

Niño abandonado, niño delincuente

García-Méndez, Emilio

Emilio García Méndez: Abogado criminólogo argentino. Doctor en Sociología del Derecho Penal por la Universidad de Saarland (RFA). Experto de Investigación del Instituto de Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia (UNICRI), Roma. Asesor de Política Social UNICEF-Brasil. Ex-coordinador general del Proyecto Pibes y Gurises Unidos, Buenos Aires-Montevideo.

Si los escasos cien años de vida de la pediatría remiten al «descubrimiento» del niño como categoría médica específica, el aun mas joven derecho penal de menores da cuenta del «descubrimiento» del niño como categoría socio-jurídica. En la larga historia de creación y desarrollo de las normas jurídicas, la especificidad de este nuevo derecho constituye un problema nuevo que reclama novedosas soluciones.

La perspectiva histórica, que se ofrece hoy como una herramienta de incuestionable valor en el campo de la investigación criminológica en general (Council of Europe, 1984), resulta absolutamente imprescindible en el campo de estudio del control socio-penal de la infancia-adolescencia. Un análisis histórico del sistema de justicia (penal) de menores permite identificar dos grandes modelos político-ideológicos, dentro de los cuales resulta posible subsumir las diversas ideas retributivas y de justicia social que se debaten en este ámbito del sistema jurídico.

Desde sus orígenes, que coinciden con la creación del primer tribunal de menores, en Illinois en 1899, el modelo «proteccionista-salvacionista» resulta hegemónico en el ámbito del control social de la infancia-adolescencia, hasta el surgimiento - durante la década de los 60 -, de un conjunto de circunstancias diversas que preparan el terreno para una crítica más o menos abierta a aquél. Se trata de una crisis de hegemonía de dicho modelo. Las siguientes circunstancias no son del todo ajenas a la explicación de este fenómeno:

- a) un cambio signado por influencias recíprocas en la percepción social, médica y psicológica del menor
- b) una fuerte crisis del modelo reeducativo; crisis que se manifiesta en forma explícita en el contexto del mundo industrializado y de manera latente en el resto de los

países (muchas veces, en el caso latinoamericano, la no aplicación concreta de las políticas reeducativas ha permitido que éstas se conserven intactas en el plano ideológico)

c) la toma de conciencia de derechos humanos específicos, que se convierten en punto de referencia más o menos objetivo, para contestar situaciones gradualmente percibidas como arbitrarias

d) una revalorización de los derechos individuales en el contexto de la lucha por formas de convivencia democráticas

e) un afianzamiento de la dimensión material de los derechos individuales

f) un «descubrimiento» de la dimensión jurídica institucional por parte de los movimientos sociales que luchan por los derechos de la infancia-adolescencia¹

Es en el marco histórico e ideológico descrito donde se mueven, y por ende deben analizarse, tanto las fluctuaciones y las diversas corrientes existentes de las políticas de control socio-penal de los menores, como aquellas alternativas que partiendo de principios de racionalidad y humanidad tienden a una resolución positiva de los problemas sociales.

El modelo «proteccionista-salvacionista»

El modelo económico liberal consolidado en el siglo XIX provoca movimientos sociales de carácter centrífugo, cuyos efectos en términos de marginalidad difícilmente pueden ser ignorados. La respuesta a este último fenómeno tiende a producirse según pautas socio-culturales pertenecientes a las mismas causas que lo provocan.

Tres son las categorías sociales más afectadas por el fenómeno de la marginalidad: quienes no logran acceder o son expulsados del mercado de trabajo, las mujeres y la infancia². De la primera categoría da cuenta un sistema mixto represivo-caritativo que se activa a través de la vieja y extendida distinción entre pobres potencialmente aptos o no para el trabajo. Las mujeres, subsumidas como fuerza auxiliar de reproducción del trabajo, resultan ignoradas en cuanto a política social y habrá que esperar todavía varias décadas para que su colocación marginal sea percibida como un verdadero problema social. La infancia, en tanto categoría específica y de

¹ Para un análisis más detallado de este punto cfr. García Méndez (1990).

²La intervención jurídica específica (tribunales de Menores) contribuye decisivamente para transformar esta categoría en «minoridad».

transición hacia el ingreso en el mercado de trabajo, constituye un desafío, tanto a la (buenamala) conciencia, cuanto a los sistemas y teorías penales.

Si el derecho penal moderno de raíz iluminista debe convivir con la contradicción implícita que supone establecer técnicas de control social que aseguren al mismo tiempo los intereses del poder estatal centralizado y garanticen la defensa del individuo frente al poder omnímodo del Estado, la contradicción potencial aun mayor que encierra el derecho penal de menores se resuelve - aparentemente ignorando uno de los términos de la contradicción. En un discurso en el que desaparece casi por completo el carácter retributivo de la pena, desaparece también coherentemente su contraparte: los sistemas y técnicas de garantías formales y substanciales.

