

INFANCIA: LEGALIDAD DEMOCRÁTICA, DERECHO Y REALIDAD

*Emilio García Méndez**

Muchas veces, la inmersión total en un proceso, determina, paradójicamente, que perdamos la noción exacta de su alcance y dimensión. Es lo que pasa -o tal vez más precisamente lo que me pasa- con los procesos de reforma legislativa en América Latina. Más allá de los defectos y retrocesos, que con razón pueda apuntar un balance crítico de estos procesos, desconocer los extraordinarios avances fácticos y conceptuales de estos últimos años, resultaría un pecado intelectual imperdonable.

La vigencia jurídica, pero sobre todo político-cultural, de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ha modificado de tal forma el panorama de los movimientos de lucha por los derechos de la infancia, que éste resulta irreconocible si comparado con el estado de la situación a comienzos de 1990 (para dar una fecha próxima).

Más allá del hecho de que la Convención sea un instrumento político y de planificación, su forma esencialmente jurídica ha contribuido de manera decisiva a las transformaciones fundamentales desatadas por la Convención.

Las transformaciones en la naturaleza del instrumento que constituye el punto de referencia fundamental en la lucha por los derechos de la infancia en esta etapa, han producido alteraciones en tres niveles fundamentales: en los contenidos, en las metodologías y en los propios actores sociales sujetos de los procesos.

Hago aquí una rápida mención de algunas implicaciones de los cambios en los contenidos y métodos, para explicar, entre otras cosas, el motivo que conduce al análisis de los dos temas que me propongo enfrentar en este breve texto. En relación al tercer nivel, haré sólo una breve mención, pero indicando que se trata de una pequeña introducción a un tema que me parece de la mayor importancia y que me propongo abordar con mucha más profundidad en los próximos meses.

La alteración en los contenidos constituye la más evidente y obvia de las transformaciones. La ruptura que en términos de cultura jurídica representa la Convención en relación con la tradición anterior existente (doctrina de la «situación irregular»), es de tal magnitud que no necesita aquí de mayores

* Comisionado por la Organización de las Naciones Unidas para la Infancia.

explicaciones. Menos perceptible, en cambio, es la relación de estos nuevos contenidos de la Convención, con los métodos de recreación nacional de la misma (otra forma de designar a los procesos nacionales de reforma legislativa). En ese sentido, con las obvias diferencias que cada coyuntura nacional impone, a partir del proceso de reforma legislativa en Brasil (1988-1990), todos los procesos posteriores han supuesto invariablemente formas (mayores o menores) de participación popular, radicalmente diversos a los viejos métodos de comisiones semi-clandestinas de «expertos» que caracterizaron las reformas (intrascendentes) durante el periodo de vigencia hegemónica de los postulados de la doctrina de la «situación irregular». Precisamente por esta razón, es que el problema de construcción de una nueva legalidad para la infancia se construye automáticamente como un problema de legalidad democrática, no sólo en su acepción jurídica tradicional, sino en una nueva consideración política de la democracia. A su vez, esta nueva legalidad, obtenida a través de un nuevo proceso, reformula en forma radical la comprensión de vínculo entre condición jurídica (derecho) y condición material de la infancia (realidad). En estos dos aspectos -legalidad democrática y relación derecho realidad- concentraré los esfuerzos de reflexión de este breve texto.

Las nuevas legislaciones para la infancia, disponen (jurídicamente) formas tan inéditas de participación popular que terminan «creando» nuevos actores. En otras palabras, estoy planteando aquí la hipótesis de que las nuevas leyes para la infancia convocan a nuevos sujetos, lo que no se refiere solamente a nuevos tipos de interacción con jueces, ministerio público, policía, etcétera, sino a la emergencia de nuevos actores de la sociedad civil, no perteneciente a las formas tradicionales de organización, ONGs de existencia definida y claramente delimitada. Veamos un ejemplo. Las formas inéditas de participación popular que prevé el «Estatuto del Niño y el Adolescente» de Brasil (y otras nuevas legislaciones de otros países de la región), tales como Consejos de Derechos (órganos de naturaleza jurídica híbrida, de carácter paritario con 50% de participantes pertenecientes a la sociedad civil), está configurando nuevos fenómenos cuyas consecuencias -que intuyo decisivas y fundamentales- no han sido todavía ni siquiera tomadas en consideración. Una de las características que denota el paso de una concepción tecnócrata a una concepción democrática de la política, está dado por la ampliación de las formas de participación. En la concepción tecnocrática, los sujetos de construcción de la política son los políticos profesionales, en la concepción democrática, en cambio, son todos los ciudadanos.

