

UNICEF / UNICRI / ILANUD

DEL REVES AL DERECHO

LA CONDICION JURIDICA DE LA INFANCIA EN AMERICA LATINA

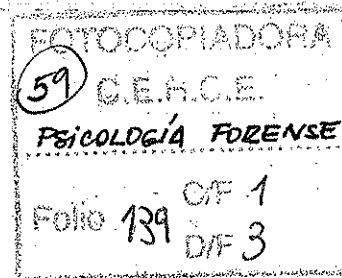
Bases para una reforma legislativa

EMILIO GARCÍA MENDEZ

ELÍAS CARRANZA

(Organizadores)

Editorial Galerna



PRESENTACION:

En 1988, el UNICRI (Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre el Delito y la Justicia) y el ILANUD (Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente), emprendieron conjuntamente un ambicioso proyecto de investigación, destinado a rescatar la historia del control socio-jurídico de la infancia en el contexto latinoamericano (Argentina, Colombia, Costa Rica, Uruguay y Venezuela). Rescate que abarcó el período desde sus orígenes coloniales, hasta la aparición de las primeras leyes específicas en la década del 20 de este siglo.

La primera fase, ya publicada (*Infancia, Adolescencia y Control Social en América Latina*, Depalma, Buenos Aires, 1990), proporcionó evidencias concluyentes para entender la formación de dos mundos que parecían irreconciliables. El mundo de la infancia escuela-familia: la niñez. El mundo de los postergados: los menores.

Con esta sólida base de conocimientos, se emprendió la segunda parte de la investigación, destinada a analizar los orígenes y evolución de las legislaciones "minoristas", comparando los textos actuales con la Doctrina de las Naciones Unidas de Protección Integral de la Infancia. Un objetivo central consistió en medir el grado real de eficacia de las legislaciones vigentes para asegurar los derechos humanos específicos de toda la infancia, tal como lo dispone expresamente la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

El éxito de la primera parte de la investigación puede medirse también, con el hecho que otros países e instituciones se sumaron a los

esfuerzos ya existentes. Con la incorporación de Brasil, se recogía y documentaba una experiencia concreta de construcción colectiva de una ley que se adecua sustancialmente a los principios de la Doctrina de la Protección Especial.

Con la incorporación de UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia), se sumaron esfuerzos para la difusión continental de un trabajo que ofrece instrumentos preciosos para las reformas legislativas en curso en la región.

La conciliación del mundo de los niños y los "menores", comenzaba a mostrarse como un hecho no solo deseable sino también posible. La cara opuesta del revés histórico de la infancia postergada se dibujaba en sus derechos.

Por todas las razones señaladas estamos convencidos que, *Del Revés al Derecho*, justifica largamente este esfuerzo conjunto.

Luis Rivera	UNICEF
Ugo Leone	UNICRI
Eugenio Raúl Zaffaroni	ILANUD

EL DERECHO DE "MENORES" COMO DERECHO MAYOR.

Emilio García Mendez (UNICEF)
Eltas Carranza (ILANUD)

Los estudios pioneros en el campo de la nueva criminología latinoamericana, nos convencieron hace mucho tiempo acerca de la importancia del análisis histórico como uno de los caminos más adecuados para llegar a una comprensión no ideológica de los problemas vinculados a la llamada cuestión criminal y a su control social. Dicho enfoque permitió un entendimiento más preciso, tanto respecto a la relatividad de los valores definidos como bienes jurídicos por el sistema de la justicia penal, cuanto al carácter contingente de porciones considerables de este último.

Sin embargo, como tendencia general durante la década del 70, la existencia de gobiernos autoritarios en la región, tuvo la ulterior consecuencia perversa de que muchos intelectuales subordinaran, muchas veces en forma abiertamente mecánica, la posibilidad de realizar cambios en la esfera de lo jurídico a transformaciones radicales en el plano político y más particularmente en el económico. Nadie expresó mejor este dilema que un estudioso de los problemas latinoamericanos al afirmar "el estudio del Estado queda subordinado al Estado que estudio".¹