La revolución que se opera en los sentimientos entre los siglos XIX y XX otorga al niño una centralidad eminentemente pasiva, de la cual la extensión del concepto de inimputabilidad jurídica no es más que una de sus manifestaciones. A partir de fines del siglo XIX, la percepción de la niñez como categoría específica y portadora de problemas que exigen respuestas innovadoras y radicales, constituye un hecho larga y sólidamente aceptado. Un movimiento filantrópico que tiene sus orígenes en los Estados Unidos (A. Platt, 1969), pero que se extiende velozmente en el contexto europeo, logra redefinir los límites del problema de la niñez objeto de alguna de las múltiples formas de la marginalidad. En este proceso, el derecho penal adquiere una función subordinada, que agrava ulteriormente las contradicciones a las que ya se veía expuesto. El derecho penal de menores, primer producto sociológico del derecho penal moderno (M. Voss, 1986, p. 13), puede ser visto como el intento más serio de recuperar posiciones en un terreno cuyos límites fueron impuestos desde el exterior de la propia técnica jurídica.

Pero si el derecho penal resulta permeado por las ideas del poderoso movimiento filantrópico de reforma, éste no supo, no quiso o no pudo a su vez escapar a ciertos elementos básicos que constituyen la esencia del pensamiento penal de la época.

En este juego de interinfluencias se encuentra posiblemente la clave que permite una lectura más adecuada de los motivos y funciones reales de las políticas de control social de la infancia. Si por una parte todos los aspectos represivos (el niño-delincuente) del derecho penal de menores se tiñen de una retórica (y una práctica) asistencialista, por la otra la cara asistencialista de esta política social acaba impregnada de una práctica (y una retórica) represiva. El resultado es la construcción de un sujeto bicéfalo indiferenciado: el niño abandonado-delincuente. La política que se deriva de esta compleja situación no puede ser otra que una política socio-penal.

El Estado no logra, no quiere o no puede proteger a la niñez sino en forma coactiva y previa declaración de alguna forma de incapacidad.

La historia del control social formal de la niñez, como estrategia específica, constituye un ejemplo paradigmático de construcción de una categoría de sujetos débiles, para quienes la protección lejos de constituir un derecho resulta una imposición. De ahí que si el término salvacionismo remite a las «buenas conciencias e intenciones» (argumentos contra los cuales resulta difícil oponer una racionalidad basada en la justicia o una justicia basada en la racionalidad), el término proteccionismo recoge toda la ambigüedad que se deriva del programa de la escuela de la Defensa Social. Protección de la niñez, subordinada a la protección de la sociedad. De este modo las normas del derecho penal de menores no pueden evitar reflejar las contradicciones implícitas en este contexto jurídico-cultural: la indistinción entre menor abandonado y delincuente, las sentencias de carácter indeterminado, la desaparición o en el mejor de los casos la función marginal que asume la institución de la defensa; todos ellos elementos característicos del derecho penal de 'menores', constituyen la prueba palpable de las modalidades concretas que asume esta situación.

Uno de los mejores ejemplos de este dualismo, que se traduce en la desaparición de aquellos derechos y garantías de los que goza el imputado o delincuente adulto, pueden encontrarse resumidos en las consideraciones de Von Liszt,³ cuyo pensamiento es ampliamente conocido. Clásico que bien podría ser denominado como un teórico del pensamiento garantista, en sus trabajos dedicados al niño delincuente-abandonado, Von Liszt se aparta plenamente de sus propuestas generales para el derecho penal de los adultos. En el ámbito del derecho penal de 'menores', desaparece la necesidad de la tipicidad de la conducta, pudiendo el poder coactivo del Estado extenderse también a los niños abandonados. El juez penal de menores debe tener la posibilidad de «optar» libremente entre pena y educación forzada. Una filosofía penal que encuentra su manifestación privilegiada en la ley penal alemana de menores de 1923.

Más allá de las reformas que sucesivamente se producen en el derecho sustancial, la estrategia del modelo proteccionista-salvacionista se articula sobre la base de la modificación de las normas procesales. Resulta imposible comprender cabalmente esta estrategia si no se hace referencia a un aspecto fundamental de la cuestión: la internacionalización del problema de la infancia. A escasos 12 años de la creación

³Sigo en este punto la detallada reconstrucción del pensamiento de Von Liszt, respecto del derecho penal de menores, realizada por M. Voss (1986).

del primer tribunal de menores, se realiza en París, en 1911, el Primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores. Difícilmente pueda imaginarse una concurrencia más nutrida que la que participó en dicho Congreso. Se encontraban presentes las máximas autoridades francesas en la materia así como delegados oficiales y de instituciones privadas de casi la totalidad de los países europeos y los Estados Unidos (tres son las presencias latinoamericanas, sin que nada permita suponer que no se trató de una participación meramente formal y marginal).

Los temas del Congreso (Actas, 1912) resultan altamente representativos del debate de la época, pudiendo resumirse en los siguientes tres puntos: a) ¿Debe existir una jurisdicción especial de menores?; ¿sobre qué principios y directivas deberán apoyarse dichos tribunales para obtener un máximo de eficacia en la lucha contra la criminalidad juvenil? b) ¿Cuál debe ser la función de las instituciones de caridad frente a los tribunales y frente al Estado? c) El problema de la libertad vigilada. Funciones de los tribunales después de la sentencia.