Con todas las diferencias que sea posible identificar, un fenómeno en cierta medida similar estaría ocurriendo con la ampliación (¿sustitución?) de actores a nivel de la sociedad civil. Se asiste a una tendencia -que necesita en forma urgente de verificaciones empíricas- de un aumento de formas no orgánicas de participación. Un número cada vez más significativo de los

participantes activos en los movimientos sociales de lucha por los derechos de la infancia, no forman parte de las estructuras tradicionales de participación (ONGs estructuradas).

Concluyo aquí provisionalmente una reflexión, que en este contexto aparecerá tal vez como una mera disgresión aislada. Insisto, sin embargo, en afirmar que su no inclusión en los análisis actuales arroja resultados que deformando de tal manera la realidad se convierten en una fuente ulterior de confusión y desorientación que alimenta problemas y malestares que rodean a una parte considerable de los involucrados en el tema de las políticas para la infancia.

Los procesos de adecuación sustancial de las legislaciones nacionales al espíritu y al texto de la Convención Internacional constituyen un ejemplo paradigmático -sobre el que poco o nada se ha todavía reflexionado- de política jurídica, en el que contenidos, actores y formas de producción, resisten a asimilarse a alguno de los viejos y conocidos moldes, independientemente de su signo conservador o progresista.

En lo mejor de esta nueva experiencia, está contenida una reflexión implícita sobre los efectos del autoritarismo de los años 70 y 80. Sobre los errores y fantasmas del pasado que es necesario, respectivamente, corregir y «exorcizar», para que no vuelvan a repetirse.

La destrucción de la democracia, en la América Latina de la década del 70, tuvo connotaciones hegemónicas que se tradujeron en una profunda desconfianza respecto de la misma o en el mejor de los casos en su visión inmediata e instrumental. Descontextualización y maniqueísmo son los conceptos que mejor sintetizan los orígenes de nuestros profundos errores. Si, por una parte, la descontextualización provocó propuestas de «soluciones» que poco tenían que ver con los problemas reales a enfrentar, el maniqueísmo causó estragos políticos y sobre todo programáticos. Una excesiva simplificación de las contradicciones, en el corto y mediano plazo, se tradujo en el predominio de una visión «estructuralista», para la cual sólo transformaciones profundas en las relaciones de poder podían producir cambios reales en cualquiera de las áreas de la vida social, muy particularmente en el área jurídica. En este sentido, sigo considerando válido lo afirmado a comienzos de los 80, en relación con el hecho de que las desventajas para los sectores dominantes producto de relaciones crudas de dominación en el campo de lo político, se atenuaban y compensaban con la existencia de relaciones predominantes hegemónicas en el campo de lo jurídico. La multiplicidad conflictiva de puntos de vista en los políticos, se atenuaba notablemente en una perspectiva hegemónica de lo jurídico.

Para la «claridad» maniqueísta, en el estado se concentraba todo el mal mientras en la sociedad se concentraba todo el bien (hoy por el contrario resulta imposible explicar la existencia -y persistencia- del autoritarismo, sin hacer referencia a los consensos más o menos explícitos en el seno de la

