

original.

FOTOCOPIADORA
59 C.E.H.C.E.
Ps... FORENSE...
Foto 40 C/F 1
D/F 4

EMILIO GARCIA MENDEZ

DERECHO DE
LA INFANCIA-ADOLESCENCIA
EN AMERICA LATINA:
De la Situación Irregular
a la Protección Integral

Prólogo de Marta Mauras
Directora Regional de UNICEF para América Latina
y el Caribe



59-204

Santa Fé de Bogotá, D.C., Colombia
1994

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ofreció y ofrece los elementos para adquirir el grado de madurez específico necesario para vincularse al mundo jurídico, sin el mínimo temor a la pérdida de identidad. En este sentido, cuando se habla de reestructuración de la cultura del movimiento social, conviene recordar que uno de los requisitos de éxito de este acercamiento consiste en que el mismo vaya mucho más allá de una mera táctica coyuntural o superficial. Ello se refiere, a la necesidad de incorporar plenamente la dimensión jurídico-institucional, en todas las tácticas y estrategias de acción permanente.

Las experiencias exitosas en este campo (el Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil, aprobado por el parlamento en julio de 1990, entrará en vigor el 13 de octubre del mismo año), demuestran que si el mundo jurídico preexistente a esta nueva cultura del movimiento social, permanece ajeno o se opone a las transformaciones jurídicas, este último (el movimiento) crea su propio cuerpo de juristas en el mismo proceso de movilización.

De un modo similar que en el plano jurídico, el movimiento social debe incorporar el análisis macro de la coyuntura para orientar su acción en el plano de las políticas públicas específicas. Conviene recordar que una decisión como ésta deberá enfrentarse a los riesgos implícitos de los *estructuralistas*, que supeditan la mejora de las condiciones de la infancia a cambios radicales o estratégicos en el conjunto de la sociedad.

El riesgo vale, sin embargo, la pena. El descuido o ignorancia de este plano (del mismo modo que del plano jurídico-institucional), convierten el trabajo social en un *gracioso artesanado*⁴, que en el mejor de los casos recrea bajo un barniz de modernidad, las prácticas del asistencialismo más tradicional.

El movimiento social tiene la palabra.

BIBLIOGRAFIA

Actas (1912). *Tribunaux pour Enfants. 1er. Congrès International*, edición a cargo de M. Kleine. Imprimerie Typographique A. Davy, Paris, 1913.

Meiossi, Dario y Pavarini, Massimo (1983). *Cárcel y Fábrica. Siglo XXI*, México.

Platt, Anthony (1977). *Los salvadores de la infancia. La invención de la delincuencia. Siglo XXI*, México.

4 La expresión es de Antonio Carlos Gomes da Costa.

IV

LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: DEL MENOR COMO OBJETO DE LA COMPASION-REPRESION A LA INFANCIA-ADOLESCENCIA COMO SUJETO DE DERECHOS

1. En torno a los orígenes de la doctrina de la situación irregular. 2. Una doctrina en situación irregular: el menor abandonado-delincente. 3. Un cambio fundamental de paradigma: la doctrina de la protección integral.

1. En torno a los orígenes de la doctrina de la situación irregular

Un análisis histórico riguroso demuestra que la historia de la infancia es la historia de su control¹. Esta perspectiva, parte del rechazo de considerar a la infancia como una categoría ontológica, sosteniendo, por el contrario, que la misma constituye el resultado de un complejo proceso de construcción social cuyos orígenes pueden ubicarse en torno al siglo XVII. En otras palabras, esto significa afirmar que la niñez de hoy no fue percibida como una categoría diferenciada de los adultos antes de dicho periodo. Esta posición remite al excelente, y ya clásico trabajo de Philippe Aries (1985), quien utilizando una fuente documental de carácter tan altamente heterodoxo -como la pintura de la época- demuestra que antes del siglo XVII, pasado el estricto periodo de dependencia materna, esos individuos pequeños se integran totalmente al mundo de los adultos.

