

De los delitos y de la infancia

Beloff, Mary A.

Mary Ana Beloff: Abogada argentina. Docente de Derecho Penal y Procesal Penal, Criminología y Derecho Penal de Menores en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora de la UBA en control sociopenal de la infancia. Miembro de la revista No hay derecho.

La infancia no es una categoría natural sino el resultado de una serie de definiciones del mundo adulto. A lo largo del siglo, y prácticamente desde el origen del control socio-penal de aquella, se dio entre los «menores» y las leyes una relación conflictiva, la que se acentúa a partir del nuevo paradigma que considera niños y jóvenes como sujetos de pleno derecho, con su consecuente ingreso a los mecanismos formales de control social - el derecho penal -. Debe reivindicarse el derecho como el mecanismo reductor de la violencia arbitraria, tanto por parte del Estado como de los ciudadanos, mediante un reconocimiento expreso de todas las garantías institucionales.

Empieza a sentir y siente la vida como una guerra...
El niño yuntero. Miguel Hernández

Parece que la ley no tiene nada que hacer frente al espectáculo sangriento ofrecido casi diariamente en las calles de las ciudades latinoamericanas. En Río de Janeiro matan meninos da ruaa plena luz del día frente a las puertas de una Iglesia. En Buenos Aires matan a jóvenes pobres en dudosos enfrentamientos con las fuerzas de seguridad, en los que curiosamente casi siempre los muertos son los presuntos agresores. Parece que la ley no tiene nada que ver con que, en la República Argentina, el mayor porcentaje de población joven sin trabajo se dé entre los 15 y los 19 años (16,5%), con que el 50% de la población carcelaria de la provincia de Buenos Aires sea menor de 26 años o con que sólo el 8% de la población joven pueda acceder a la Universidad. Definitivamente, parece que la ley no tiene nada que ver ni tiene nada que hacer con los problemas que cada día enfrentan los niños y jóvenes latinoamericanos.

Sin embargo, la ley crea obligaciones, derechos, garantías, tanto para los Estados como para sus ciudadanos. La ley crea delitos que no existen más que como la conducta requerida para que se aplique un castigo a alguien. Y si un castigo es sin duda aquella aflicción intencionada de dolor por parte del Estado a un ciudadano que hizo aquello prohibido, no es menos castigo cualquier otro sufrimiento, cualquier otro dolor que padezca un habitante cualquiera de un país: ser muerto en las calles, estar preso, no tener trabajo o no poder estudiar.

La confusión de niveles es deliberada, como lo es la ausencia del derecho en todas estas cuestiones, como lo es la ausencia del Estado en el desarrollo de políticas sociales, en su rol de monopolizador del uso de la violencia y de custodio de los derechos humanos de sus ciudadanos. Evidentemente, nada tienen que hacer ni que ver el Estado y el Derecho frente a dolores/castigos privados. Pero el rol de ambos se torna relevante a la hora de impartir las directivas respecto de cómo se reparte intencionalmente el dolor/castigo público. O en todo caso, en un Estado de Derecho, al tiempo de decidir qué conductas pueden ser sancionadas y qué sufrimientos deben ser evitados.

En el universo de la infancia, la confusión en los castigos fue producto de un malentendido. Para la sociedad «adulta» los niños y jóvenes nunca fueron considerados ciudadanos. Fueron en todo caso inimputables, menores, incapaces a quienes había que proteger. El malentendido consistió, precisamente, en que tanto el Estado como algunos sectores representativos de la sociedad civil, diseñaron estrategias de control/protección plasmadas en leyes que impusieron el castigo ilimitado a un grupo de actores sociales caracterizados por tener pocos años de vida y pertenecer a las capas económicamente menos favorecidas de la sociedad.

Con alguna demora - casi dos siglos y medio después - el mundo adulto reconoce que las garantías que en un opúsculo postulara el marqués de Beccaria y con el que se diera formal origen al derecho penal moderno, deben ser respetadas también en relación a las personas menores de edad. Esto es lo mismo que decir que la ley debe claramente establecer cuándo, cómo, por hacer qué cosas y por cuánto tiempo, se va a castigar a una persona, sea adulto o niño. Con alguna demora se va aclarando la confusión, al menos la legal. La de la realidad se nos escapa.