El propio temario del Congreso, que abrí, el camino para la aprobación unánime de la creación de los tribunales de menores franceses un año después, ofrece algunas indicaciones de considerable importancia. La segunda parte del primer punto pone en evidencia el carácter meramente retórico acerca de si debe existir una jurisdicción especial de menores. El detalle tiene su importancia ya que el fuerte moralismo que impregna todos estos temas determina la existencia de un altísimo nivel de consenso. Salvo pequeñas excepciones, las contradicciones en este campo de lo jurídico se caracterizan por la marginalidad y banalidad de los argumentos. Tampoco puede pasarse por alto el hecho de que la segunda parte de la primera pregunta ofrece las bases que permitirán subordinar la tarea de salvaguarda de los niños a las exigencias de la defensa social. El segundo tema por su parte legítima, dando por descontado, la participación de instituciones de carácter privado en la delicada tarea del control de la infancia. El tercer punto constituye uno de los aspectos más espinosos del derecho de menores, que conserva toda su vigencia y que se refiere fundamentalmente a la imposición de condenas de carácter indeterminado, así como a la intervención de la justicia penal respecto de comportamientos no criminales de los menores.

Pero la verdadera importancia del Congreso de París no proviene ni de la enorme adhesión que recoge ni de su representatividad en el mundo político-judicial. Su carácter decisivo en la historia del control socio-penal de los niños radica sobre todo en el hecho de que por primera vez se exponen en forma sistemática todos aquellos temas que con pequeñas variaciones constituyen, hasta hoy, una constante

recurrente en la abrumadora mayoría de los discursos oficiales sobre el menor «abandonado-delincente».

Dos son los motivos más importantes, declarados por el Congreso, que sirven para legitimar las reformas de la justicia de menores: las espantosas condiciones de vida en las cárceles, en las que los niños eran alojados en forma indiscriminada con los adultos y la formalidad e inflexibilidad de la ley penal, que obligando a respetar, entre otros los principios de legalidad y de determinación de la condena, impedían la tarea de represión-protección, propia del derecho de menores. La atribución de un carácter revolucionario a estas reformas por parte de sus receptores - el contexto latinoamericano resulta un buen ejemplo de ello - constituye una interpretación subjetiva y absolutamente errónea.

Si el siglo XVIII fija la categoría social del niño tomando como puntos de referencia la escuela, al inicio del siglo XX se asiste a la fijación de la categoría socio-penal del niño que tiene como puntos de referencia la «ciencia» psicológica y una estructura diferenciada de control penal. Para que el Estado pueda ejercer las funciones de «protección y control» (resulta imposible separar ambos términos), es necesario modificar radicalmente los principios procesales propios del derecho iluminista. Ello se logra, en primer lugar, anulando la distinción entre menores delincuentes, abandonados y maltratados, una propuesta que había encontrado un eco concreto en la Resolución III del VII Congreso Penitenciario realizado en Washington en 1910.

Pese a las funciones centrales que otorga a las instituciones privadas, el Estado se reserva en la práctica de este sistema la organización y supervisión de una asistencia socio-penal, no disturbada por exigencias de seguridad o garantías jurídicas. Se sientan de este modo las bases de una cultura esta tal de la asistencia, que no puede proteger sin una previa clasificación de naturaleza patológica. Una protección que sólo se concibe en los marcos de las distintas variantes de la segregación y que por otra parte reconoce al niño, en el mejor de los casos, como objeto de la compasión pero de ningún modo como sujeto de derechos.

El proteccionismo salvacionista en América Latina

De modo similar que en otros campos del derecho, los juristas latinoamericanos redescubrirán el problema del control socio-penal de los menores en un esquema conceptual previamente formulado. Una mayor influencia de las corrientes antropológicas en criminología, más los problemas derivados del proceso masivo de in-

migración, en muchos países de la región constituirán los rasgos diferenciales de un problema, del que sólo se sentarán aquí algunas bases para la discusión.

Falta aún en América Latina investigaciones que en el campo de la historia social den cuenta de la especificidad de proceso que crea y fija la categoría de niñez.⁴ Resulta claro, sin embargo, que el descubrimiento del niño 'delincuente-abandonado' como problema específico en el campo del control social, remite a los comienzos del siglo XX. Hasta bien entrado el siglo XIX, el retribucionismo contractualista de los (incipientes) códigos penales imperantes, acostumbraba distinguir con cierta claridad entre menores delincuentes infractores de la ley y menores abandonados o en estado de peligro moral. En términos generales se fijaba la edad de nueve años como límite de la inimputabilidad absoluta, adoptándose para los mayores de dicha edad los confusos criterios del discernimiento para decidir, por parte de los jueces penales ordinarios, la posibilidad de aplicar las sanciones correspondientes⁵.

Es obvio que el movimiento que se estaba gestando en Europa y que sucintamente fue descrito en el punto anterior, no podía pasar inadvertido en América Latina. El positivismo científico criminológico, importado en su versión antropológica más ortodoxa, aunque como podrá apreciarse recubierto de un manto psicologista, encontró en el problema de los menores un campo ideal para extender y consolidar su poder frente a los representantes del dogmatismo jurídico.

Bajo el telón de fondo de los agudos conflictos sociales, generados por una reubicación subordinada en el mercado internacional durante las primeras décadas del siglo XX, la creación de una legislación socio-penal específica para los menores aparecía como la respuesta más adecuada, aunque como se verá insuficiente (incluso desde el punto de vista de sus propulsores) para el control de potenciales infractores del orden.