Las fuentes documentales de Aries muestran a quienes hoy consideramos natural y obviamente como niños, vistiendo las mismas ropas que los adultos y realizando sus mismas actividades.

Con posterioridad al siglo XVII, la utilización como fuente específica del retrato de familia permite demostrar una clara inversión de tendencia. Aquellos individuos pequeños, aparecen ahora con ropas diversas ubicados en el centro del retrato familiar. Una historia crítica posterior, permitirá percibir con nitidez el alto precio que la infancia pagará por esta nueva centralidad: pérdida total de autonomía y origen de una cultura jurídico-social que vincula indisolublemente la oferta de *protección* a la declaración previa de algún tipo de incapacidad. Parece posible identificar aquí, la génesis y la prehistoria de la llamada doctrina de la situación irregular.

Pero la construcción social de la categoría infancia sería imposible de entender, sin hacer mención a la institución que contribuyó decisivamente a su consolidación y reproducción ampliada: la escuela. Sin embargo, no todos los integrantes de esta nueva categoría tienen acceso a la institución escuela, e

¹ En una reciente y pionera investigación sobre la historia de los mecanismos de control socio-penal de la infancia en cinco países latinoamericanos (Argentina, Colombia, Costa Rica, Uruguay y Venezuela), desde donde fue posible obtener información en el tiempo hasta la aparición de la primera ley específica de menores, se demuestra irrefutablemente esta hipótesis (E. García Méndez-E. Carranza, 1990).

incluso, una parte de los que se incorporan, resultan por diversos motivos, expulsados de la misma. La diferencia socio-cultural que se establece en el interior del universo infancia, entre aquellos que permanecen vinculados a la escuela y aquellos que no tienen acceso o son expulsados de ella es tal, que el concepto genérico infancia no podrá abarcarlos. Los excluidos se convertirán en *menores*.

Para la infancia, la familia y la escuela cumplirán las funciones de control y socialización. Para los *menores* será necesario la creación de una instancia diferenciada de control socio-penal: el tribunal de menores (que no por acaso recibe desde sus orígenes esta denominación).

Ya he hecho referencia en otras oportunidades, a los momentos de creación, reproducción ampliada y finalmente exportación hacia América Latina de esta institución de control específico denominada tribunales de menores (E. García Méndez, 1988 y 1990). Por otra parte, el análisis específico de este proceso permite afirmar que se trató mucho más de la introducción de una cultura socio-jurídica de la protección-represión, que de una implantación institucional sistemática. Esto explica que todavía hoy, los tímidos enunciados de derechos en las legislaciones latinoamericanas de *menores*, no encuentren, salvo honrosa excepción², ni mecanismos concretos de ejecución en la práctica y ni siquiera los instrumentos técnico-procesales que permitan acciones jurídicas frente a su violación. Piénsese, contrario sensu por ejemplo, en los complejos mecanismos técnico-procesales, penales y administrativos a disposición de aquellos portadores de los derechos que emanan de un instrumento jurídico como el cheque.

Al proceso socio-cultural de construcción de la sub-categoría específica *menores* dentro del universo global de la infancia, corresponde la estructura jurídico-institucional del tribunal de menores. La creación del primer tribunal de este tipo, en Illinois, EEUU, en 1899, constituye el punto cero de la historia moderna del control de esta categoría vulnerable considerada como objeto de la *protección-represión*. Entre comienzos de este siglo y mediados de la década del 20, esta cultura institucional se había ya instaurado en casi todos los países europeos. Entre 1919 (Argentina) y 1939 (Venezuela), este proceso se repite en el contexto latinoamericano. Sin embargo, a la producción de leyes de menores no le corresponde, sino en una mínima proporción, la creación de las estructuras institucionales correspondientes que las propias leyes disponían³. Existe en este caso la tentación de tratar de explicar la falta de materialización de las disposiciones legislativas apelando básicamente a los argumentos de las

2 Me refiero concretamente al Estatuto del Niño y Adolescente del Brasil, aprobado por ley federal 8069 del 13.7.90 (ver trabajo específico sobre el Estatuto del Brasil en esta misma Obra).