La historia del malentendido

«Hasta aproximadamente el siglo XVII, el arte medieval no conocía la infancia o no trataba de representarla ; nos cuesta creer que esta ausencia se debiera a la torpeza

o a la incapacidad. Cabe pensar más bien que en esa sociedad no había espacio para la infancia»¹. Philippe Ariés se basa en sus análisis del arte medieval para sostener esta afirmación. Sin embargo, hay algunos elementos que la relativizan. En tal sentido es posible encontrar crónicas medievales sobre la «Cruzada de los Niños», que conmovió a Europa por 1212² y sobre la que Borges dijera «... yo agregaría que esa precisión no la hace menos legendaria y menos patética. ¿No observó acaso Gibon que lo patético suele surgir de las circunstancias menudas?»³

Así, los análisis del historiador medieval Paul Alphandéry ponen de manifiesto que estas legiones de niños rumbo a Oriente permitieron la renovación y la continuidad de las Cruzadas. Pero también remarca el hecho de que este movimiento no revelaba ninguna particularidad sino que se dirigía a buscar formas rituales más concientes, ortodoxas - como la de los Santos Inocentes - y ritos de expiación a través de la flagelación. Mitos y ritos de sacrificio que constituyeron la base de las Cruzadas, además de los aspectos mesiánicos que encarnaban tanto el cruzado ideal como, en ese momento de crisis y de necesidad de renovación, los niños «elegidos»⁴.

Pareciera entonces que la hipótesis de Ariés sigue en pie: la inexistencia o el lugar de lo extraordinario continúan alejando de la realidad, o en todo caso de la percepción del mundo adulto a los niños hasta bien entrado el Antiguo Régimen. Una vez «descubierta» la infancia - hacia fines del siglo XVII siguiendo la cronología de Ariés -, específicos mecanismos de control social se desarrollaron en torno de ella. El siglo XIX presenció un corte radical en el universo de la infancia que puso de un lado (en la escuela) a los niños y del otro (en el reformatorio) a los menores. Una fecha simbólica en esta división entre niños y menores es 1899, cuando en Illinois se crea el primer tribunal específico «para menores», sonada victoria de un movimiento social conocido en Estados Unidos como los «Salvadores del Niño» e integrado principalmente por hombres y mujeres de elevada condición social. Harto representativa de la ideología del movimiento es la intervención de uno de sus representantes: «... es más fácil y mejor prevenir el mal que curarlo; y en nada es más cierta esta máxima que en relación con la delincuencia. Destruir la simiente del crimen, secar sus fuentes, matarlo en el huevo, es mejor que la represión, y aun que la reforma del criminal. Pero pese a todo cuanto pueda lograr el sistema de instrucción pública mejor organizado y administrado, siempre quedará un considerable

¹Philippe Ariés: *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Taurus, Madrid, 1987.

²Cfr. Paul Aiphandery y Alphonse Dupront: *La evolución de la humanidad. La cristiandad y el concepto de Cruzada. Las Cruzadas (s. XII-XIII)*, Uteha, México, 1962, pp. 82 y ss. También Marcel Schwob: *La cruzada de los niños*, Tusquets Editores, (prólogo de Jorge Luis Borges), Barcelona, 1984.

³Jorge Luis Borges: prólogo a *La cruzada de los niños*.

⁴P. Aiphandery y A. Dupront: cit., p.106.

remanente de niños (en los Estados Unidos actuales no pueden ser menos de medio millón) a los que no lleguen estos sistemas. Su indigencia, su vida vagabunda, sus depravados hábitos, su condición harapienta e inmundia, impiden que los admitan en las escuelas ordinarias. De esta clase de desaharrapados es de donde se están reclutando continuamente nuevos criminales, y así seguirá siendo mientras se permita su existencia. Nacieron para el crimen, y para él los criaron. Hay que salvarlos»⁵.