Contemporáneamente y en algunos casos con anterioridad a algunos países europeos, fue sancionada legislación específica en la materia, en 1921 en Argentina, en 1923 en Brasil, en 1927 en México y en 1928 en Chile, sólo para dar algunos ejemplos. Si se toma la Argentina como caso paradigmático,⁶ puede percibirse que las

⁴Existe un recién publicado trabajo de investigación sobre la historia del control social de la infancia, desde sus orígenes hasta la creación de los Tribunales o leyes específicas de menores, con Argentina, Colombia, Costa Rica, Uruguay y Venezuela, cfr. (García Méndez-Carranza, 1990).

⁵Sobre este punto cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1984).

⁶Por complejas razones que no es el caso tratar aquí, puede afirmarse que las teorías y prácticas criminológicas en el contexto latinoamericano, durante fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, alcanzan su punto más alto de desarrollo en la Argentina. Por este motivo, determinar la dirección asumida por la política socio-penal hacia los menores en ese país, permite trazar - por lo menos sus

metáforas utilizadas para legitimar esta nueva estructura jurídica responden a la cosmovisión de la clase agropecuaria que dirigía los destinos del país. En las palabras del director de la Sección Menores de la Policía de Buenos Aires, los tribunales de menores⁷ se creaban: «...por la salud física de la raza, por su salud moral, por el porvenir de las nuevas generaciones, por la grandeza de la patria: es indispensable cuidar la cosecha humana y prestar a la infancia la atención que se merece... El gobierno y la sociedad argentina han dado repetidas pruebas de lo que les preocupa la solución de este problema con la promulgación de la ley 10.903; creando los Tribunales de Menores, la habilitación de la Alcaldía de Menores como casa de observación y clasificación médico-psicológica de la infancia abandonada y delincuente». (C. de Arenza, 1927, 36.)

Pero la nueva ley abre problemas nuevos. Uno de los más importantes se refiere a la intervención judicial frente a los casos de abandono material o moral de la infancia (es decir frente a aquellos comportamientos no «delinquentes»). Pese a que difícilmente pudiera concebirse una interpretación más amplia del abandono material o moral, que la contenida en el art. 21 de la ley 10.903 (denominada ley Agote, la que incluye «la venta de periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos...»), el hecho de que los jueces de menores sólo pudieran intervenir en los casos en que los menores comparezcan como autores o víctimas de un delito, planteaba un problema de central importancia para una cultura jurídico-política, que sólo concebía la protección como una forma de control represivo.

El empeño por borrar todo tipo de distinción entre menores delinquentes y abandonados se convierte en la profecía que se autorrealiza. C. de Arenza lo expresa con estas palabras: «Se da el caso de ser necesario en determinados casos simular o acusar al niño de una contravención, para que la acción protectora del Estado pueda realizarse en su beneficio» (p. 38). La cuestión de los menores abandonados-delinquentes es puesta desde sus orígenes en términos tales que sólo la eliminación de todo tipo de formalidades jurídicas constituye la única garantía eficaz de las tareas de protección-represión.

tendencias - en el resto de los países latinoamericanos. Existe un excelente trabajo (inédito) de reconstrucción histórica del desarrollo de la criminología en Argentina, realizado por R. del Olmo (s/f), sobre el que concretamente me apoyo para realizar estas afirmaciones.

⁷El término Tribunales de Menores resulta en realidad un eufemismo para referirse a la legislación específica en la materia que preveía su creación. Los Tribunales de Menores fueron efectivamente creados, por primera vez, en Argentina, recién con la promulgación de la Ley 4664 de la Provincia de Buenos Aires, el 3 de enero de 1938. Sobre este punto cfr. O. Blarduni (1965).

Dicho con palabras de E. Zaffaroni (1984), es la minimización formal del control para lograr el máximo de represión material. Por ello es que, en términos generales, la política de reformas no se agota en la creación de una jurisdicción separada de la de los adultos. Se trata además de elevar en la medida de lo posible la edad máxima de la inimputabilidad, para aumentar cuantitativamente la franja de la población, en el mejor de los casos objeto de la protección, pero despojada de todas las garantías formales del proceso penal. Un jurista brasilero de la época ofrece una síntesis de estas ideas con una claridad que exime de todo comentario:

«El carácter principal de esos tribunales (de menores) es la simplicidad. Simplicidad en las prácticas de juzgamiento. Simplicidad en la aplicación de las medidas de carácter coercitivo... (un) tribunal numeroso equivaldría a la muerte de esta luminosa creación. Basta un juez para juzgar. Pero ese juez debe ser exclusivamente un juez para menores, no debe, no puede, ejercer otra función.

«Si en las grandes ciudades, o en las regiones donde el coeficiente de la criminalidad es más elevado, resulta necesario la creación de diversas especializaciones del crimen, también es imperioso que se designen jueces especiales para el juzgamiento de los menores. Tales jueces tienen la función espinosa y difícilísima de familiarizarse con ese mundo misterioso y quizás impenetrable que es el alma infantil. Cada uno de ellos será un juez calmo y amoroso, dedicado a su sacerdocio, juez-padre es la expresión que mejor debería caracterizarlo. Nada de formalidades perjudiciales. Nada de requisiciones públicas. Nada de acusación y de defensa.