3 Con posterioridad a este ensayo, otras leyes latinoamericanas constituyen adecuaciones sustanciales a la convención internacional.

deficiencias presupuestarias, o a la irrelevancia de las consecuencias reales de la ley en América Latina, heredera de la cultura del *se acata pero no se cumple*, producto del período de conquista y colonización. Las causas reales de esta situación son, sin embargo, mucho más complejas, remitiendo al estado de la correlación de fuerzas entre los saberes-poderes científicos, que se disputaban en la época el patrimonio sobre estos sujetos vulnerables: la corporación jurídica y la corporación médica.

Conviene recordar aquí, que la introducción de esta idea institucional en el contexto latinoamericano, se realiza en el marco de una hegemonía del pensamiento positivista de corte antropológico, cuya cientificidad aparecería directamente vinculada a la capacidad de verificación empírica de sus enunciados. Por ello, no es de extrañar la existencia de una fuerte tendencia hacia la medicalización de los problemas sociales, para la cual estructuras de carácter jurídico resultan como mínimo irrelevantes. En este sentido resulta nítida y altamente representativa la opinión de un autor de la época al afirmar: "No habiendo castigo para los niños delincuentes sino acción protectora del Estado, qué significación tendrían los tribunales para menores? Serían completamente inútiles. Si las cortes juveniles constituyen un perfeccionamiento de las instituciones jurídicas de los Estados Unidos y de Europa, nosotros (argentinos) podemos resolver nuestro problema con un criterio más moderno y dar un paso más decisivo aún en el sentido del progreso. Todo niño que hubiese cometido un acto antisocial sería llevado directamente al Instituto de Observación y Clasificación del Departamento Nacional del Niño, y de ahí, después de un prolijo estudio médico-psicológico, al establecimiento más adecuado para su tratamiento médico-pedagógico. Para un criterio estrictamente científico, el propósito de proteger y no castigar. El tribunal por lo tanto es innecesario" (A. Foradori, 1938, p. 343)⁴.

A pesar de esta afirmación radical, la existencia de leyes de menores en todos los países latinoamericanos, y en menor medida de tribunales específicos, puede ser entendida como una solución de compromiso entre el poder de ambas corporaciones. Más aún, la práctica real de los tribunales demuestra la funcionalidad en términos de eficacia como instrumento de control de este pacto de caballeros que se sella en la década del 30 de nuestro siglo. Paradójicamente, la cientificidad de este acuerdo descansa en un instrumento que por su ambigüedad y falta absoluta de taxatividad resulta la negación de las propias premisas que el propio positivismo incorpora en su discurso legitimador: la doctrina de la situación irregular.

Sólo el análisis histórico-crítico, permite mostrar los mecanismos que explican la asombrosa sobrevivencia de una doctrina como la de la situación

4 Hago énfasis en este trabajo, en un enfoque crítico desde el punto de vista político-cultural de la doctrina de la situación irregular. Para una crítica completa, que hace hincapié en el plano jurídico, Cfr. el trabajo de C. A. Eibert (1938-1939).

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 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* delincuentes⁵, y los miles de jóvenes confinados en instituciones penitenciarias para adultos, constituyen solo la punta del iceberg de un inmenso proceso de mistificación. En cuarto lugar, conviene preguntarse, si no son otras funciones, que aquellas declaradas, las que ayudan a mantener una doctrina que la conciencia socio-jurídica

5 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 única excepción normativa a este principio aparece formulada en el artículo 23 del nuevo Estatuto brasileño ("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 socio-jurídico 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 categoría designe mucho más una categoría pseudo sociológica imprecisa, que una verdadera categoría jurídica garantista.

nacional e internacional ha contribuido decisivamente en los últimos tiempos a colocar en *situación irregular*. El muro de Berlín no ha sido el primero y con seguridad tampoco será el último en caer.

