

PREHISTORIA E HISTORIA DEL CONTROL SOCIO-PENAL DE LA INFANCIA: POLÍTICA JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

Emilio García Méndez

1. Prehistoria y orígenes de la infancia

La historia y la experiencia demuestran que el tema de la infancia-adolescencia puede ser abordado desde innumerables ángulos.

En este trabajo se pretende realizar un análisis de la categoría infancia-adolescencia desde la perspectiva de los diversos mecanismos y teorías utilizados a lo largo de la historia para su "control social" específico. Es importante aclarar que el término control social es utilizado aquí en un sentido que va mucho más allá de un uso restringido y frecuente, que lo equipara exclusivamente con prácticas manifiestamente represivas. En términos generales, pero mucho más aplicado a la infancia, el concepto control social pone en evidencia su carácter ambiguo de instrumento socio-penal.

Un abordaje como el propuesto significa, obviamente, rechazar las concepciones tradicionales de la infancia, que la consideran un dato ontológico, ahistórico y de validez universal.

El carácter ideológicamente falso de las concepciones tradicionales ha sido suficientemente demostrado. La infancia, tal como es entendida y representada en su acepción moderna, no existe antes del siglo XVI¹.

La infancia constituye el resultado de un complejo proceso de definiciones, acciones institucionales y cambios sociales en los sentimientos. Los mecanismos e ideas creadores de la infancia corresponden a los mecanismos e ideas creadores del control de la misma. *La historia de la infancia es la historia de su control*. Al mismo tiempo puede establecerse la hipótesis acerca de que el estudio del control (en el sentido amplio que aquí se da al término) de un grupo específico de la sociedad, ofrece elementos preciosos para entender el nivel general de desarrollo del conjunto del cuerpo social. La niñez constituye un ejemplo paradigmático.

De los mecanismos que contribuyen a la creación/control de la categoría infancia, la escuela ocupa sin lugar a dudas, un lugar central y de privilegio. Pero más allá de su carácter "creador", la escuela constituye el instrumento más importante de reproducción ampliada de la categoría que nos interesa. En este sentido, hasta por lo menos mediados del siglo XIX, *la historia de la infancia es la historia de la escuela*. Organizada desde sus orígenes bajo dos principios rectores, la obligación de denunciar y los castigos corporales, el valor cualitativo y cuantitativo de la escuela como instrumento de control social no puede ser subestimado. Sin embargo, no todos tienen acceso a la escuela y algunos, teniéndolo, son expulsados de ella. En estos casos, durante mucho tiempo, las formas de control supletorio funcionaron prácticamente en forma indiferenciada respecto del mundo de los adultos. Algunas referencias de control específico pueden hallarse en el derecho anglosajón del siglo XVII. Se trata, sin embargo, de hechos y situaciones absolutamente aisladas y esporádicas².

Con el comienzo del proceso de codificación europeo a partir del siglo XIX, empiezan a aparecer algunas disposiciones específicas para los "menores". Ellas se refieren básicamente a la introducción de la categoría jurídica del discernimiento, parámetro "objetivo" a ser determinado por el juez para decidir acerca de la conciencia o no del carácter perjudicial del acto. Resulta interesante el hecho de que en cuanto al lugar de cumplimiento de la pena, para este momento ya mayoritariamente representada por la pena privativa de libertad, no se establecía ningún tipo de diferencia respecto de los adultos. Las penas eran cumplidas en las mismas instituciones y con las mismas características, las que pueden ser resumidas en dos puntos fundamentales:

- a) Condiciones deplorables de existencia.
- b) Duración indeterminada de la condena, en el caso de que esta última hubiera sido pronunciada.

Me detengo un momento sobre este último punto, para analizar en forma breve algunas consecuencias reales de transformaciones colectivas -en su época percibidas como positivas- en los sentimientos de bondad y protección de la sociedad.