«El criterio adoptado es éste: segregar al acusado del público, principalmente de otros menores. No admitir, sino en casos particulares, la acusación, que busca siempre ensombrecer el cuadro, argumentando la culpa del acusado, ni de la defensa que, intentando atenuar la culpa, podrá conducir al cerebro del menor a la convicción de que el hecho delictuoso de que es hecho reo es una banalidad, una acción trivial, perdonable, que podrá repetir a voluntad entregándose a sus pasiones, sin riesgo de punición.

«El juez actúa como padre. Es lo que afirma el juez tutelar de Chicago. Eminente juzgador de centenares de menores acusados de faltas más o menos graves» (L. Britto, 1924 I, 79-80).

La confianza ciega en la cientificidad de los instrumentos de la medicina, biología y sobre todo de la psicología criminal utilizados desde la óptica del positivismo determina objetivamente la destrucción del principio de legalidad. El delincuente -

sobre todo el niño - no es más el infractor comprobado de la Ley, sino toda una categoría de sujetos débiles a quienes los instrumentos científicos permiten exactamente detectar como potenciales delincuentes.

En relación al carácter indeterminado de la sentencia, demás está decir que, salvo escasas excepciones, el consenso al respecto resulta unánime. La posición del educador y jurista mexicano M. Velázquez Andrade constituye una de las pocas excepciones a la corriente dominante de la época. Es obvio, sin embargo, que no se origina en una preocupación por la ruptura del principio de legalidad, ni mucho menos por el temor a la violación de ciertas garantías jurídicas. Su posición responde a exigencias de eficacia en la tarea de represión de la delincuencia juvenil desde la óptica de la defensa social. Pero la posición de Velázquez Andrade resulta más curiosa aun si se toma en cuenta su firme determinismo biológico en la percepción de la delincuencia: «Al normal debe considerársele siempre como un delincuente en germen y tratársele con una profilaxis educativa y social adecuada» (M. Velázquez Andrade, 1932, 49). En todo caso es claro el contraste de su opinión con las ideas de su tiempo: «Conocemos muchos casos de delitos juveniles cuya causa es la incertidumbre de la duración de la reclusión que siempre se considera injusta. La resolución de un juez que sentencia reclusión ilimitada para un adolescente o joven, sin más término que el que se requiere para su educación o preparación para el trabajo, es contraproducente para el mismo interesado... Cuando el joven delincuente no conoce el tiempo que durará extinguiendo su pena lo vemos entregarse a un desfallecimiento moral constante, a una abulia difícil de vencer, a una repugnancia por todo esfuerzo aun en su propio beneficio; ...la conducta mala de esos jóvenes parece irreductible a términos deseables; no así la de aquellos que sentenciados a X tiempo es del todo distinta. Tienen una fecha siempre en espera de alcanzar; se observa en ellos un anhelo en no retardarla o alargarla con nuevos delitos o reincidencias: se esfuerzan por aparecer, si realmente no lo están, arrepentidos e influenciados por el tratamiento educativo, por el trabajo o por el ambiente higiénico de que están rodeados». (M. Velázquez Andrade, 85-86).

Citar la posición de Velázquez Andrade (haciendo abstracción de su estilo críptico) posee el doble motivo de, por una parte, mostrar los argumentos de una voz disonante respecto del delicado problema de la determinación-indeterminación de las sentencias y por la otra, comprender que dichas contradicciones no afectan la esencia de la cultura dominante en este plano de lo jurídico. Más aun, que la protección de los menores resulta subordinada a las exigencias de represión y control parece ser un punto fuera de discusión en el discurso de Velázquez Andrade. Los motivos

de carácter político-estructural señalados en términos generales al comienzo de este punto resultan transparentes.

Corrientes psicologistas y pedagógicas

Sin pretender en lo más mínimo reducir la enorme influencia de los desarrollos americanos y europeos en la política de menores latinoamericana, un balance provisorio de lo dicho hasta aquí podría conducir a la conclusión, errónea, de pensar que los proyectos y realizaciones en este campo en América Latina constituyen un mero reflejo de los acontecimientos en los países desarrollados. Existen algunas indicaciones en sentido contrario.

A partir de mediados de los años 30, se asiste en el campo de la teoría criminológica a un movimiento que teniendo como epicentro la Argentina se extiende a todo el continente. En los límites de la antropología criminal, se desarrollan cada vez con mayor fuerza corrientes psicologistas y pedagógicas que ponen en duda los fundamentos mismos de los mecanismos punitivos: la ley, el juez y la pena aparecen como los mayores «imputados».

Las conclusiones teóricas de estos desarrollos no permanecen en los estrechos límites de los gabinetes médicos o incluso de las universidades (cuya importancia en la época no debe subestimarse). Entre 1884 y 1937, cuatro proyectos de organización de instituciones para menores fueron presentados al Parlamento Argentino (1884, 1919, 1923, 1937), como puede apreciarse dos de ellos son anteriores incluso a la ley 10.903. Conviene transcribir aquí un breve extracto de los fundamentos del proyecto de 1923, ya que resulta altamente representativo de las ideas dominantes: «Aislar al menor - dice estudiarlo a la luz de la observación cotidiana, por el hombre de ciencia, significa poner de relieve la enfermedad: presentar el diagnóstico y ensayar el régimen de curación adecuado» (Diario de Sesiones de la H. C. de Diputados de la Nación del 16 de agosto de 1923).