2. El tratamiento indiferenciado de "menores" abandonados-delinquentes: una doctrina en situación irregular.

El análisis de las funciones concretas de la doctrina de la situación irregular, remite a las vicisitudes de las políticas sociales básicas en el contexto latinoamericano. La esencia de esta doctrina se resume en la creación de un marco jurídico que legitime una intervención estatal discrecional sobre esta suerte de producto residual de la categoría infancia, constituida por el mundo de los *menores*. La indistinción entre abandonados y delincuentes es la piedra angular de este magma jurídico. En este sentido, la extensión del uso de la doctrina de la situación irregular, resulta inversamente proporcional a la extensión y calidad de las políticas sociales básicas.

En términos tendenciales para todo el contexto latinoamericano, las deficiencias estructurales provocadas por la crisis de los años 30, sumadas al proceso masivo de inmigración, determinaron un crecimiento significativo del mundo de los *menores*. La falta de recursos, o si se quiere la falta de una voluntad política que permite priorizar aquellas categorías vulnerables más afectadas por la crisis, motivaron la *judicialización* de este problema. La doctrina de la situación irregular constituyó el soporte jurídico ideal para legitimar las prioridades establecidas.

Las políticas distribucionistas ensayadas con mayor o menor intensidad a partir de la década del 50, se reflejan positivamente en el campo de las políticas sociales básicas dedicadas a la infancia. Los *menores* disminuyen en América Latina y con ello disminuye también la incidencia de la aplicación de la doctrina de la situación irregular.

Estas transformaciones no afectan, sin embargo, la esencia de la cultura de las intervenciones. Los *menores*, se convierten de objeto del derecho, en objeto de las políticas públicas. La prueba está, en que el panorama legislativo, permanece sustancialmente inmodificado⁶. El carácter ambiguo e indeterminado de las disposiciones jurídicas permite su consolidación como compartimiento estanco y variable independiente de las políticas sociales. Con un cambio de guardia en la corporación médica, sustituida por los planificadores sociales, el

6 En un volumen colectivo se analiza detalladamente la evolución de la legislación de *menores* en seis países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Uruguay y Venezuela), desde su origen hasta la actualidad. De su estudio se demuestra plenamente esta afirmación (E. García Méndez, E. Carranza -organizadores-. *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina*. Buenos Aires, Galema, 1992).

viejo pacto de caballeros se recrea sobre bases que incorporan la modernidad sociológica de las tecnologías institucionales.

Abarcando una competencia omnimoda penal-tutelar, las políticas distribucionistas de los años 50 y sus efectos que se extienden hasta bien entrada la década del 60, permiten al nuevo-viejo derecho de menores, desarrollarse más intensamente en la faz penal, desplazando el peso de su legitimidad de lo individual antropológico a lo estructural sociológico. Los desajustes emocionales, los desvíos respecto de una familia ideal y abstracta y las novedosas teorías de las subculturas criminales, sustituyen a las concepciones antropológico-positivistas de degeneración de las razas basadas en factores hereditarios, en las recurrentes prácticas de institucionalización-segregación despojadas del menor esbozo de garantías. La declaración de abandono material o moral, facultad discrecional del juez, constituye la columna vertebral de la doctrina de la situación irregular. También aquí nada ha cambiado.

El tristemente célebre art. 21 de la ley argentina 10903 (Ley Agote), ha demostrado un asombroso vigor legislativo y una enorme capacidad de penetración en todo el continente. Este artículo establecía:

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

Pero la propia discrecionalidad ilimitada de esta ley, se demostró insuficiente frente aquellos casos en que el sobreseimiento definitivo impedía continuar legitimando la acción estatal a través del sistema judicial, por eso, las leyes de reformas sucesivas que tratan del régimen penal de la minoridad (ley 22.278), se ocupan de especificar que:

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

Es obvio, a esta altura, que el ejemplo argentino no constituye en modo alguno un caso aislado. Así, por ejemplo, el art. 32 de la ley de menores chilena 16.618 de 1966 (actualmente vigente), dispone que:

"Antes de aplicarse al menor de dieciocho años alguna de las medidas contempladas en la presente ley, por un hecho que cometido por un mayor,

constituiría delito, el juez deberá establecer la circunstancia de haberse cometido tal hecho y la participación que en él ha cabido al menor.