El advenimiento de la democracia en la década de los 80 y la persistencia de deficiencias y malestares sociales, antes atribuidos exclusivamente a las formas autoritarias de dominación, pusieron en evidencia la complejidad del tema provocando un cambio gradual de perspectiva cuyos resultados positivos, en términos de análisis y producción legislativa, comienzan a ser percibidos hoy con mayor

claridad. Para decirlo sin rodeos, la lucha por consolidar y extender la democracia, se convirtió también en la lucha por extender el status de ciudadanía a todos los habitantes de un país. En este sentido, conviene recordar aquí, que este "programa ciudadano" se encontraba de alguna manera ya inscrito en todas las Constituciones liberales de nuestra región. Programa, que nunca fue considerado seriamente, ni por los detentadores del poder, ni paradójicamente, por aquellos que sufrían las consecuencias del antiguo código de relación regido por el "se acata pero no se cumple". Víctimas y verdugos permanecieron por siglos en América Latina, entrañablemente unidos en la subestimación y desprecio del derecho como elemento sustancial para la construcción de formas democráticas de la vida social.

El enfoque ontológico de problemas y categorías sociales, cumplió objetivamente la función de legitimación sutil del estado de cosas existente. La consecuencia práctica de ignorar la historia consistió en repetir y consolidar un presente injusto, proyectándolo para el futuro.

La infancia latinoamericana, sin derechos y sin historia, y lo que es peor aún sin derecho a la historia por ser una categoría pensada ontológicamente, se constituyó en un objeto pasivo de la "protección-represión".²

De este modo, la lucha por el derecho y la recuperación del pasado, aparecían objetivamente como el programa de investigación-acción más completo y eficaz para la crítica del malestar social existente.

Hasta 1988, la historia de la infancia latinoamericana todavía no había llamado la atención a los historiadores profesionales. Por ello, un grupo de juristas, sociólogos y pedagogos latinoamericanos nos iniciamos en el oficio de historiadores con la única certeza de que "el historiador no es aquel que sabe sino aquel que busca"³. El resultado inmediato fue la construcción de un programa de investigación dividido en dos etapas. La primera abarcando cinco países latinoamericanos (Argentina, Colombia, Costa Rica, Uruguay y Venezuela), debía dar respuesta al interrogante relativo a la cultura y mecanismos del control socio-penal de la infancia, desde donde fuera posible obtener información, punto temporal que en casi todos los trabajos se ubicó en los primeros períodos del proceso de colonización,⁴ hasta la aparición de las primeras leyes específicas de la "menor-edad", momento que es posible ubicar en la década del 20 de nuestro siglo.

Los resultados de esta primera fase ya publicados (*Infancia Adolescencia y Control Social en América Latina*, Depalma, Buenos Aires, 1990), permitieron confirmar una hipótesis previa así como abrir una nueva perspectiva de investigación.

La hipótesis confirmada se vincula al trabajo pionero, y hoy clásico, de Philippe Ariés, *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen*, (Taurus, Madrid 1987), que afirma que la infancia no constituye una categoría de carácter ontológico, siendo por el contrario el resultado de un complejo proceso de construcción social que la "descubre" en la

conciencia colectiva alrededor del siglo XVI. La perspectiva novedosa por su parte, puede condensarse en la afirmación de que la historia de la infancia es la historia de su control. En otras palabras, esto significa que es posible reconstruir la historia de la infancia concentrándose en el estudio de los mecanismos "punitivo-asistenciales" que la "inventan", modelan y reproducen. Con estos elementos emprendimos la segunda parte de la investigación que hoy presentamos con el título emblemático, y esperamos que premonitorio, *Del Revés al Derecho*.

Con la incorporación de un nuevo equipo, Brasil, seis fueron los países objeto de investigación en la segunda fase, que se propuso analizar la creación y evolución de la legislación nacional desde la primera ley específica, hasta la ley actualmente vigente. Un énfasis particular fue dado en esta segunda fase, para confrontar la legislación en vigor; en especial, con la "Convención Internacional de los Derechos del Niño" y los otros instrumentos de la llamada "Doctrina de las Naciones Unidas de Protección Integral de la Infancia".⁵ Ello con el objeto de determinar en qué medida la legislación nacional se adecuaba sustancialmente a esta nueva doctrina, lo que significaba al mismo tiempo medir su grado concreto de eficacia en la protección de los derechos humanos específicos de los niños y adolescentes de nuestro continente.