Para salvarlos entonces se crearon, entre 1920 y 1930, los tribunales de menores de toda la región, imitando el modelo norteamericano: tribunales unipersonales cuyo titular encarnara las virtudes de un «buen padre de familia» y, consecuentemente con ello, tuviera omnímodas facultades de disposición sobre el menor, aunque ello implicara pasar por encima de la voluntad de sus progenitores; imposición de medidas de internación por tiempo indeterminado; indistinción entre menores infractores de la ley penal y menores abandonados; etc. Las leyes que implementaron estos tribunales fueron casi idénticas en todos los países y convirtieron al derecho penal de menores, desde su creación y fundamentalmente desde los discursos de sus «inventores», en un derecho no penal, en un derecho tutelar.

Precisemos. Si el derecho penal consiste en la realización del poder estatal que conculca con mayor intensidad el ejercicio de la libertad natural del hombre, con sus prohibiciones y mandatos, y, además, que afecta en mayor grado el ejercicio de las libertades o facultades garantizadas jurídicamente, con su medio de coerción característico - la pena y las medidas de seguridad y corrección y sus correlatos procesales -⁶, las leyes que durante todo el siglo se aplicaron a los niños y jóvenes en América Latina fueron leyes penales, por más eufemismos que se hayan utilizado en sus formulaciones. Instituto en lugar de cárcel, medida de tratamiento, readaptación tutelar o educativa en lugar de pena, protección en lugar de represión, de lo que se trató fue de una estrategia de control social caracterizada por convertir a los niños y jóvenes en objetos y por desconocer, en consecuencia, todos los derechos que como sujetos, como personas humanas, les correspondían.

Con el telón de fondo del positivismo, de justificaciones de la pena por consideraciones de prevención especial y en consecuencia, de un modelo político-criminal de pura defensa social, todas las personas menores de edad que no se socializaran a

⁵ Enoch Wines (1880), cit. por Anthony Platt: Los «Salvadores del Niño» o la invención de la delincuencia, Siglo XXI, México, 1988, p. 10.

⁶ Julio B. J. Maier: Derecho Procesal Penal Argentino, (T. 1b.). Fundamentos, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 18.

través de los mecanismos informales de control social ⁷, serían «resocializadas» a través del derecho penal (en sentido material). Una de las tantas inconsistencias teóricas de este planteo radicó en pretender la «resocialización» de un «asocial», como eran considerados, por ejemplo, en la Argentina de comienzos de siglo, los hijos de los inmigrantes europeos de tendencias anarquistas o de izquierda en general que trabajaban con sus padres vendiendo publicaciones en la calle⁸. El ejemplo no es caprichoso. La ley argentina de Patronato de Menores N° 10903 considera como uno de los supuestos de estado de abandono o riesgo moral o material el desarrollo de ese tipo de actividades.

Conviene a esta altura recordar que la consecuencia necesaria de encontrarse en alguno de los supuestos de los que la ley define como de abandono o riesgo moral o material es la aplicación de una medida «rehabilitadora», «tutelar», «socioeducativa» (hay muchas formas de referirse al castigo) por tiempo indeterminado. Recordemos que para la «doctrina de la situación irregular» defendida por los «Salvadores del Niño» lo importante era proteger, curar, readaptar, nunca castigar. Tuvo que pasar mucho tiempo hasta que la pena, paradójicamente, el castigo explícito, fuera requerido como una garantía de los sujetos, como un aspecto más del reconocimiento de los menores de edad como personas. Es interesante - para entender luego la trascendencia de la reacción a este modelo perverso relatar someramente qué dicen algunas de las legislaciones minoriles de la región al respecto.

El art. 5 del Código de Menores de Guatemala del año 1979, en el Título II dedicado a la protección del menor en situación irregular, señala que se considerarán tales a «aquellos que sufren o estén expuestos a sufrir desviaciones o trastornos en su condición fisiológica, moral o mental y los que se hallen en abandono o peligro»; el art. 114 del Código del Menor de Bolivia de 1975 señala que la conducta irregular puede ser leve o aguda, leve cuando se debe a ligereza o torpeza del menor y aguda, cuando es renuente a los tratamientos bio-psico-pedagógicos, a los que deberá ser sometido un menor en caso de cometer alguna falta o contravención de las definidas en el art. 119, entre otras, inasistencia a establecimientos educativos, consumo de tóxicos o bebidas alcohólicas, o la sola concurrencia al lugar donde se les expendía, mendicidad, desobediencia o irrespetuosidad a padres, maestros, etc., realizar viajes o excursiones sin autorización de la Dirección Regional del Menor, ma-

⁷ Sobre los problemas que plantea la categoría de «control social» y las distinciones entre mecanismos formales e informales o pasivos y activos, ver Stanley Cohen: Visiones de control social, PPU, Barcelona, 1988.