El triunfo de la Revolución Francesa acarrea cambios notables en las ideas y prácticas de control social. El control social se "humaniza" y juridifica. Es el nacimiento del Estado de Derecho. Desaparecen progresivamente los castigos bárbaros, y por sobre todo, la pena privativa de libertad se convierte en la pena más importante.

En una sociedad en la que el tiempo comienza a adquirir el valor de una mercancía, la pena privativa de libertad se convierte en la pena democrática por excelencia. El tiempo es la única propiedad que todos los hombres poseen por igual, y el tiempo de la condena puede ser matemáticamente determinado de modo que corresponda exactamente a la naturaleza del delito. La pena privativa de libertad por tiempo determinado es una conquista democrática que corresponde también a la nueva forma de organización productiva de la sociedad³.

Paradójicamente, quien queda fuera del proceso productivo queda fuera de esta conquista democrática. Los "menores", incorporados marginal y clandestinamente al proceso productivo, quedan fuera del discurso oficial sobre el proceso productivo y por ende, privados de esta conquista democrática. El derecho de menores, todavía inexistente, se creará sobre esta base jurídica cultural colmada de eufemismos y "como si". Cualquier semejanza con la actual consideración jurídica de la situación laboral de los menores no es pura coincidencia.

La legitimidad del derecho penal moderno, o lo que es lo mismo, la legitimidad de la pena, se asentará sobre la base del concepto jurídico de imputabilidad. Toda una categoría heterogénea de locos, mujeres, menores, etc., aparecerá en realidad estrechamente vinculada, tanto por el concepto real de vulnerabilidad cuanto por el concepto jurídico de inimputabilidad. Para ellos no habrá penas (ciertas temporalmente), sino medidas de seguridad (cuya duración depende de la situación de cada caso). Con los códigos penales del siglo XIX y sus disposiciones relativas al discernimiento, llegamos prácticamente al fin de la prehistoria del control socio/penal de la infancia.

2. De la infancia al "menor"

Es indudable que la revolución en los sentimientos, causa y efecto de la Revolución Francesa, fermentará durante todo el siglo XIX. Los Estados Unidos de la época constituyen un contexto ideal para el nacimiento de "empresarios y cruzadas morales". El estado de la cuestión penitenciaria⁴ y la condición de la infancia-adolescencia, constituyen motivo suficiente para el nacimiento del movimiento de los Reformadores. Tampoco me extiendo sobre este punto⁵, anotando solamente que se trataba de un

movimiento moralista de la clase media y alta, conformado básicamente por mujeres, que encontraron también en esta acción un método seguro de ascenso e interacción social.

Para fines del siglo XIX los Reformadores habían logrado hacer suyo y colocar el problema de la infancia en un lugar privilegiado de la percepción social. Pero las tareas de protección de la infancia no se llevan a cabo en un contexto políticamente neutro. La defensa de la sociedad es el parámetro último de legitimación de todas las acciones. Por eso no es de extrañar que la protección sólo pueda concebirse bajo las múltiples variables de la segregación.

Pero para las acciones que se legitiman a partir de la ideología de la defensa social, la infancia-adolescencia constituye una categoría demasiado heterogénea. La agudización de los conflictos sociales acelera la necesidad de encontrar un marco jurídico y de contención real de aquellos expulsados o que no tuvieron acceso a la institución escolar. En 1899 se crea en Illinois el primer Tribunal de Menores.

El nuevo marco jurídico es relativamente simple. Se trata de realizar las reformas procesales necesarias para otorgar al juez (que debía actuar como un buen padre de familia) poderes de carácter discrecional. Aquella porción de la infancia-adolescencia que por razones de conducta o de condición social entra en contacto con la compleja red de mecanismos de la caridad-represión, se convertirá automáticamente en "menor". Este es el nacimiento de una cultura de judicialización de las políticas sociales supletorias. Es decir, de tratar de resolver por medio de normas jurídicas, las deficiencias de las políticas sociales básicas. Unidos por el parámetro de la defensa social, entre los jueces y el movimiento social de los Reformadores se establece una clara relación de complementariedad.