Sin embargo, aunque se llegue a la conclusión de que el hecho no se ha cometido o que al menor no le ha cabido participación ninguna en él, el juez podrá aplicarle las medidas de protección que contempla esta ley, siempre que el menor se encuentre en peligro material o moral".

La lenta pero irreversible crisis fiscal del estado latinoamericano que se desarrolla a partir de fines de la década del 60, coloca nuevamente en discusión con insólita crudeza los viejos problemas que dieron origen a esta historia. La década del 70, aparece signada por un autoritarismo, que no puede reflejarse en el campo de las políticas sociales básicas. La retracción de gasto social público, especialmente en el área de sus sectores más vulnerables, determina nuevamente un crecimiento desmesurado del universo de los menores. En la década del 80, estas tendencias crecen y se agudizan. Sin embargo, el surgimiento de movimientos sociales que comienzan a percibir a la infancia como potencial sujeto de derechos, impiden la concreción de un nuevo pacto de corporaciones. El mundo jurídico se aísla totalmente de los movimientos sociales, y en forma creciente también del sector más avanzado de las políticas públicas. La esencia de la doctrina de la situación irregular, se resume en operaciones de alquimia jurídica lideradas por grupos de *expertos* que manipulan hacia abajo o hacia arriba los dudosos entenos de la imputabilidad-inimputabilidad.

La crisis de los 80, se manifiesta con ferocidad en esta zona de la política social en la figura emblemática del niño de/en la calle. Su mejor definición, como una *isla rodeada de omisiones*⁷, por todos aquellos que de una otra forma poseen alguna responsabilidad institucional al respecto, ayuda mejor a entender las vicisitudes de la doctrina de la situación irregular. Su fracaso y crisis definitiva, no impide, sin embargo, que esa se manifieste como un castillo de naipes que estallando en mil pedazos vuelve a reconstruirse cada vez, apoyada en omisiones más flagrantes y eufemismos más frágiles. Las disposiciones jurídicas de la intervención policial, para realizar el trabajo sucio de las (no) políticas sociales constituye la más patética de las evidencias. La propiedad de ave Phoenix de la doctrina de la situación irregular, en cuerpos legislativos latinoamericanos de reciente aprobación e imbuidos incluso de las mejores intenciones, requiere un análisis y explicación.

En primer lugar, esta sobrevivencia remite al carácter hegemónico de una cultura que no ha querido, podido o sabido pensar la protección de sus componentes más vulnerables fuera de los marcos de declaración previa de algún tipo de institucionalización estigmatizante. En segundo lugar, su persistencia

7 Esta definición pertenece a Antonio Carlos Gomes de Costa.

actual se relaciona con una cierta incapacidad de los movimientos sociales para percibir la importancia y especificidad del vínculo existente entre la condición material y jurídica de la infancia. En tercer lugar, su capacidad como instrumento de control y más aún como sucedáneo ideológico de la retracción del gasto público, la convierte en doblemente funcional a aquellos proyectos que objetivamente privilegian la concentración de la renta y en definitiva, la instauración de un *sálvese quien pueda* del darwinismo social.

Pero no todo huele a podrido en Dinamarca. En los últimos años una inversión radical de paradigma comienza a instalarse en la conciencia jurídica y social. La Convención Internacional de los Derechos del Niño constituye al mismo tiempo la evidencia y el motor de estas transformaciones.

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

Con el término *Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia*, 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 aparece representada por 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)⁸.

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.