Los términos del conflicto dominante en la época hacen referencia al contraste de un enfoque médico-psicológico de la criminalidad. El problema de la inimputabilidad aparece explícita o implícitamente al centro del debate. Demás está decir que las corrientes médico-psicológicas se batían por un aumento de la edad de la inimputabilidad en términos de las leyes penales. La asunción consecuente de estas posiciones conduce paradójicamente a exigir la abolición de los Tribunales de Menores (o de la legislación específica relativa según el caso).

En los términos en que la cultura dominante concibe la protección de sus sujetos más débiles, las únicas formalidades admitidas son las de carácter puramente disciplinaria. Independientemente de las intenciones declaradas, las corrientes psicológicas de la antropología criminal cumplen objetivamente la tarea más gigantesca de negación y mistificación de los profundos conflictos estructurales que atraviesan a las sociedades latinoamericanas.

En las décadas del 40 y 50 comienza un lento y contradictorio proceso de deligitación cultural de las distintas corrientes biopsico-antropológicas que fundamentan el derecho de menores. Ello no significa, sin embargo, en los hechos, una alteración radical de los rasgos esenciales de la política anterior. La indeterminación de las condenas, la confusión entre menores delincuentes ya abandonados, la lucha permanente por el aumento o disminución de la edad de la imputabilidad penal, pero por sobre todo el ejercicio de la «protección» a través de las múltiples variantes de la segregación, permanecen como temas (y hechos) centrales en el discurso y la práctica oficiales.

El rasgo más característico, a partir de la década del 40, aparece representado por la internacionalización y la sociologización del tema menores. El primer elemento no es nuevo, los Tribunales de Menores habían sido un tema central del III Congreso Latinoamericano de Criminología celebrado en Buenos Aires en 1939. A propósito de este último congreso resulta interesante poner de relieve que en sus resoluciones aparece objetivamente expuesta una contradicción que la política de protección-represión no ha podido resolver hasta hoy. En el mismo texto del proyecto de declaración se establece «que la distinción entre menores delincuentes y menores abandonados es ineficaz para el mejor tratamiento de los mismos»; y unas líneas más adelante, «que el principio de la estricta legalidad de los delitos y de las sanciones debe mantenerse en el derecho positivo como garantía de las libertades individuales que consagran todos los regímenes democráticos de América».

De todos modos será recién con la introducción de las corrientes sociológicas norteamericanas sobre el tema menores, que la internacionalización del discurso comienza a adquirir mayor peso. El problema de los menores es tema del I Congreso Panamericano de Criminalística, Santiago de Chile, 1944; del I Congreso Panamericano de Medicina, Odontología Legal y Criminología, la Habana 1946; de la I Conferencia Panamericana de Criminología, Río-San Pablo, 1947; del Seminario Latinoamericano sobre Prevención del Delito y tratamiento del Delincuente, Río de Janeiro, 1953 y del II Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino, San Pablo, 1955 (para citar sólo los más importantes).

Nuevas formas de segregación

Pero la internacionalización del discurso sobre el menor, que alcanza su punto más alto en la década del 60, no puede reducirse a un mero intercambio de enfoques, originados en distintos contextos nacionales. La hegemonía de las teorías criminológicas norteamericanas, durante dicho período en el contexto latinoamericano, difícilmente se exprese en otra área con más fuerza y claridad que en el campo de la Juvenile Delinquency.

Vagas referencias de carácter estructural, desajustes emocionales, fallas en la personalidad y padres divorciados, sustituyen a la anormalidad física, la decadencia de la raza y la amoralidad de los inmigrantes, en la legitimación de las recurrentes prácticas de clasificación, segregación y privación de todo tipo de derechos y garantías. En nombre de la reeducación, las medidas tutelares se constituyen en el eufemismo que designa y legitima las nuevas formas de segregación. Una indicación interesante de este desarrollo es el uso esquizofrénico del término menor delincuente (infinidad de artículos hacen referencia, utilizándolo, al uso impropio del término menor delincuente). Pero la mala conciencia no se traduce, curiosamente, en lo más mínimo en un replanteo profundo o radical de los términos del problema. Por el contrario, la capilaridad del control social activo de los países desarrollados se refuerza como aspiración explícita y objetivo a lograr. En efecto, se afirma (para considerar sólo un ejemplo): «No puede medirse con la misma vara la situación en Chile y en los Estados Unidos». Mientras en nuestro país se considera, aunque impropia, delincente al menor que comete un acto, que de haber sido cometido por un adulto constituiría delito, en los Estados Unidos el término delincuencia comprende una gran variedad de actos o de formas de conducta que, en su mayoría, no son perseguibles cuando su autor es un adulto: por ejemplo, en la descripción jurídica de delincuencia entran las situaciones siguientes: faltar habitualmente a la escuela; ser incorregible; eludir la autoridad del padre o tutor; comportarse de manera inmoral o indecente; vagar de noche por las calles sin justificación; dedicarse a ocupaciones ilegales, etc.». (J. Peña Núñez, 1960, 9).

El principio de legalidad resulta así un «lujo» para sujetos fuertes que, en el caso de la delincuencia de los adultos, muchas veces los mecanismos de criminalización secundaria se ocuparán de dar contenido concreto. Para los menores, el tratamiento reservado es otro «aunque el juez llegue a la conclusión de que el hecho no se ha cometido o que al menor no le ha cabido participación en él, si dicho menor se encontrase en peligro moral o material» (J. Peña Núñez, 1960, 18).