3. Reformadores en América Latina

Con enorme velocidad los sentimientos e ideas impulsados por los Reformadores, son importados en América Latina. En cuanto a los problemas, estaban allí y no hacía falta importarlos. Se trataba de recrearlos en función de los nuevos enfoques predominantes. De los tantos aspectos que podrían ser tratados en esta parte, me interesa particularmente destacar las viscosidades de la traducción del nuevo marco legislativo, en una cultura jurídica que, como la latinoamericana, posee profundas diferencias con el sistema anglosajón. Las limitaciones que la tradición cultural europea continental imponen al juez, tienen que ser resueltas a través de una hipótesis pseudo-taxativa de intervención. Es decir, se trata de fijar criterios de intervención judicial, pero definidos con una amplitud tal que de hecho los convierten en omnicomprendidos. La creación de la figura del "menor en situación irregular", resulta la representación más acabada de lo anterior. El acento está puesto definitivamente en el tratamiento institucional de una conducta o condición que implica un desvío de las normas sociales (algunas de ellas consagradas penalmente) que se suponen mayoritariamente aceptadas.

Desde 1915 aproximadamente hasta los años 60, dos paradigmas de naturaleza -en apariencia- radicalmente divergente, se suceden en América Latina. Hasta 1940, las visiones bio-antropológicas recubiertas a veces de un matiz psicologista, operan como elemento legitimador de la institucionalización segregadora. En un momento en que todavía impera una idea colectiva del progreso indefinido, se trata de buscar causas ajenas a la voluntad del sujeto para explicar la conducta desviada. Es el proceso de medicalización de los problemas sociales, que nadie expresó mejor que un conocido psiquiatra de la época, el Dr. Américo Foradori, quien afirmaba:

"Insistiremos en el punto de vista clínico-psicopedagógico. Aquellos que hablan de la niñez

*abandonada y delincuente como problema social, sólo quieren ver las consecuencias de un proceso y no su génesis y evolución"*⁶.

Para fines de los años 40, la crisis del positivismo de base médica resulta irreversible. Las corrientes de la sociología funcionalista americana no son ajenas a la crisis acelerada del positivismo. Los menores abandonados-delinquentes son ahora en parte el resultado de deficiencias socio-estructurales, y en parte, el resultado de tensiones entre los fines culturales y los medios institucionales. Pero la radicalidad del cambio de paradigma es mucho más aparente que real. Dos aspectos de primordial importancia resultan inmutables:

- a) Ambas teorías asumen un carácter explícitamente etiológico y correccionalista. Es decir, se presentan como enfoques diversos para explicar las causas y solucionar los efectos de las múltiples formas que asume la conducta desviada de los menores.
- b) La institucionalización segregadora como mecanismo incuestionado de las tareas de defensa de la sociedad y protección del menor abandonado-delincente.

4. Políticas distribucionistas y estado asistencial

Las consecuencias prácticas de las nuevas corrientes son casi nulas. Las concepciones funcionalistas no trascienden en general el marco académico. Su aparición en la década del '50 coincide con una expansión del Estado en el campo de las políticas sociales básicas. La condición general de la infancia-adolescencia mejora significativamente. Los "menores" resultan en este contexto cuantitativamente residuales. Esta situación refuerza la imagen y función real del juez como de hecho formulador y ejecutor de políticas supletorias de contención. El movimiento de los Reformadores desaparece, reciclándose en pequeños grupos que practican aisladamente la caridad.

El carácter verticalista pero eficaz del Estado impide todavía la formación de movimientos sociales en el sentido moderno en que éstos son entendidos.

El viraje autoritario de la década del '70, incide en forma directa sobre esta situación. Es el inicio del fin de las políticas distribucionistas, la crisis fiscal del Estado. La reducción del gasto público en el área social afecta significativamente las políticas sociales básicas, aumentando el área potencial de intervención de las políticas supletorias.