⁸ Todo el conjunto de instrumentos que conforman la llamada Doctrina de la Protección Integral constituyen la publicación realizada en Brasil *Direito de ter direitos* (Ministerio da Justicia, CBJA, UNICEF). UNICEF Argentina - Ecuador han publicado también esta normativa internacional; igualmente, se halla en vía de publicación en otros países.

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

Del *menor* como objeto de la *compasión-represión*, a la *infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos*, es la expresión que mejor podría sintetizar sus transformaciones. La Convención, constituye un instrumento jurídico para el conjunto del universo infancia, y no sólo para el *menor* abandonado-delincente, como resultaba de la letra y más aún de la praxis de las legislaciones inspiradas en la doctrina de la situación irregular.

Es preciso decirlo claramente, las legislaciones de *menores* en América Latina resultan absolutamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Internacional (excepción hecha de la nueva ley brasileña)^{*}. En este sentido, el proceso de ratificaciones que progresivamente está convirtiendo a la Convención en ley nacional de un número creciente de estados latino-americanos, plantea una situación de dualidad jurídica que resulta imperioso resolver.

Conviene recordar, que la adecuación de la legislación nacional puede adquirir dos modalidades de naturaleza radicalmente diversa:

- a. una adecuación formal-eufemística o.
- b. una adecuación real que signifique la introducción efectiva de aquellos principios generales del derecho que en forma explícita incorpora la Convención, con todas las consecuencias jurídicas y de política social que ello implica.

El primer tipo de adecuación, hace referencia a la posibilidad de recrear una vez más el viejo pacto de caballeros que permita salvar las apariencias en el seno de la comunidad internacional. La tecnología jurídica requerida en este caso resulta relativamente simple, se trata de incorporar una serie de derechos en términos de enunciados generales, *olvidando* introducir las técnicas legislativas que garanticen si no su cumplimiento por lo menos un accionar jurídico concreto frente a su violación. En este campo, han sido los eufemismos y las buenas intenciones, lo que ha permitido mantener por décadas una visión idealizada de las consideradas *mejores legislaciones de menores*. El Código del Niño de Uruguay constituye el mejor de los ejemplos. Durante años, la ausencia de un paradigma como el que ofrece la Convención, ha permitido presentar como un modelo -desvirtuado en la práctica- para América Latina a aquel instrumento jurídico.

Con posterioridad a la finalización de este ensayo, han surgido en América Latina nuevas leyes para la infancia que representan una verdadera adecuación sustancial al espíritu y al texto de la Convención Internacional. Considérese esta aclaración válida para la totalidad de esta publicación.

Ha sido sólo recientemente que el eminente jurista uruguayo Dr. Rodolfo Schurmann Pacheco, ha señalado con claridad que el Código del Niño de Uruguay, aprobado a comienzos de 1934, pudo sin lugar a dudas ser declarado inconstitucional ya en el mismo año de su promulgación. Este código viola flagrantemente la propia constitución uruguaya, también de 1934, que dispone tajantemente el principio de igualdad ante la ley (R. Schurmann Pacheco, 1991).

De modo casi general, y como resultado de la incorporación de los principios básicos del derecho iluminista producto de la Revolución Francesa, casi todas las constituciones latinoamericanas incluyen el precepto relativo a que nadie podrá ser detenido sino en flagrante delito o por orden escrita de autoridad competente. Con la sola excepción de la ley brasileña, ninguna legislación de menores latinoamericanos incorpora este principio básico a las normas específicas (ver nota asterisco anterior).

Resulta obvio, que todo proceso de adecuación de la legislación nacional a los principios de la Convención, deberá comenzar por incorporar los principios constitucionales que son ley suprema de la nación.

Pero más allá incluso de los principios constitucionales, la doctrina de la protección integral establece principios básicos del derecho que deberán ser rigurosamente tenidos en cuenta en el momento de adecuación de la legislación nacional.