sociedad civil). El resultado práctico consistió en la incorporación (tanto como instrumento de análisis, cuanto como propuestas políticas) de alguna de las variables del alternativismo que predominaban, sobre todo en el contexto europeo. No pretendo aquí realizar un análisis ni siquiera parcial de las vicisitudes del movimiento del derecho alternativo europeo, sobre todo italiano. Me limito a señalar, sin embargo, algunos de sus rasgos que ponen de relieve sus peculiaridades y diferencias con la situación dominante en nuestra región 20 años atrás. Estoy profundamente convencido que el movimiento del derecho alternativo en Europa, especialmente en Italia, presuponía una situación radicalmente diferente de la imperante en América Latina. Una situación prácticamente de empate hegemónico en el campo de la cultura jurídica, combinado con un *bloqueo* de la situación política. La imposibilidad de imponer reformas legislativas visibles, condujo a proponer, en clave diversa, la utilización del derecho existente. En América Latina, la vuelta a la democracia, sin ignorar sus problemas y limitaciones, produjo un duro golpe a los enfoques maniqueístas. Entre otras cosas, la democracia puso en evidencia matices y contradicciones largamente ignorados. Con la democracia aprendimos, para decirlo con un poco de ironía, que el bien y el mal se encuentran democráticamente distribuidos entre el gobierno y la sociedad. Con la democracia aprendimos, el valor absoluto, no instrumental, no condicionando de la misma. Es en este contexto, donde creo que puede y deben plantearse los temas y dilemas objeto de debate. Es en este contexto que el problema específico de la legalidad democrática adquiere el carácter de punto central de debate y discusión.

En las páginas que siguen, me propongo elaborar algunas breves reflexiones a partir, tanto de mi formación inicial como criminólogo, cuanto de mi experiencia de estos últimos años de trabajo en el campo de la problemática jurídica y social de la infancia.

Buena parte de los desarrollos más interesantes de la nueva criminología de los años 70 y comienzos de los 80, partían de criticar a la criminología tradicional, por su aceptación ciega e irreflexiva de las normas jurídicas definidoras de lo criminal y lo criminalizable. En un cierto sentido, el debate de aquellos años fue un debate *sui generis* por la falta de interlocutores válidos. Los pocos intelectuales orgánicos del autoritarismo se dedicaban en realidad mucho más a perfeccionar las técnicas jurídicas de las estructuras represivas, que a la elaboración teórica de formas de legitimidad antidemocrática. Con pocas excepciones, nuestros autoritarismos fueron vergonzantes ya que no se renunciaba a la democracia como patrón ideal de legitimidad.

Mucho más que críticos jurídicos, nos convertimos en críticos políticos del (des) orden imperante. Nuestra impotencia política desembocó en la construcción de un concepto político-jurídico, que muchas veces se demostró útil y eficiente para la denuncia del *status quo*: el concepto de daño social.

Vistas las cosas desde la perspectiva actual, varias veces me he preguntado -sin poder elaborar una respuesta satisfactoria ni siquiera para mí mismo- si no se trataba en realidad de una variable «progresista» de las teorías peligrosistas. De los que sí estoy convencido, sin embargo, es que el nudo del problema residía en una politización indebida de lo jurídico, al mismo tiempo que en una juridificación ingenua de lo político. Se manifestaba, en el fondo de la cuestión, una aceptación de la gestión tecnocrática de lo político, donde la redención de las diferencias hacía referencia mucho más a la sustancia que a la forma de la legitimidad.

En mi caso particular, la preocupación por estos temas se transformó en obsesión por entender el complejo mecanismo de formulación y aplicación de la legalidad autoritaria (E. García Méndez, «Autoritarismo y Control Social», Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987).

La vuelta a la democracia aclaró algunos puntos, a la par que trajo una lista interminable de incertezas.

El análisis de lo actuado por los gobiernos autoritarios en el campo de las políticas sociales (particularmente de aquellas referidas a la infancia) y los diversos tipos de respuestas y contra intervenciones a nivel de la sociedad, me parecen lo suficientemente ricos e ilustrativos para intentar una reflexión sobre los dos puntos centrales en los que quiero concentrar mi intervención: a) el problema de la legalidad democrática y b) las relaciones entre derecho y realidad.