Fracasada la economía y superada la religión como elementos de cohesión social, el Estado autoritario apela a una juridificación negativa de las relaciones sociales. Se invierte de hecho el principio liberal, "todo lo que no está prohibido está permitido"⁷.

Tendencialmente, en el contexto latinoamericano puede afirmarse que esta situación adquiere la forma de una judicialización del problema del "menor".

El carácter discrecional de la función judicial y el instrumento amplio de la "situación irregular", constituyen los soportes de esta política de subsidiariedad del Estado (eufemismo elegante para legitimar la reducción del gasto social). Obviamente la falta de recursos materiales y de retaguardias para sustentar las decisiones, determina que el juez formule en realidad "una ilusión de política social". Los eufemismos y los "como si" mitigan malamente el contacto con la realidad.

En este contexto surgen y se desarrollan los movimientos sociales, que intentan construir políticas alternativas en la tierra de nadie de las políticas sociales. No parece que sea necesario explicar en detalle, que la cultura de estos movimientos estará marcada por una profunda oposición y desconfianza, tanto frente a las políticas públicas

en general cuanto al derecho como instrumento de movilización social por condiciones de vida dignas y como mecanismo regulador de conflictos sociales.

En el proceso de recuperación de la democracia este cuadro tiende lentamente a revertirse.

Los movimientos sociales redescubren tímidamente la forma jurídica como herramienta de lucha y movilización. Es indudable que los acontecimientos actuales -por lo menos hasta donde podemos entenderlos- obligan a una radical redefinición de las funciones de los tres sujetos institucionales que conforman el universo de las políticas de la infancia-adolescencia: Estado (políticas públicas), movimiento social y mundo jurídico (que es mucho más amplio que el sólo segmento de los jueces).

5. Por un continente de y para la infancia-adolescencia

La lucha por la recuperación de formas democráticas de convivencia social coincide con un nuevo cambio de paradigma, esencialmente de tipo jurídico-cultural. La Convención Internacional de los Derechos del Niño, coloca al movimiento social frente al desafío concreto de ocuparse de lo jurídico-institucional. La respuesta ha sido positiva.

La Convención Internacional cancela definitivamente la imagen del "menor" como objeto de la compasión-represión, convirtiéndolo en el niño-adolescente sujeto pleno de derechos. Este es el estado actual de la situación en América Latina (en la que Brasil constituye una excepción).

6. Instrumentos internacionales, panorama legal nacional y actores institucionales

Los instrumentos internacionales específicamente dedicados al tema de la infancia ponen cada día más en evidencia su discrepancia con instrumentos de carácter nacional, contruidos sobre la base de la "situación irregular" y del tratamiento indiferenciado del "menor abandonado-delincente".

Investigaciones empíricas en curso parecen revelar la ineficiencia de muchas legislaciones nacionales para proteger los Derechos Humanos específicos de la infancia-adolescencia reconocidos por los instrumentos internacionales⁸. Los instrumentos internacionales a que hacemos referencia son básicamente:

- a) La Convención Internacional de los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General en noviembre de 1989 y actualmente en proceso de ratificación).
- b) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, adoptadas por la Asamblea General en noviembre de 1985).
- c) Los proyectos de Resolución I. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil y Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de Riad).

El proceso de transformaciones en la dirección de un creciente reconocimiento de la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos, es claro y dinámico en la evolución interna de la propia normativa internacional.

Las Reglas de Beijing en su punto 2.2.c. definen "menor delincuente a todo joven que se halle imputado o condenado por el cometimiento de una infracción" (definición que todavía paga tributo a una cultura jurídica que necesitaba segregar o condenar a algún tipo de incapacidad como requisito para otorgar protección). Más adelante en la parte de "Ampliación del ámbito de aplicación de las Reglas", el punto 3.1. establece: "Las disposiciones pertinentes de las reglas no sólo se aplicarán a los menores infractores sino también a aquellos que puedan ser procesados por realizar cualquier acto concreto

que no sería punible si fuera practicado por adultos". Esta disposición realizada con finalidades de protección, implica el reconocimiento de la inexistencia o irrespeto frecuente del principio de legalidad en el llamado derecho de menores. El avance en los instrumentos internacionales más recientes resulta evidente. El punto 54 de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil establece:

