

INFANCIA Y DERECHOS HUMANOS

Emilo García Méndez

1. Los Orígenes

El tratamiento jurídico diferenciado de la infancia-adolescencia en América Latina, se remonta a las primeras décadas 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.

Mas 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 cómo el enfoque tradicional de este tema, reduce la no implantación efectiva de los tribunales de menores a mera 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 “menores” sea violado por aquellos encargados de su aplicación.

Este proceso de reformas sucintamente descrito, poseyó indudablemente una dinámica y autonomía propias, sin embargo, constituye también y principalmente el resultado de un movimiento más amplio originado en los E.E.U.U. 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 párrafo 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 Naciones Unidas 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 omnimoda 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 ufemística 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 *SITUACION 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 se sustenta la vigencia de leyes basadas en la doctrina de la situación irregular? ¹²

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 administravisto
- 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 construidos 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 este, 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 ONG.

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