Bibliografía Citada

Actas, (1912), "Tribunaux pour Enfants, 1er Congrès International" edición a cargo de M. Kleine, Imprimerie Typographique A. Davy, Paris.

Bisig Elinor-Laje María Inés (1989), "Abandono de Menores, un enfoque Jurídico-Sociológico", Marcos Lerner Editor, Córdoba.

Bobbio Norberto, (1990), "L'eta dei diritti", Einaudi, Turin.

Cillero Bruñol M. (1993). "Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la Infancia y Adolescencia en Chile", SENAME - IIN-FLACSO, Multigrafiado, Santiago de Chile.

Foradori Américo, (1938), "El Psicólogo en las Cárceles y las Colonias para Menores Delincuentes", en: "Archivos de Criminología, Neuropsiquiátrica y Disciplinas Conexas", II, 4, oct-dic, pp 340-359.

García Méndez Emilio - Carranza Elias (1990), "Infancia, Adolescencia y Control Social em América Latina", Ed. Depalma, Buenos Aires.

García Méndez Emilio, (1991), "Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: Política jurídica y derechos humanos en América Latina", en, "Ser Niño en América Latina. De las necesidades a los derechos", Emilio García Méndez - María del Carmen Bianchi (compiladores, Editorial Galerna) Buenos Aires.

García Méndez Emilio (1992), "Elementos para una historia del control socio-penal de la infancia en América Latina", en "El Sistema Penal Argentino", Ed. Ad-hoc, Buenos Aires.

Gomes da Costa A.C. (1992), "Del Menor al Ciudadano-Niño y al Ciudadano Adolescente", en: "Del Revés al Derecho", edición a cargo de E. García Méndez y E. Carranza, Ed. Galerna, Buenos Aires.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1984), "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina", Ed. Depalma, Buenos Aires.

Rizzini I. (1993), "Assistencia á Infancia no Brasil, Uma Análise de sua Construção", Ed. Universitária Santa Ursula, Río de Janeiro, Brasil.

Sanders W. (1970), "Juvenile offenders for thousand years", The University of North Carolina Press.

Seda E. (1992), "Evolución del Derecho Brasileño del Niño y el Adolescente", en: "Del Revés al Derecho", edición a cargo de E. García Méndez y E. Carranza, Ed. Galerna, Buenos Aires.