Por este motivo, resulta altamente conveniente presentar un cuadro de las disposiciones normativas de la Convención, y de otros instrumentos de la doctrina de la protección integral, para percibir con mayor claridad la dirección que debe asumir el proceso de adecuación. Este ejercicio de comparación, incluye el texto de la nueva ley brasileña, para demostrar su existencia real en una normativa de carácter nacional⁹ (Ver cuadro al final del capítulo).

No parecen existir dudas, en el sentido de que el Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil representa una adecuación sustancial a la doctrina de la protección integral, llegando incluso en muchos aspectos a una superación positiva de sus principios básicos. Dicha superación se refiere específicamente, tanto a la inclusión minuciosa de garantías sustanciales y procesales destinadas a asegurar los derechos consagrados, cuanto a la institucionalización de la participación comunitaria en el control del diseño y ejecución de las políticas públicas¹⁰.

9 Este cuadro de clasificación ha sido inspirado en el excelente trabajo de Rita Maxera (1991).

10 Ver nota final de este capítulo

La evolución concreta de la conciencia social, y la posibilidad de realizar una historia de los derechos humanos, demuestran claramente que estos últimos no pertenecen al reino de la ontología. Los derechos humanos constituyen, por el contrario, el resultado de un complejo proceso de luchas en los planos económico, político, cultural y jurídico. La doctrina de la protección integral, refleja en parte esta conciencia y en parte se presenta como programa de acción futura.

Sería necio y arrogante afirmar que el Estatuto de Brasil no es un instrumento sujeto a mejoras. Sin embargo, sería mucho más necio y arrogante ignorar las fuentes reales de esta posible superación positiva. La Constitución Federal, la Convención Internacional, y las experiencias concretas de la sociedad civil organizada, marcan el único camino de su evolución futura.

En una reciente publicación, producto de un seminario latinoamericano por los derechos de la infancia, los responsables de las cinco instituciones organizadoras *Unicri, Unicef, Ilanud, IIN y DNI*, afirmaban:

"Resulta paradójico, y es de esperar que positivamente premonitorio, que en el contexto de la década perdida, la comunidad internacional haya sido capaz de superar conflictos de naturaleza diversa para construir una Carta Magna de los derechos de la infancia. Un instrumento que resulta imprescindible situar y que no constituye, ni retórica hueca, ni una vara mágica para enfrentar graves problemas estructurales.

La convención constituye, eso sí, un poderoso instrumento desde el cual y con el cual es posible crear las condiciones políticas, jurídicas y culturales para que la década del 90, se transforme en una década ganada para la infancia. Para ello, la tarea consiste en articular y traducir. Articular los esfuerzos de la sociedad civil y los organismos gubernamentales, traducir las directivas de la Convención Internacional en cuerpos jurídicos y políticas sociales en el plano nacional. La mejora de las condiciones de vida de la infancia latinoamericana requiere reformas institucionales y cambios legislativos. Convertir el tema de la niñez en prioridad absoluta constituye el prerrequisito político cultural de estas transformaciones..."¹¹

Dos conclusiones inmediatas pueden deducirse de esta última afirmación. En primer lugar, que la percepción de la infancia como sujeto pleno de derechos constituye un proceso de carácter irreversible en el seno de la comunidad internacional. En segundo lugar, que el continente latinoamericano precisa hoy más que nunca de utopías positivas concretas para diseñar un futuro mejor. Por

11 Se trata de la publicación *Ser niño en América Latina, de las necesidades a los derechos* (E. García Méndez-M. del C. Bianchi, 1991), producto del Seminario Infancia, Situaciones de Riesgo y Políticas de prevención en América Latina en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, llevado a cabo en Buenos Aires del 10 al 14 de septiembre de 1990.

eso, me parece imperioso concluir estas reflexiones haciendo mías las palabras de un ciudadano de nuestra América (Gabriel García Márquez), para confirmar que crece el número de aquellos que:

"... Nos sentimos con el derecho de creer que todavía no es demasiado tarde para emprender la creación de la utopía contraria. Una nueva y arrasadora utopía de la vida, donde nadie pueda decidir por otro hasta la forma de morir, donde de veras sea cierto el amor y sea posible la felicidad y donde las estirpes condenadas a cien años de soledad tengan por fin y para siempre una segunda oportunidad sobre la tierra".