Del Revés al Derecho pretende ser, entonces, un ajuste de cuentas con las legislaciones "minoristas" latinoamericanas. Un ajuste de cuentas crítico, que ofrece al mismo tiempo argumentos y propuestas concretas destinados a apoyar los procesos de reformas legislativas en curso en la región.

Conviene aquí insistir en el hecho, que el carácter histórico de esta investigación, que esperamos sea emprendida por otros países latinoamericanos, tiene como una de sus funciones primordiales prevenir y evitar un proceso apresurado y superficial de adecuación meramente formal a los nuevos principios político-jurídicos internacionales que consideran definitivamente a la categoría infancia como pleno sujeto de derechos. Ello también, porque estamos convencidos que nunca una coyuntura internacional fue tan propicia y oportuna para emprender una actualización crítica del status de ciudadanía de una parte de la población, que por otro lado en muchos países de la región constituye una mayoría.

Infelizmente, se encuentran en curso y en algunos casos ya aprobados, proyectos legislativos de reforma que constituyen una adecuación meramente eufemística a los principios de la doctrina de la protección integral. En este sentido, los exhaustivos trabajos de investigación incluidos en este volumen ofrecen los elementos necesarios para entender, tanto la resistencia a modificaciones legislativas sustanciales, cuanto el carácter formal de la adecuación de algunas "nuevas" legislaciones.

Este fenómeno remite sin dudas a la asombrosa persistencia de uno

de los mayores mitos pseudo-jurídicos que imperan en América Latina: la llamada doctrina de la "situación irregular".

Esta "doctrina", cuyo mayor mérito propagandístico consiste en haber obtenido tal denominación sin poseer ninguna de las características mínimas para ser considerada como tal, consiste en realidad en un magma ideológico representativo de un sentido común jurídico, que nada tiene de jurídico y muy poco de sentido.

La "doctrina" de la situación irregular; confunde (activa e intencionalmente) la protección de una categoría de sujetos débiles con la legitimación de formas irrestrictas de intervención coactiva sobre los mismos. La protección de un supuesto "menor delincuente-abandonado", constituye la materia prima sobre la cual se apoya una endeble pero persistente construcción que sirvió y todavía hoy sirve de base al (no) derecho de "menores" latinoamericano. Un no derecho que corresponde perfectamente a una no infancia.

Ya hemos insistido en otras oportunidades en el hecho de que una vez "descubierta" la infancia en la conciencia social, la familia y fundamentalmente la escuela, cumplen un papel central en la consolidación y reproducción ampliada de esta categoría. Sin embargo, es sabido, que no todos los sujetos de esta categoría tienen acceso a la institución escolar o no todos los que acceden poseen los recursos (en sentido amplio) suficientes para permanecer en ella. Por este motivo, las diferencias que se establecen en el interior de la categoría infancia, entre aquellos que tienen acceso a la escuela y los "otros", es tan enorme, que un concepto único no podrá abarcarlos. Los excluidos se transformarán en "menores" y para ellos será necesario la construcción de una instancia específica de control y socialización: los Tribunales de Menores, que funcionan en base a los principios de la doctrina de la situación irregular.

Sobre la actualidad y persistencia de este problema, una investigación patrocinada por ILANUD, recogiendo información de los sistemas de justicia de menores de dieciocho países de la región (Carranza, Elías (1989). *La prevención y tratamiento de la delincuencia juvenil y la participación de la comunidad*, en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Cali, Colombia, págs. 205/237), corroboró que la clientela de estos tribunales pertenece a un sector social y económico bien específico, que es tempranamente criminalizado en forma diferenciada (sería innecesario extendernos aquí sobre las investigaciones sobre cifra negra que verifican la comisión de delitos por personas pertenecientes a los diversos estratos sociales y grupos etarios), y que, en un alto porcentaje, continuará siendo criminalizado luego de su mayoría de edad.