Hacia una legislación basada en los derechos humanos

Resulta casi una banalidad afirmar que los problemas de la infancia en América Latina se encuentran estrechamente vinculados al proceso de enorme deterioro económico por el que atraviesa la región. Las investigaciones en temas de pobreza y marginalidad arrojan resultados contundentes y aterradores. Por otra parte, no puede ignorarse que la reducción y solución de los problemas de la infancia, en el contexto de los países industrializados, responde en buena parte a un mejoramiento sustancial de la esfera económica, sumado a una creciente justicia fiscal en términos de redistribución del rédito nacional. Pese a ello, una toma de conciencia acerca de las perspectivas económicas inmediatas de la región debería evitar conclusiones paralizantes que no harían otra cosa que acentuar ulteriormente los efectos negativos de la crisis.

La situación de la infancia en América Latina plantea un doble desafío a la imaginación, que deberá explorar soluciones adecuadas tomando en consideración todos aquellos aspectos relativos a los costos económicos y sociales del problema. La tarea consiste en diseñar estrategias pobres (en tanto factibles), profundamente respetuosas de los derechos humanos. Sin necesidad de entrar en detalles de tipo casuístico, puede afirmarse que las convenciones y reglas de carácter internacional e interamericano ofrecen puntos de referencia objetivos a partir de los cuales es posible repensar buena parte de la legislación para la infancia-adolescencia.⁸

El nivel normativo o fáctico de los sistemas legales dedicados a la infancia-adolescencia resulta muchas veces en evidente contradicción con las disposiciones contenidas en las normas relativas a los derechos humanos. Los problemas más acuciantes a los que ya de una u otra forma se ha hecho mención, se concentran en un punto y del que se derivan todos aquellos elementos negativos, que en un programa de reformas deberá afrontar: la indistinción entre menores abandonados y delincuentes. Esto explica, en primer lugar, la existencia de políticas sociales fuertemente impregnadas de los aspectos represivos típicos del derecho penal de los adultos y una política penal de menores que, legitimada por sus supuestos contenidos sociales, se permite la negación o violación sistemática de las garantías formales y de fondo

⁸Me refiero básicamente a: a) Las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing, adoptadas por la Asamblea General) por resolución 40/33 del 29.11.85); b) La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (aprobado por la Asamblea General el 20.11.89); c) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil; d) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Directrices y Reglas de RIAA); e) Pacto Interamericano sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

más elementales. Algunas propuestas de discusión pueden ofrecerse en este caso, haciendo referencia a la necesidad de una doble estrategia.

Si por una parte se trata de sustraer del ámbito de la justicia penal todos aquellos comportamientos no delinquentes, por la otra se trata de llevar adelante una profunda obra de decriminalización, comenzando por aquellas situaciones que la justicia penal sólo contribuye a agravar ulteriormente. Resulta obvio que el cambio - posible - de las dimensiones que aquí se esboza, no se logra sólo con profundas transformaciones de carácter normativo. Es necesario apuntar también a un cambio en los patrones culturales de percepción y autopercepción de las nuevas formas de pobreza y marginalidad.

Es preciso despojar de todo tipo de contenido penal represivo a la política social de la infancia-adolescencia, lo que no debe implicar, sin embargo, un abandono de los controles judiciales (no penales) frente a los casos en que las circunstancias lo hagan conveniente. Afortunadamente, se asiste en buena parte de América Latina a una toma de conciencia real (y en muchos países inédita) acerca de los valores de la democracia. Los valores del estado social de derecho, que puede y debe crecer en América Latina, deben necesariamente reflejarse en cada uno de los ámbitos específicos de la normativa jurídica.

Para una vigencia de los derechos humanos, resulta mucho más coherente juzgar de acuerdo con los más estrictos principios de la legalidad, con todas las garantías que ello implica y luego establecer formas diferenciadas de ejecución (o no) de las penas, respecto de los sujetos débiles de la sociedad. La situación es compleja, ya que tampoco el apego a las garantías individuales debe servir como coartada para ignorarlo o desentenderse de las enormes diferencias que imperan en nuestras sociedades.

Es necesario por otra parte diseñar políticas sociales que, replanteando profundamente el nexo tradicional, pobreza-marginalidad-criminalidad, se conviertan objetivamente en las más adecuadas políticas de prevención. El lenguaje de estos cambios no puede ser ni inocente ni neutral. Las políticas e instrumentos de intervención social deberán ser capaces de considerar en forma simultánea los fenómenos de la marginalidad y la normalidad. Unica forma de eliminar las consecuencias estigmatizantes reales que se derivan del enfoque tradicional: menor abandonado-menor delincuente.

No creo que sea exagerado afirmar que en las últimas décadas la función propulsora de las Naciones Unidas (de sus organismos competentes y otras organizaciones no gubernamentales) ha sido y es de una importancia decisiva en la tarea de consolidar y acelerar el proceso de toma de conciencia al que varias veces se ha hecho mención. Un hecho que no hace más que aumentar las responsabilidades futuras en este campo. Más concretamente, «Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores» constituyen una herramienta formidable para rediscutir, desde una perspectiva respetuosa de los derechos humanos, la problemática de la infancia a nivel nacional e internacional. En este sentido, la mayor responsabilidad a la que se aludió debe comenzar por poner en tela de juicio aquellas partes de las «Reglas Mínimas» que contradicen parcial o totalmente los principios que aquí se proponen.