De la escasa importancia otorgada a lo social en el contexto del autoritarismo, no puede deducirse sin más, la inexistencia de políticas sociales sectoriales. Lo que sí es cierto, es que las políticas sectoriales del autoritarismo no podían no reflejar los rasgos esenciales del conjunto del modelo político. Así, las intervenciones se caracterizaban como autoritarias, rígidamente jerárquicas, burocráticas, centralizadoras y privilegiando decididamente la institucionalización (esto último un mero eufemismo para designar a la privación de libertad, que M. Pavarini denominaría la obsesión correccional o el secuestro de los conflictos sociales). Cortados totalmente los canales de comunicación gobierno-sociedad civil, la oposición al modelo (tímida y fragmentaria como es fácil de explicar debido al terror imperante), se constituyó antes que nada como pura praxis (no existían en la época espacios para el debate ideológico), a través de contra intervenciones que alguno muy felizmente denominó «crítica en acto» (creo que el autor de esta expresión es Antonio Carlos Gomes da Costa). A las políticas sociales autoritarias se respondió con programas no gubernamentales que se definían en cada punto específico como la contracara del autoritarismo: la democracia participativa, la utilización de los recursos comunitarios y el rechazo decidido a cualquier forma de institucionalización, constituyeron la base de una cultura alternativa que impregnó en forma decidida y perdurable la práctica e incipiente teoría de las ONGs.

La fragmentación y el carácter cuantitativamente reducido de las experiencias (ambos aspectos impuestos por las características globales imperantes), se convirtieron en virtudes intrínsecas de los modelos alternativos. La imposibilidad de reproducir en forma ampliada las extraordinarias experiencias de trabajos concretos con niños y adolescentes, la duplicación de esfuerzos y la incapacidad de trascender los intereses más inmediatos, desembocaron en un micrismo y una cultura, que recientemente una estudiosa italiana de estos temas ha denominado como «el carácter egoístico» de estos movimientos sociales¹. La vuelta a la democracia, sin hacer ninguna abstracción de sus contradicciones, avances y retrocesos, plantea una modificación radical respecto del escenario anterior. Sin embargo, la asimilación de la nueva situación se produce en forma lenta, confusa y contradictoria. Entre otras cosas, las consideraciones respecto de la hegemonía jurídica del pensamiento conservador, se manifiestan en forma intensa también en este campo específico.

El desprecio e ignorancia por las funciones reales y potenciales de la ley, inciden doblemente en esta problemática. Por un lado, el derecho se percibe como la antípoda de la dimensión de las acciones concretas que caracterizan la ideología de los movimientos sociales. El tema de la ley es aceptado en forma natural como patrimonio exclusivo de los agentes del aparato estatal, los jueces, la policía, los abogados, etcétera. Por otra parte, esta percepción convive, curiosamente, con una frase del sentido común, ejemplo vivo de la hegemonía jurídica conservadora: «En América Latina tenemos maravillosas legislaciones de menores, que infelizmente no se cumplen»².

No es este el momento y el lugar para reiterar una crítica general y específica de la función real de las legislaciones de menores en América Latina. Basta como prueba elocuente, los millares de niños y adolescentes privados de libertad (oficialmente institucionalizados), por la mera falta de recursos materiales o el no funcionamiento de las instituciones encargadas de su desarrollo y protección. Privaciones de libertad que, sin embargo, se realizan en estricto cumplimiento de la legalidad impuesta por las leyes de menores basadas en la doctrina de la situación irregular.

Hace ya algunos años, dos factores de naturaleza diversa están modificando en forma profunda los fundamentos de la cultura alternativista y en consecuencia la percepción sobre las funciones reales de la ley: a) la recuperación democrática en la región y b) la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

¹ En un trabajo inédito de recientísima producción (E. Bustelo, «EL ABRAZO» manuscrito, Buenos Aires, 1995), cita una investigación empírica titulada «La Sinergia della Differenza» de la socióloga italiana L. Boccacini, quien dado el carácter de solidaridad sectorial restringida que caracteriza a estos movimientos sociales, los denomina egoísticos.

² Esta afirmación se refiere -algunas veces en forma ingenua y algunas veces en forma hipócrita- a las legislaciones de menores que basadas en la doctrina de la situación irregular, representan una negación sistemática de todos los derechos de la infancia, consagrados sin excepción en todas las Constituciones Nacionales de todos los países de la región.