La investigación que estamos citando recogió información de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Perú, Uruguay y Venezuela, y confeccionó un perfil del adolescente infractor tipo que pasa por los tribunales de menores, determinando que en el 75% de los casos estos tribunales se ocupan de un jó-

ven de sexo masculino, con algo más de cuatro años de retraso escolar; residente primordialmente en zonas marginal ("villa miseria"; "callampa", "ranchada") u otras zona de vivienda de clase baja; que trabaja en actividades que no requieren calificación laboral; o bien procura la obtención de dinero por medio de actividades ilícitas, y con el producto de su actividad contribuye al sostenimiento de su núcleo familiar o de su núcleo de pertenencia; cuyo padre trabaja en la categoría laboral de menor ingreso y se encuentra generalmente subempleado o desempleado; cuya madre es empleada doméstica o ejerce otro trabajo de baja calificación laboral tal como la venta al menudeo (a veces la prostitución), y al igual que el padre en la mayoría de los casos está subempleada o, con menor frecuencia, desempleada; que vive con su familia, que es incompleta o desintegrada, con ausencia del padre. El estudio asimismo determinó que, tomando una escala de estratificación socioeconómica de cinco categorías, el 89% de los casos sancionados por la justicia juvenil se distribuye entre las dos categorías de menor ingreso, perteneciendo muchos de ellos al 40-60% de la población regional que se encuentra en los niveles de pobreza o de pobreza extrema según a definición que de éstas da el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

Pero antes de proseguir con el examen de la doctrina de la situación irregular, parece importante detenernos un momento en el análisis de las características de su producción y de los actores institucionales que la sustentan y difunden, dos aspectos que por otra parte se encuentran indisolublemente unidos.

Históricamente considerada, la tradición jurídica latinoamericana descansa en una dicotomía flagrante entre discurso y práctica. Un derecho liberal y formalmente garantista, desvirtuado y distorsionado en la práctica por las mediaciones de los factores reales de poder. Activarlo en un sentido democrático, depende en parte de una nueva conciencia jurídica que tímidamente se encuentra en proceso de formación.

Muy distinta, en cambio, es la tradición del derecho de "menores".

En este campo, asistimos a una ulterior ruptura regresiva de la dicotomía anteriormente señalada. El propio discurso jurídico resulta explícitamente negador de los derechos básicos y esenciales previstos en los cuerpos constitucionales para "todos" los habitantes del país. Resulta paradójico que la nueva ley brasileña (Estatuto del Niño y el Adolescente, ley 8069 de 1990), constituya hasta hoy una excepción única a un aspecto que considerado constitucionalmente debería resultar una obviedad. En efecto, el art. 106 del Estatuto dispone que, "ningún adolescente será privado de su libertad a no ser en flagrante de acto infractor o por orden escrita y fundamentada de la autoridad judicial competente".⁶

En el resto de los países latinoamericanos hasta hoy, la ideología "proteccionista" ha literalmente arrasado con cualquier vestigio de garantismo jurídico, incluso a nivel del discurso de esta área del derecho. La introducción explícita, de los conceptos más aberrantes del peligrismo social, rechazados largamente por un derecho penal liberal

democrático, imperan hoy, en contradicción con la Convención Internacional, en casi todas las legislaciones "minoristas" latinoamericanas.⁷

Pero ¿por qué caracterizar como ideológica la cultura "proteccionista" que está en la base de la doctrina de la situación irregular? Esta afirmación se apoya en la comprobación paradójica del hecho que dicha doctrina se sustenta en el principio de no verificación consecuente de todas y cada una de sus funciones declaradas.

El tratamiento represivo indiferenciado de niños y adolescentes supuestamente abandonados y supuestamente delincuentes,⁸ la miseria evidente de una buena parte de pseudo programas de resocialización y los millares de jóvenes detenidos en instituciones penitenciarias para adultos, constituyen pequeños detalles accidentales de un discurso que proclama hipócritamente la imprescindible necesidad de mantener a la infancia fuera de los circuitos del terrible derecho penal de adultos.

