

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

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 con 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 mundo 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 de 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 latino-americanas 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” (solo 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 (Regla 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 solo 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 paradigma<sup>14</sup>. 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.

## REFERENCIAS

- 1 *Cfr.* Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1984, p. 92).
- 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 prohíban 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 latinoamericanos, 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, Raul 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 EEW 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 solo como la “Concención”.
- 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 Gerdarmería 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).

## BIBLIOGRAFIA CITADA

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

Bisig Elinor-Laje Maria Ines (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 Americo, (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 E. – Carranza E. (1990), "Infancia, Adolescencia y Control Social en America Latina", Ed. Depalma, Buenos Aires.

Garcia 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 Garcia Méndez-Maria Carmen Bianchi (compiladores, Editorial Galerna) Buenos Aires.

Garcia Méndez E. (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. Garcia 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 Infância no Brasil. Uma Análise de sua Construção", Ed. Universitária Santa Ursula, Rio 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.