El punto 2, sobre el «Alcalce de las reglas y definiciones utilizadas» (luego de establecer de acuerdo con un estricto principio de legalidad que DELITO «es todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate»; define al «menor» delincuente como «todo niño o joven al que se ha imputado de la comisión de un delito, o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito». Debería ser obvio que denominar (menor) delincuente a quien ha sido sólo imputado de la comisión de un delito supone, además de invertir la carta de la prueba, una flagrante contradicción con otros principios generales básicos del derecho. Se argumenta en este caso, en defensa de la definición utilizada, que la misma corresponde a la necesidad de proteger los derechos básicos del menor. Se vuelve así, cerrando el círculo vicioso, al punto inicial de partida.

El desafío queda planteado en los términos de encontrar mecanismos de defensa de los sectores más desprotegidos de la sociedad, eliminando cualquier forma de estigmatización que los condene a algunas de las múltiples formas de incapacidad o segregación⁹.

Referencias

*Anónimo, ACTAS DEL TRIBUNAL POUR ENFANTS, 1ER. CONGRS INTERNATIONAL. - París, Imprimerie Typographie A. Davy. 1912; Los menores abandonados.

⁹Este desafío parece haber sido aceptado por Brasil. El 14.10.90 entró en vigor el «Estatuto del Niño y el Adolescente», texto jurídico que rompe radicalmente con la tradición «minorista» latinoamericana, adoptando la doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas. El Estatuto, inédito en su contenido y metodología de creación, fue pensado con miles de cabezas y escrito a miles de manos por el movimiento social brasilero. La separación neta de cuestiones penales de las cuestiones asistenciales y la municipalización de la política social, son sus principales características. Su análisis y discusión debería ser una obligación de los movimientos sociales latinoamericanos.

- *Arenza, Carlos de,
- *Blarduni, Oscar, PHILIPPINE PRISONS REVIEW. p36-41 - 1927; Zaffaroni, E. R. -- Delincuencia juvenil. Consideraciones Sociológicas y Jurídicas.
- *Britto, Lemos, REVISTA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y DOCENCIA CRIMINOLOGICAS. 9. p11-50 - La Plata-Buenos Aires, Argentina; El psicólogo en las cárceles y en las colonias para menores delincuentes.
- *Council of Europe, OS SISTEMAS PENITENCIARIOS DO BRASIL. - Río de Janeiro, Brasil, Imprenta Nacional. 1924; Política de la Infancia-Adolescencia en América Latina.
- *Del Olmo, Rosa, HISTORICAL RESEARCH ON CRIME AND CRIMINAL JUSTICE. SIXTH CRIMINOLOGICAL COLLOQUIUM. - Estrasburgo. 1984; Asistencia al menor delincuente.
- *Foradori, Américo, APUNTES PARA LA RECONSTRUCCION HISTORICA DE LA CRIMINOLOGIA ARGENTINA. - 1938; Delincuencia Infantil y Medicina.
- *García-Méndez, Emilio; Carranza, Elías, ARCHIVOS DE CRIMINOLOGIA, NEUROPSIQUIATRIA Y DISCIPLINAS CONEXAS. II, 4. p340-359 - Buenos Aires, Argentina, Depalma Editores. 1990; Sistema Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la represión material.
- *García-Méndez, Emilio, INFANCIA, ADOLESCENCIA Y CONTROL SOCIAL EN AMERICA LATINA. - Montevideo, Uruguay, Ed. de Gurises Unidos. 1990;
- *Instituto Interamericano de Derechos Humanos, CUADERNOS DE REFLEXION, SEMINARIO NACIONAL. ASPECTOS DE POLITICAS SOCIALES, JURIDICAS Y COMUNITARIAS EN RELACION AL NIÑO EN SITUACION DE CALLE. - Buenos Aires, Argentina, DePalma Editores. 1984;
- *Peña-Núñez, Julio, SISTEMAS PENALES Y DERECHOS HUMANOS EN AMERICA LATINA (PRIMER INFORME). - 1960;
- *Platt, Anthony, REVISTA CHILENA DE CIENCIA PENITENCIARIA Y DERECHO PENAL. X, 4. p5-22 - Chicago, USA, The University of Chicago. 1969;
- *Platt, Anthony, THE CHILD SAVERS. THE INVENTION OF DELINQUENCY. - London, England, The University of Chicago. 1969;
- *Ribeiro, Leonidio, THE CHILD SAVERS. THE INVENTION OF DELINQUENCY. - 1938;
- *Velázquez-Andrade, Manuel, ARCHIVOS DE CRIMINOLOGIA, NEUROPSIQUIATRIA Y DISCIPLINAS CONEXAS. II, 3. p224-228 - México, Editorial Cultura. 1932;
- *Voss, Michael, LA DELINCUENCIA JUVENIL. - Frankfurt, Germany, Campus Verlag. 1986;
- *Zaffaroni, E. R., JUGEND OHNE RECHTE. - Colombia, Universidad de Medellín;

Este artículo es copia fiel del publicado en la revista Nueva Sociedad N° 112 Marzo-Abril de 1991, ISSN: 0251-3552, <www.nuso.org>.