Resulta por lo menos curioso, que frente a las condiciones dramáticas de los "menores" latinoamericanos, los esfuerzos por adecuar sustancialmente las legislaciones nacionales introduciendo la serie de garantías jurídicas —previstas explícitamente por la Convención Internacional— sean contestados desde la óptica de la situación irregular, aduciéndose el falso argumento que de este modo se introducirían subrepticamente los principios del derecho penal de adultos. Este argumento adquiere un carácter más patético aún, si se considera el hecho que muchas veces resulta esgrimido justamente por aquellos que, explícita o implícitamente, propician una disminución ulterior del mínimo de la imputabilidad penal, pretendiendo situarla en la línea de los 16 años.

En la medida en que los eufemismos constituyen la base estructural de la hipocresía, la internación para designar a la simple privación de libertad y las medidas de seguridad como sucedáneo "soft" de las penas de carácter indeterminado, han exacerbado ulteriormente el carácter omnipotente y discrecional del funcionamiento del sistema judicial de "menores". Por todo esto, nos parece audaz, aunque no desprovisto de sentido, trazar 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 (piénsese especialmente en los países del Este europeo).

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. Recuérdese que hasta mediados de la década de los 80, la doctrina de la situación irregular no sólo es hegemónica sino prácticamente exclusiva en este campo del derecho.

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 maravillosa legislación de menores, pero que no se aplica, constituía hasta hace poco tiempo una idea indiscutible del sentido común y jurídico de nuestro continente.⁹

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 la asombrosa sobrevivencia de la doctrina de la situación irregular, a pesar del carácter estructural y fisiológico del fracaso de sus objetivos declarados: protección y resocialización.

En cuarto lugar, conviene preguntarse, si no son otros objetivos, que aquellos declarados, los que ayudan a mantener una doctrina que la conciencia socio-jurídica nacional y particularmente internacional, ha contribuido decisivamente en los últimos tiempos a colocar en situación extremadamente irregular.

Sin excepción, cada uno de los excelentes trabajos que componen este volumen, permite entender y profundizar, que el análisis de las funciones reales de la doctrina de la situación irregular, remite a las vicisitudes de las políticas sociales básicas de los últimos setenta años en el contexto latinoamericano. Sin excepción, cada uno de los análisis nacionales permite poner en evidencia que la esencia de esta doctrina se resume en la creación de un marco jurídico que legitime una intervención estatal discrecional y omnipotente sobre esta suerte de producto residual de la categoría infancia, constituida por el mundo de los "menores". La indistinción entre abandonados y delincuentes constituye la piedra angular de esta construcción pseudo-jurídica.

Por ello es que puede afirmarse que la extensión del uso de la doctrina de la situación irregular, resulta inversamente proporcional a la extensión y calidad de las políticas sociales básicas.

El enfoque histórico de *Del Revés al Derecho*, pone en evidencia que en términos latinoamericanos, 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 permitiera priorizar aquellas categorías más vulnerables afectadas particularmente por la crisis, motivaron la "judicialización" del problema de la "minoridad". Las normas jurídicas se convirtieron en el sucedáneo menos oneroso frente a la ausencia de políticas sociales básicas adecuadas. La doctrina de la situación irregular constituyó el soporte jurídico ideal para legitimar las prioridades establecidas.

Una retomada de las políticas sociales básicas, consecuencia de las políticas distribucionistas ensayadas con mayor o menor intensidad a partir de la década del 50, se reflejó positivamente en el campo de las políticas para la infancia. El número de los "menores" disminuyó en América Latina y con ello la incidencia de la aplicación de la doctrina de la situación irregular. Estas modificaciones, sin embargo, permanecieron

en un plano cuantitativo sin alterar la esencia de la cultura de las intervenciones. La prueba está que el panorama legislativo permanece sustancialmente inmodificado, como lo demuestran exhaustivamente todos los trabajos de este volumen.

En efecto, ninguna reforma legislativa en los últimos 60 años, con excepción del Estatuto brasileño de 1990, ha alterado sustancialmente la cultura de la protección-represión.

Así, el carácter ambiguo e indeterminado de todas las normas producto de la doctrina de la situación irregular, permite que la legislación se consolide como compartimento estanco y variable independiente de las políticas sociales.

