

## **II 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 una 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 irrelevantes

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 derechos 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 descriptos 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 taxativamente definidas-, independientemente de que las mismas puedan (por ejemplo, adolescente infractor) o no (por ejemplo, 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, 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 (artículo 148).

#### **D. La doctrina de la situación irregular**

En pocas palabras, esta doctrina no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial in discriminada sobre 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 en situación irregular), se exorcizan las deficiencias de las políticas sociales, optándose por soluciones de naturaleza individual que privilegian la institucionalización o la adopción.

## capítulo I

Sólo un análisis histórico-crítico permite mostrar los mecanismos que explican la asombrosa supervivencia 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 su 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 supervivencia a pesar del carácter fisiológico del fracaso de sus objetivos declarados. La miseria de los programas de re socialización, 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 mistificación. 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 ha 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

## capítulo I

los defectos normativos, convirtiendo a la reforma de la ley en superflua y hasta en peligrosa. Llevada hasta sus últimas consecuencias, esta posición sólo parece sustentarse en desnudos argumentos de carácter corporativo.

Conviene recordar aquí 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 son tampoco en realidad letra muerta<sup>15</sup>.

### V. 2. El decisionismo administrativista

Esta posición, que parte de un mero cálculo político-coyuntural, se contrapone sólo aparentemente a la posición anterior. 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.

### V. 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.

<sup>15</sup> 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*) entraron declaradamente por motivos de protección. Citado en CILLERO BRUÑOL, *Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y la adolescencia en Chile*.

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 supervivencia de cuerpos legislativos que representan la negación sistemática de los derechos humanos específicos de la infancia, hoy universalmente consagrados.

#### **V. ¿En qué fuerzas se sustenta la vigencia de leyes basadas en la doctrina de la situación irregular?<sup>14</sup>**

A pesar de un creciente consenso -la mayoría de las veces no formulado explícitamente- tanto en el área gubernamental cuanto 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 mantenimiento:

1. El conservadurismo jurídico-corporativo.
2. El decisionismo administrativista.
3. El basismo de la atención directa.

##### **V.1. El conservadurismo jurídico-corporativo**

Esta corriente encuentra fundamento en las expresiones de deseos contenidas en estas leyes. Expresiones que sobre abundan 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 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 ejemplo, separación de la competencia penal y tutelar) produciría un recorte en las facultades existentes. En este caso, si las facultades jurídicas son omnimodas, la acción de un *buen* juez subsanaría todos

<sup>14</sup> 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.

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 las Organizaciones No Gubernamentales (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.

#### **VI. ¿Por qué una nueva ley para la infancia?**

En este contexto, la pregunta arriba formulada constituye todo lo contrario a una obviedad. Intentaré contestada con un argumento simple pero 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 resulta inútil o indiferente. 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.

## capítulo I

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. Esta ley internacional producto de una discusión tan amplia que 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 (artículo 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) Las Organizaciones 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, cuanto 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.

### **VII. 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 aquéllos 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 quien se encuentra en situación irregular, sino la persona o institución responsable por la acción o 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 -debida mente 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.

## **VIII. La doctrina de la protección integral como un cambio fundamental del paradigma**

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 de los Derechos del Niño, esta doctrina condensa la existencia de cuatro instrumentos básicos:

- a) La Convención Internacional sobre 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 caben dudas de 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, cuanto 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.

### **VIII. 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.

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 2.737 del 27 de noviembre de 1989, un nuevo Código del Menor. A pesar de ser posterior a la Convención y de haberse declarado en su momento a la Convención 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 aprobó en Brasil el Estatuto del Niño y del Adolescente, ley federal 8.069 del 13 de julio de 1990. 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>16</sup>. Por primera vez en la historia, los expertos en 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 de Menores el 16 de julio de 1992 (persistiendo en el uso del término menor). 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 1.403, 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 si no fue 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 del Adolescente. Esta ley, a pesar de su carácter intrínsecamente positivo, presenta también serias deficiencias de técnica jurídica.

<sup>16</sup> De la abundante literatura existente sobre el Estatuto de Brasil, cf., por todos en lengua castellana, SEDA, *Evolución del derecho brasileño del niño y del adolescente*, y GÓMES DA COSTA, *Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente*.

## capítulo I

Los casos de Bolivia y Perú confirman la necesidad de un proceso mucho más meditado 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 omnicomprendivos 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 tratase de un documento cuidadosamente elaborado, protector eficaz de las libertades individuales y de los más exigentes parámetros de un verdadero garantismo.

### **IX. 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.

**GARCÍA MÉNDEZ:** Emilio: *Infancia. De los derechos y de la justicia*. Editores del Puerto. 2° Edición actualizada. Buenos Aires, 2004