⁸ Es de destacar que un debate similar al que se dio al sancionar la Ley de Patronato de Menores había tenido lugar veinte años antes (en 1902) cuando el Parlamento aprobó la mal llamada y siempre cuestionada Ley de Residencia N° 4144, destinada a la expulsión de extranjeros y que rigió hasta 1958.

nejar vehículos, integrar o promover agrupaciones políticas partidarias (!), organizar pandillas juveniles, etc.; y los arts. 98 y 99 del Código de Menores de El Salvador, donde se enumeran todas las actividades que puede hacer una persona menor de edad como de abandono o bien como de peligro o riesgo, para luego agregar en un último inciso en el art. 98 que «se encuentren en situaciones análogas a las relacionadas en los números anteriores» y en el 99 «que denotaren cualquier otro tipo de conducta que constituya peligro para la sociedad»; por dar algunos ejemplos más que significativos.

Del solo cotejo de los enunciados normativos precedentes con cualquiera de las Constituciones liberales de nuestro continente puede advertirse la contradicción entre estas legislaciones y las garantías sustanciales y procesales que inspiraron al derecho penal desde sus orígenes.

Decíamos al comenzar este apartado que la sociedad premodernas no tenía espacio para la infancia. A lo largo de este siglo la modernidad le dio un espacio, aunque de la negación. Al definir a las personas menores de edad como incapaces, y asimilándolas de esta forma a quienes, dentro del mundo adulto, tenían alguna clase de trastorno mental grave - inimputables para la ley penal e incapaces para la ley civil - se negó a los niños y a los jóvenes su condición de sujetos de derecho. En una metáfora elocuente de lo que significó la «doctrina de la situación irregular», un pedagogo brasileño sostuvo que en ese marco se concebía la infancia como una «isla rodeada de omisiones»⁹: por lo que no era, no tenía, no sabía o no era capaz de hacer.

El vínculo entre la ley y los menores fue encubridor de su verdadero carácter punitivo, fue perverso y legitimador de una modalidad de control segregativa. De la de - construcción de ese vínculo y de la construcción de un espacio positivo de reconocimiento de la condición de sujetos de los menores de edad por parte del mundo adulto trataremos de dar cuenta en lo que sigue.

La hora de los niños

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional comenzó un lento pero firme camino en pos del reconocimiento expreso de los derechos humanos en textos normativos que obligaran a los Estados a respetarlos en cualquier circunstancia, incurriendo en responsabilidad internacional en caso de no hacerlo. Así, en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 2do. y la

⁹Se trata de Antonio Carlos Gomes da Costa, miembro de la Comisión Redactora del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil y presidente de la Fundación Brasileña para la Infancia y la Adolescencia.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su art. 7; en 1966 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 10 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus arts. 9, 10, 14 y 24; en 1969 la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en sus arts. 19, 24 y 25; y, finalmente, el 20 de noviembre de 1989 en Nueva York, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, consagraron todos los derechos y garantías inherentes a la persona humana y, específicamente, a las personas menores de edad, recuperando a los niños y a los jóvenes como sujetos de derecho.

Este nuevo paradigma normativo está integrado además por otros instrumentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que para los Estados signatarios tienen los pactos, tratados o convenciones, continúan con la línea evolutiva de respeto irrestricto de los derechos humanos de los niños y jóvenes iniciada en 1948. Se trata de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, conocidas como Reglas de Beijing y aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985; y de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil conocidas respectivamente como Reglas y Directrices de Ryad, aprobadas en 1991. Paralelamente a la ratificación de la Convención Internacional por la casi totalidad de los países del mundo, muchos de ellos reformaron sus legislaciones para cumplir con el mandato de la Convención de asegurar en el orden interno los derechos y garantías en ella reconocidos expresamente.