Durante el periodo 1920-1950, el derecho de "menores" se construye sobre la base de un compromiso entre los poderes-saberes "científicos" que se disputaban la competencia sobre estos sujetos vulnerables: la corporación jurídica y la corporación médica. El positivismo y la negación absoluta del libre albedrío, encontraban un contrapeso sólo formal en los tribunales de menores. La discrecionalidad absoluta, basada en la "objetividad" de los laudos psiquiátricos y psicológicos, constituyó el elemento concreto que aseguraba el compromiso.

A partir de 1960 se produce un cambio de guardia en la corporación médica sustituida por los planificadores sociales. Las deficiencias estructurales reemplazan a las patologías individuales en el recurrente enfoque etiológico del problema. El viejo compromiso se recrea sobre bases que incorporan la modernidad sociológica de las tecnologías institucionales. Basándose siempre sobre la omnimoda competencia penal-tutelar, punto central de la doctrina de la situación irregular, 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 su faz penal. 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. Inmodificadas permanecen en cambio, las antiguas 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, y nada cambiará realmente, hasta la promulgación de la nueva ley brasileña (ya citada) que en su artículo 23 dispone claramente: "La falta o carencia de recursos materiales no constituye motivo suficiente para la pérdida o suspensión de la patria potestad..."

La gradual 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 no reflejarse en el campo de las políticas sociales básicas. La retracción del 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 de los 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 tradicional 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 criterios 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,¹⁰ por todos aquellos que de una u 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 impiden, sin embargo, que ésta 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, reapareciendo en cuerpos legislativos latinoamericanos de reciente aprobación e imbuídos 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 se relaciona también con una cierta incapacidad de los movimientos sociales en 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 contracción 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.

La lucha por ampliar el status de ciudadanía al conjunto de la

infancia, pone definitivamente en evidencia la claridad e importancia del nexo existente entre su condición jurídica y su condición material. La Convención Internacional marca un punto de no retorno, donde las necesidades se manifiestan como derechos.

Las necesidades de nuestra infancia son de vieja data, los derechos "nacen cuando deben o cuando pueden".¹¹

El proceso de construcción y consolidación de formas plenas de vida democrática, es largo, difícil y continuará por mucho tiempo enfrentando resistencias corporativas e ignorancias indiscriminadas. Todo indica, sin embargo, que la historia se mueve *De Revers al Derecho*.

Brasilia,
San José de Costa Rica,
abril de 1992.

NOTAS

1. Lechner, Norbert (1977). *La crisis del Estado en América Latina*. El Cid Editor, Caracas.

2. Sobre la génesis de la cultura de la protección-represión, cfr. E. García Méndez (1989). *Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social*, en Capítulo Criminológico, págs. 135 y siguientes.

3. Febvre, Lucien (1978). *Il problema dell' incredulità nel secolo XVI*, Einaudi, Torino.

4. La reconstrucción de la historia latinoamericana de la infancia durante el período precolombino, espera todavía por su autor.

5. Además de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989), los otros instrumentos jurídicos que conforman la doctrina de la protección integral son:

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

"Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes privados de libertad."

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

6. Un análisis detallado del proceso de construcción de esta ley, se encuentra en los trabajos del equipo de Brasil contenidos en este volumen.

7. Sólo a modo de ejemplo, considérese el art. 32 de la ley de menores chilena 16.618 de 1966 (actualmente vigente), "Antes de aplicarse al menor de 18 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".

8. El término "supuestamente" abandonado, hace referencia a la inexistencia de

disposiciones jurídicas que prohíban la declaración judicial del estado de abandono (antesala de la adopción nacional o internacional) por meros motivos de carencia de recursos materiales. 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), *Abandono de Menores, un enfoque jurídico-sociológico*, Marcos Lerner Editora, Córdoba. 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 "minorista" latinoamericano, determina que este concepto (delincuente) designe mucho más una categoría pseudo sociológica imprecisa, que una verdadera categoría jurídica garantista.

9. El Código del Niño de Uruguay, de 1933, constituye el ejemplo más frecuentemente utilizado en esta línea falaz de argumentación. Para una crítica detallada y sistemática de este razonamiento, remitimos a la excelente contribución de todo el equipo uruguayo contenida en este volumen.

10. La definición es de Antonio Carlos Gomes da Costa, quien colabora en este volumen.

11. Bobbio, Norberto (1990). *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, XV.

4

59-218