Principio Jurídico básico sustancial y procesal	Convención Internacional	Reglas de Beijing	Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil ley 8069 de 1990
Principio de Humanidad: Se basa en el principio de responsabilidad social del Estado en la obligación de asistencia para un pleno proceso de resocialización. Se deriva de aquí la prohibición de penas crueles y degradantes.	Art. 37, incs. a - c	Art. 1, 14	Arts. 15 16-17-1
Principio de Legalidad: Se traduce en la prohibición de existencia de delito y pena sin la preexistencia de ley anterior (nullum crimen, nulla poena sine lege)	Art. 37, inc. b Art. 40, inc. 2a.	Art. 2, 2.2, b Art. 17, 17 1b.	Arts. 110-106-1
Principio de Jurisdiccionalidad: Presupone la existencia de los requisitos esenciales de la jurisdicción: juez natural, independencia e imparcialidad del órgano.	Art. 37, inc. d Art. 40, incs. 2, III-2-3 b.	Art. 14, inc. 14.1	111-111
Principio del Contradictorio: Presupone una clase de definición de los roles procesales (juez, defensor, ministerio público).	Art. 40, incs. 2 b II-III-IV-VI	Art. 7, inc. 7.1	110-111
Principio de Inviolabilidad de la Defensa: Presupone la presencia de defensor técnico en todos los actos procesales desde el momento en que se imputa la comisión de una infracción	Art. 37, inc. d Art. 40, inc. 3.	Art. 7, 7.1 Art. 15, 15.1	111 III 124 III, 206
Principio de Impugnación: Presupone la existencia de la posibilidad de recurrir ante un órgano superior.	Art. 37, inc. d Art. 40, inc. 2b.V.	Art. 7, 7.1	148-137
Principio de Legalidad del Procedimiento: Presupone que el tipo de procedimiento debe estar fijado por la ley y no puede quedar librado a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional.	Art. 40, inc. 2b. III	Art. 17, 17.4	110
Principio de Publicidad del Proceso: Hace referencia a la posibilidad que deben tener los sujetos procesales de tener acceso a las actas del proceso. Al mismo tiempo se refiere a la conveniencia de proteger la identidad de niños adolescentes como forma de evitar la estigmatización.	Art. 40, inc. 2b. VII	Art. 8, 8.1 8.2	143

BIBLIOGRAFIA

Ariés, Philippe (1985). *Geschichte der Kindheit*. Deutscher Taschenbuch Verlag, Munich (1a. edición, 1960).

Bisig, Elinor-Laje, María Inés (1989). *Abandono de menores, un enfoque jurídico-sociológico*. Marcos Lerner, editora, Córdoba.

Elbert, Carlos Alberto (1988-1989). *Menores en situación irregular y proyectos legislativos en la Argentina actual*. En *Revista Doctrina Penal*, pp. 443 s.s. (1988), pp. 251 s.s. (1989).

García Méndez Emilio (1988). *Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales del control social*, en *Capítulo Criminológico*, pp. 135 s.s.; (1990). *El niño y el sistema de la justicia penal: elementos para una historia latinoamericana*. En *Criminología en América Latina*, UNICRI, Roma, No. 33; con Elías Carranza (1990). *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*. Depalma, Buenos Aires; con María del Carmen Bianchi (1991). *Ser niño en América Latina. De las necesidades a los derechos*. Galerna, Buenos Aires; con Elías Carranza (1992). *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina*; Galerna, Buenos Aires.

Maxera, Rita (1991). *La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales*. Multigrafiado, en prensa.

Schurmann Pacheco, Rodolfo (1991). *El grado de eficiencia en Uruguay del sistema Penal Minoril como límite del Control Social*. Multigrafiado, en prensa.