Sin embargo, la reforma de las legislaciones luego de la ratificación de la Convención lamentablemente no siempre trajo aparejadas legislaciones respetuosas de la condición de sujetos de los niños y jóvenes y, muy por el contrario, pese a las barrocas declamaciones de los artículos introductorios, ha continuado en algunos casos la doctrina de la situación irregular¹⁰. De ahí que sea necesario una y otra vez remarcar el hecho de que la incorporación de la Convención - y de todos los otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos - al orden jurídico interno de cada país no se limita a la ratificación, al depósito o al reconocimiento discursivo de su importancia moral. El hecho de ratificarla implica asumir el compromiso de dar real cumplimiento a las normas consagradas en su texto.

Latinoamérica fue testigo de una reforma radical de las legislaciones de la infancia y la juventud en Brasil, resultado de una amplísima movilización social, al mismo

¹⁰Ejemplo claro de este tipo de legislación es el Código del Menor de Colombia del 27 de noviembre de 1989.

tiempo que en los foros internacionales se debatía la aprobación de la Convención. Básicamente se otorgó rango constitucional a los derechos de los niños¹¹ y se redactó un Estatuto que en muchos aspectos se presenta como más garantizador que la propia Convención. Se trata de la ley federal 8069 del 13 de julio de 1990, que sancionó el Estatuto del Niño y del Adolescente. Esta ley fue Producto de un largo Proceso que quebró con la tradición del paradigma menor: objeto de tutela y compasión represión, y adoptó el de la doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas: niños y adolescentes como sujetos plenos de derecho. La ley distingue y separa claramente las cuestiones asistenciales, propias de las políticas sociales y de las que se encargarán los Consejos Municipales y Estaduales - situación que en el modelo anterior era captada por el derecho penal y determinaba la institucionalización injustificada de niños y adolescentes, y que sigue haciéndolo en los otros países del área de la práctica de lo que denomina «acto infractor» llevado a cabo por menores de 18 años.

Esta distinción que en el caso de los adultos parece irrisoria¹², en el universo de la infancia es trascendental. Permite recuperar en su totalidad al grupo social que un siglo antes había sido dividido. Devuelve al universo de la infancia su unidad; y, a partir de ese momento, la responsabilidad de que a una persona menor de edad le violen sus derechos (a estudiar, a comer, a tener una familia, a divertirse, etc.) es del Estado, de la comunidad o de su familia; no más del propio niño víctima de la falta de políticas sociales adecuadas. Se dice, a partir de aquí, que quienes se van a encontrar en «situación irregular» cuando haya un chico en la calle van a ser el Estado o la sociedad civil. Insistimos, no más los chicos.

Las diferencias con el paradigma anterior son notorias. No se trata sólo del contenido de la ley. Se trata también de las características del proceso que le dio origen. Quebrando otro paradigma - el de las leyes hechas en los «laboratorios» de los expertos en «minoridad»-, el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil de erige como el resultado común y auspicioso de la articulación positiva de tres fuerzas: el

¹¹Hubo dos enmiendas de iniciativa popular, con más de 200.000 firmas de electores «Niño y Constituyente» y «Niño-Prioridad Nacional» cuyos textos fueron fundidos y acabaron entrando en la Constitución con 435 votos a favor y 8 en contra, en el art. 227 que dice: «Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al esparcimiento, a la capacitación profesional, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de ponerlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, crueldad y opresión». Cfr. Antonio Carlos Gomes da Costa: «Del menor al ciudadano niño y al ciudadano adolescente» en AAVV: Del revés al derecho. La condición jurídica en América Latina. Bases para una reforma legislativa, UNICEF/UNICRI/ILANUD/Galerna, Buenos Aires, 1992, p. 131 y ss.

¹²A nadie se le ocurriría en un Estado de Derecho y, si se le ocurriera difícilmente encontraría argumentos normativos, privar de libertad por tiempo indeterminado a una persona adulta por ser pobre, no tener casa, trabajo, etc.

mundo jurídico, representado por jueces, promotores de justicia, abogados y profesores de derecho, las políticas públicas, representadas por asesores progresistas del organismo gubernamental competente y por dirigentes y técnicos reunidos en el Foro Nacional de Dirigentes de Políticas Estaduales para el Niño y el Adolescente; y el movimiento social, representado por el Foro Nacional Permanente de las Entidades No Gubernamentales de Promoción y Defensa de los Derechos del Niño y del Adolescente¹³.