La comprensión de las viejas leyes de menores basadas en la doctrina de la situación irregular, como responsable directo de la imposibilidad de reproducir en forma ampliada las experiencias micro de la etapa alternativista y la Convención Internacional, primer instrumento jurídico de carácter omnicompreensivo sobre la problemática de la infancia, provocaron alteraciones sustanciales en el panorama actual. Paulatinamente, los movimientos sociales dejan de percibir el contenido de las normas jurídicas como algo indiferente o extraño a la práctica social. El vínculo entre condición material y condición jurídica de la infancia comienza a hacerse evidente.

Los procesos de reforma legislativa de estos últimos años, es decir, los movimientos de adecuación sustancial de la legislación nacional a los principios y al texto de la Convención Internacional, han generado un número extraordinario de experiencias sobre las cuales todavía no se ha reflexionado lo suficiente. El carácter inédito de la participación (gobierno-sociedad civil) en los procesos de reformas legislativas en la región, permitió comprender que no es posible alterar radicalmente los contenidos de la ley, si no se altera sustancialmente su proceso de producción.

Si las viejas leyes de menores fueron el resultado de pequeñas y secretas comisiones de «expertos», las nuevas leyes de la infancia-adolescencia inspiradas en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, son el resultado de un trabajo colectivo de participación popular. *EL TEMA DE LA LEGALIDAD, SE CONSTITUYE SIN EUFEMISMO EN EL TEMA DE LA LEGALIDAD DEMOCRÁTICA.*

Por su parte, los nuevos contenidos de las leyes para la infancia adolescencia, remiten al tema -abandonado en los últimos tiempos por la sociología del derecho- de la relación derecho-realidad.

La alteración radical de los contenidos de la ley remite a la creación de dos tipos de derechos que en forma tentativa y exploratoria podrían denominarse negativos y positivos. Los derechos negativos, se refieren tanto a la remoción de obstáculos discriminatorios, más específicamente a aquello que el estado, la sociedad o la familia no pueden hacer con la infancia, ya no percibida como un mero objeto de la compasión-represión, sino como un verdadero sujeto de derechos. Estos derechos negativos se refieren a situaciones que existentes en la realidad constituyen una violación flagrante tanto de dispositivos de la Convención, cuanto de preceptos constitucionales referidos a los derechos individuales de todos los seres humanos (garantías y libertades individuales). Los derechos positivos se refieren, contrariamente, a situaciones que precisamente por no verificarse en la realidad constituyen violaciones a los mismos preceptos anteriormente mencionados (derecho a la salud, educación, etcétera).

No hace falta apelar aquí a información estadística, para confirmar el carácter dramático de la situación de la infancia en la región. A pesar de ello, nuevamente impregna el sentido político y jurídico una frase del «sentido

común» que afirma: «necesitamos leyes que reflejen nuestra realidad». Una frase de este tipo constituye un doble error de apreciación. En primer lugar, desconoce la complejidad del vínculo entre condición material y condición jurídica de la infancia. En segundo lugar, constituye una renuncia a la utopía positiva, condición no suficiente pero sí imprescindible de cualquier proceso de superación del actual estado de malestar social.

En una feliz y oportuna cita libre de una invención Borgiana, un brillante jurista portugués, Boaventura de Souza Santos, relata la tragedia de un emperador chino, que obsesionado por un reflejo exacto de la realidad, ordenó construir un mapa perfecto de su imperio. Durante muchos años miles de cartógrafos se dieron a la tarea. Cuando terminado el mapa, reflejo fiel del imperio, por tener el tamaño mismo de éste resultó superfluo por absolutamente inutilizable. Este es el drama del derecho cuando «refleja fielmente la realidad».

No desconozco ni quiero desconocer, que no hay posibilidades de conclusiones unívocas a partir de estos razonamientos producto de algunos años de experiencias concretas en el campo de las políticas para la infancia.

Las nuevas concepciones de la cartografía han modificado radicalmente la percepción cuantitativa y cualitativa de la geografía de nuestro mundo. Es posible que una reflexión más profunda sobre los contenidos y procesos de construcción de la legalidad democrática, así como sobre las complejas relaciones entre derecho y realidad, puedan constituirse en punto de referencia y tema de importancia para todos aquellos involucrados en la lucha por los derechos de la infancia.

No es improbable que tengamos mucho que aprender de la cartografía crítica, si ésta existe.