"A fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización e incriminación de los jóvenes, deberá promulgarse una legislación por la cual se garantice que todo acto que no se considera un delito, ni es sancionado cuando lo comete un adulto, tampoco deberá considerarse un delito ni ser objeto de sanción cuando es cometido por un joven". Pero más radicales aún son las transformaciones en la tal vez más delicada de las áreas: la privación de libertad. En primer lugar, en el punto II, relativo al Alcance y aplicación de las Reglas, las Reglas de Riad definen la privación de libertad en una forma que, eliminando cualquier tipo de eufemismo, impide su aplicación subrepticia o encubierta: "por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en otro establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor a su antojo, ordenado por cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública". Además, de múltiples disposiciones pueden inferirse algunos principios básicos de la privación de libertad, la que por otra parte es definida como una medida de última instancia, de carácter excepcional y de mínima duración posible, principios tales como el de intentar abolir las diferencias entre el mundo interno y externo. Es decir, tratando de abolir el carácter total de la institución, haciendo a ésta lo más dependiente posible de los servicios básicos corrientes para la población en general.

Hasta aquí algunos ejemplos que ilustran el cambio profundo que está aconteciendo en el paradigma de control de la infancia-adolescencia. Es obvio que de una u otra manera esta situación está sometiéndose, y va a someter aún más, a los tres actores institucionales a grandes tensiones. La dispersión e incomunicación entre ellos parece ser la característica distintiva de sus relaciones actuales

7. Bases para una política latinoamericana de la infancia-adolescencia

En primer lugar es preciso reconocer que en el estado actual de situación, ni las políticas públicas ni el movimiento social pueden seriamente revertir por sí solos los problemas más graves que afectan la condición de la infancia.

Es preciso politizar y al mismo tiempo despartidizar profundamente la cuestión de la infancia. Politizar en el sentido de que ninguna variable de importancia debe ser dejada de lado en el momento de trazar las estrategias de acción. Despartidizar en el sentido de que es necesario encontrar los mecanismos institucionales adecuados que consagren la cuestión de la infancia como cuestión de toda la sociedad.

El movimiento social está entendiendo la importancia de la dimensión jurídico-institucional del problema. La experiencia está demostrando que transformaciones legislativas en el ámbito nacional resultan imprescindibles para incorporar el nuevo paradigma y, más concretamente, para dar un sentido colectivo a los infinitos esfuerzos dispersos realizados en pro de la condición de la infancia. Una nueva legislación deberá reconocer también una articulación deliberativa y paritaria entre los movimientos sociales y las políticas públicas. No hay tiempo para que el Estado se reestructure en un proceso al margen de estas transformaciones. El Estado tiene el derecho y el deber intangible de trazar las políticas sociales básicas. Sin embargo, al mismo tiempo debería desarrollar la flexibilidad y capacidad necesarias para discutir con la sociedad civil, las políticas supletorias de protección de los sectores más vulnerables de la sociedad. Sin abandonar la lucha por el aumento de recursos en el área, es necesario formular estrategias de acción con base en los medios racionalmente disponibles. Si ya no es más

posible adaptar los recursos a tareas gigantescas heredadas de otras coyunturas, vale la pena intentar una reformulación de los programas en función de las disponibilidades reales.