Aunque con «mala conciencia»¹⁴, los juristas preocupados por los derechos de los niños y de los jóvenes latinoamericanos estamos tranquilos. Después de más de dos siglos, el mundo adulto ha decidido reconocerles su condición de sujetos y en particular a los jóvenes infractores de la ley penal, todos los derechos y garantías que habían sido desconocidos sistemáticamente a lo largo de toda la historia de su control: igualdad ante la ley, principio de legalidad, principio de reserva, la garantía de juicio previo, de proceso legal previo, el derecho de defensa en juicio, el principio de inocencia y el criterio de culpabilidad por el acto. Lo que a esta altura no queda claro es si esta tranquilidad está justificada; si el hecho de que sobre el final del siglo XX se abandonen los eufemismos y los «como si» y se llame a los niños por su nombre es un triunfo o si la apropiación de los jóvenes por parte de un derecho penal deslegitimado, selectivo y generador de conflictos sobre el que se propugna su reducción al mínimo posible, es una derrota estrepitosa.

Utopía de un niño que está cansado

Hace un año ya, en una conferencia en la que se debatió públicamente la jerarquía de los derechos humanos de los niños en el ordenamiento jurídico argentino, un destacado constitucionalista, recordando a Bentham, señaló que los buenos deseos de que existan los derechos humanos no son los derechos humanos, que las necesidades no son el remedio y que el hambre no es el pan. Por tal motivo instó a que la Convención no se quedara en buenos deseos ni en un diseño de necesidades ni en

¹³A. C. Gomes da Costa cit, c. 147.

¹⁴ «El mundo de las seguridades y de la feliz ingenuidad - cuando se podía ser criminólogo de 'buena fe' - ha caducado de manera definitiva, precisamente en el momento en que se ha tomado conciencia de que esta sociedad no podía más explicarse como fundada en el consenso de la mayoría. El día en que el criminólogo tuvo que rendirse a la evidencia de que las definiciones legal es de criminalidad y de desviación no coinciden con la opinión mayoritaria de lo que debe considerarse justo y de lo que debe entenderse injusto, han empezado también para él las angustias, y angustias serias. Desde este momento, rota la certeza de una dimensión ontológica de la diversidad criminal, el criminólogo ha comenzado a jugar al escondite con su propia conciencia, escondiéndose, una y otra vez, detrás de la sentencia de teorizaciones capaces de legitimar este status quo legal, sino como el mejor ciertamente como el menos malo...» (Massimo Pavarini: Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, Siglo XXI, México, 3ª ed. 1992, p. 171).

una demostración del hambre porque, a su juicio, ella tenía que conducirnos a la plena vigencia de los derechos humanos para que los buenos deseos se cumplieran, al remedio para que las necesidades se abastecieran y al pan para que el hambre quedara definitivamente satisfecho¹⁵. Es difícil que la ley pueda cambiar la realidad. Es sabido que, por lo general, el derecho se acomoda torpemente a los cambios que con mucha mayor velocidad tienen lugar en la vida social. No obstante ello a los niños y jóvenes, en un momento de la historia de su control, la ley los desconstruyó en menores objetos de tutela y represión y, un siglo después, los reconstruyó en sujetos plenos de derecho. A lo largo de todo el siglo los defensores de la «doctrina de la situación irregular» sostuvieron que en América Latina existían excelentes leyes de «menores» pero que el problema con ellas era que no se las aplicaba convenientemente por falta de recursos. La historia del control sociopenal de la infancia demostró precisamente lo contrario. Las leyes realizaron sus fines a pie juntillas e inventaron una y otra vez a los «menores abandonados/delinquentes»¹⁶

Estamos corriendo el riesgo de convertirnos en los «Salvadores de los Niños» posmodernos. Tenemos excelentes leyes (la Convención en todos los países, el Estatuto en Brasil) que no se aplican: ¿por problemas de técnica legislativa, de falta de recursos o de insuficiente voluntad política? En Brasil siguen muriendo meninos da rua. En Buenos Aires también: los justicieros (privados o públicos), el hambre, el pegamento o la indiferencia. En todo esto el derecho tiene mucho que ver y todavía más que hacer. Se trata de la revolución política dirigida a sacar del ostracismo a las dos terceras partes de la población del continente. Se trata de la lucha por el Estado de derecho que es lo mismo que la lucha por extender la democracia a todos los habitantes de un país. Se trata, en definitiva, de la lucha por la ciudadanía.