En cuanto al mundo jurídico, éste se encuentra frente a una disyuntiva de hierro. Su pretendida autonomía se ha transformado en pura ideología. Las universidades y los centros de investigación tienen un lugar en esta lucha, pero sólo al servicio de los movimientos sociales. La experiencia brasileña demuestra que cuando los juristas no realizan este movimiento en dirección de la humildad, los movimientos sociales crean sus hombres jurídicos en el propio proceso de transformaciones. En la nueva normativa es necesario una reestructuración dignificadora de la función judicial. Necesitamos jueces que puedan concentrarse en la resolución de conflictos graves, y no más en ejecutores de una ilusión de política social. Es necesario crear condiciones para evitar la criminalización de las desventajas sociales y al mismo tiempo la "socialización" del tratamiento de las cuestiones vinculadas a la infracción penal (me refiero concretamente a la pérdida absoluta de garantías penales y procesales legitimadas por supuestas medidas de protección). En otras palabras, es necesario una separación clara de competencias entre aspectos penales y asistenciales.

8. A modo de conclusión

La lucha por la mejora integral de la condición de la infancia es todo lo contrario a una lucha de carácter corporativo. Bajo el nuevo paradigma de promoción y defensa de los derechos, es la lucha por conquistar condiciones plenas de ciudadanía para uno de los sectores más vulnerables de la sociedad. La lucha por consolidar el Estado de Derecho es la lucha por condiciones dignas y justas, priorizando a los más vulnerables entre los vulnerables.

Además, la experiencia demuestra la necesidad de superar falsas disyuntivas en el sentido de invertir esfuerzos en transformaciones de la normativa nacional o internacional. Ambos caminos deben ser recorridos simultáneamente. El uso concreto del Pacto de San José de Costa Rica -para dar sólo un ejemplo- pone en evidencia total el carácter falso de la disyuntiva. Más aún, necesitamos instrumentos de carácter regional que especifiquen y profundicen muchos de los logros de la Convención Internacional. Necesitamos un Pacto de Costa Rica de los Derechos Humanos de la Infancia y Adolescencia.

Una parte considerable de los gobiernos latinoamericanos está realizando esfuerzos serios para incluir la integración como punto prioritario de las agendas de nuestros países. Esa integración necesita de mayor precisión en sus contenidos. El carácter multinacional y multisectorial de este encuentro confirma que la cuestión de la infancia-adolescencia debe y puede ocupar ese lugar de privilegio.

Por último, no me canso de insistir en afirmar que lo que en definitiva necesitamos es un cambio en los patrones culturales en el sentido del nuevo paradigma, que demuestre la absurdidad de pensar la protección de los sectores más débiles de nuestra sociedad a través de mecanismos que los condenen a alguna de las múltiples variables de la segregación e incapacidad.

NOTAS

¹. No es posible extenderme aquí sobre este punto. Remito para ello a la obra ya clásica de P. Ariès "El Niño y la Vida Familiar en el Antiguo Régimen", edit. Taurus, Madrid, 1987.

². Sobre este punto puede consultarse el excelente trabajo de compilación de documentos históricos de Willey B. Sanders, "Juvenile Offenders for Thousand Years", edit. The University of North Carolina Press 1970.

³. Sobre este punto véase el trabajo de Darío Melossi y Massimo Pavarini, "Cárcel y Fábrica", Siglo XXI, México, 1983.

⁴. Me refiero concretamente a las condiciones de vida en las cárceles, donde todo el mundo era alojado indiscriminadamente, sin ningún tipo de consideración en razón de la edad.

⁵. Remito al excelente trabajo de A Platt, "Los Salvadores de la Infancia. La Invención de la Delincuencia". Siglo XXI. Mexico. 1977.

⁶. A. Foradori, "El psicólogo en las cárceles y en las colonias para menores delincuentes", en "Archivos de Criminología, Neuropsiquiatría y Disciplinas Conexas", II 4, oct-dic, 1938, pp. 340-359.

⁷ Sobre este punto véase el trabajo de Norbert Lechner, "La crisis del Estado en América Latina", El Cid, Caracas, 1977 y mi propio trabajo "Autoritarismo y Control Social", Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

⁸ Me refiero a resultados parciales de la segunda parte de la investigación sobre control social de la infancia en América Latina, patrocinada por el UNICRI y el ILANUD, y que estará lista para fines de este año.