... lo que hace que el poder sea bueno, lo que hace que sea aceptable, es simplemente el hecho de que no sólo pesa en nosotros como una fuerza que dice no, sino que atraviesa y produce cosas, induce placer, forma conocimiento, produce discurso. Es necesario considerarlo como una red productiva que corre a través de todo el cuerpo social y no como una instancia negativa cuya función es la represión¹⁷.

¹⁵ Se trata de Germán Bidart Campos: «La jerarquía normativa de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en el derecho argentino. La presunción de operatividad de los tratados internacionales de Derechos Humanos», en Ficha N° 1 editada por la Fundación Pibes Unidos y la carrera de especialización sobre problemáticas infanto juveniles del Centro de Estudios Avanzados de la Universidad de Buenos Aires, 1992. Esta exposición tuvo lugar en el marco de la Primera Jornada sobre Legislación Nacional y Doctrina de la Protección Integral de Niños y Adolescentes, realizada el 4 de septiembre de ese año en la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA.

¹⁶ Cfr. Del revés al derecho, cit., y también AAVV: Infancia, adolescencia y control social en América Latina, UNICRI/ILANUD/Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990.

¹⁷ Michel Foucault: Historia de la sexualidad, Siglo XXI, México, T. 1, 1984.

El derecho penal nunca sirvió para resolver problemas sociales. Con «muy mala conciencia» sólo se intentó y se sigue intentando utilizarlo para racionalizar el recurso de la violencia, llevándolo casi al punto de su extinción. El derecho de la infancia y la juventud, que con claridad aparta las cuestiones sociales de las penales, como derecho, tampoco puede dar soluciones o respuestas a los conflictos. Sólo puede servir como una meta hacia la que debe dirigirse la realidad (por aquella posibilidad de leer los instrumentos de Derechos Humanos como textos utópicos). Todos los esfuerzos por acortar el recorrido son bienvenidos.

Referencias

- *Aries, Philippe, EL NIÑO Y LA VIDA FAMILIAR EN EL ANTIGUO REGIMEN. - Madrid, España, Taurus. 1987; Platt, Anthony -- Del menor al ciudadano niño y al ciudadano adolescente.
- *Alphandery, Paul; Dupront, Alphonse, LA EVOLUCION DE LA HUMANIDAD. LA CRISTIANIDAD Y EL CONCEPTO DE CRUZADA. LAS CRUZADAS (S. XII-XIII). p82, 106 - México, Uteha. 1962; AAVV --
- *Schwob, Marcel, LA CRUZADA DE LOS NIÑOS. - Barcelona, España, Tusquets Editores. 1984;
- *Borges, Jorge L., PROLOGO A LA CRUZADA DE LOS NIÑOS. - México, Siglo XXI. 1988;
- *Wines, Enoch, LOS «SALVADORES DEL NIÑO» O LA INVENCION DE LA DELINCUENCIA. p10 - Buenos Aires, Argentina, Hammurabi. 1989;
- *Maier, Julio B., DERECHO PROCESAL PENAL ARGENTINO. FUNDAMENTOS. T. 1b. p18 - Barcelona, España, PPU. 1988;
- *Cohen, Stanley, VISIONES DE CONTROL SOCIAL. -
- *Gomes da Costa, Antonio C., DEL REVÉS AL DERECHO. LA CONDICION JURIDICA EN AMERICA LATINA. BASES PARA UNA REFORMA LEGISLATIVA. p131, 147 -

Este artículo es copia fiel del publicado en la revista Nueva Sociedad N° 129, Enero- Febrero de 1994, ISSN: 0251-3552, <www.nuso.org>.