

EL ABANDONO Y SU CONSTRUCCIÓN PUNITIVA

Susana Iglesias, Héctor Erosa

Un intento de recorrida histórica sobre la situación y concepción del abandono y otro que aborda la construcción punitiva del mismo, componen este documento de trabajo del Centro de Formación y Estudios del Instituto Nacional del Menor, como parte de una serie de documentos de estudio como apoyo a la labor formativa que la institución debe estimular en concordancia con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y del Adolescente.

EL ABANDONO EXISTE Y SE CREA

Susana Iglesias

Son ya proverbiales las definiciones del concepto de abandono que se limitan a una más larga o corta enumeración casuística. Así lo recoge el Vocabulario Multilingüe del Instituto Interamericano del Niño, (1972)¹ "En nuestro Vocabulario hemos definido el abandono material como "descuido del menor en la alimentación, higiene, vestuario y medicamentación por incumplimiento de los deberes asistenciales correspondientes a los padres, tutores o guardadores" y al abandono moral como "carencias en la educación, vigilancia o corrección del menor, suficiente a convertirlo en un ser inadaptado para la convivencia social, por incumplimiento de los deberes correspondientes a los padres o a quien esté confiada su guarda".

El Estatuto de Menores de Venezuela (1961) también reseña una serie de causales que dan marco a la situación de abandono: "Podrá considerarse en estado de abandono moral o material a quienes: no tengan habitación cierta; carezcan de medios de subsistencia; sin causa justificada se impida su educación; se prive frecuentemente de alimentar o de las atenciones que requiere su salud; se emplee en ocupaciones prohibidas, contrarias a la moral y a las buenas costumbres, o que pongan en peligro su salud o su vida". (Título I, libro IV, art.110).

Y el Código de Menores de Brasil (1927) que respetó el criterio establecido por la ley 4.242 de 1921 y la ley 16.272 de 1923, del artículo 26 al 44, se ocupa largamente de especificar quienes son considerados abandonados: los menores I- que no tengan vivienda conocida ..., II- ni medios de subsistencia debido a la enfermedad, indigencia, ausencia o prisión de sus padres, tutor, ..., III- cuyo padre, madre o tutor... sean reconocidos como incapaces o imposibilitados ..., IV- que vivan en compañía de padre, madre o ... que se entregue a la práctica de actos contrarios a la moral y las buenas costumbres ..., V- que se encuentren en estado habitual de vagancia, mendicidad o libertinaje, etc., etc.. A estos

¹ Sajón, Rafael y otros. (1972) Vocabulario multilingüe, polivalente y razonado de la terminología usual en la protección de menores. Tomo I, Montevideo, Uruguay.

incisos se agregaron aclaraciones de la ley de 1923, que especificaban: son vagos los menores que aún viviendo con sus padres, tutor ... son refractarios a recibir instrucción o dedicarse a un trabajo serio y útil, vagando habitualmente ..., son mendigos los menores que..., son libertinos los menores que

Esta opción por las definiciones enumerativas ha sido fundamentada en su época. En la exposición analítica y comentada de la Ley Federal brasileña nº 4242 del 5 de junio de 1921, por Joaquín Cándido de Azevedo Marques (1925), el autor señala que "...el legislador prefirió el criterio casuístico a una definición general o concisa. Será un defecto, como ya hizo notar la crítica erudita? O será, por el contrario, consonante con una cautela digna de encomio para evitar el arbitrio interpretativo?" ²

No conocemos cual fue la "crítica erudita", pero podríamos aventurar otra hipótesis diversa de la "cautela digna de encomio". La no definición del concepto de abandono, no responde a una necesidad instrumental que permite agregar o sacar, con cierta discrecionalidad, situaciones que el momento legislativo o político aconseja?

Tomamos las definiciones de estos países a título ilustrativo. El lector podría revisar todos los códigos de menores de nuestros países latinoamericanos y del Caribe, algunos aún vigentes, y encontraría una réplica casi exacta de estos textos, sólo matizada en el discurso por el año de promulgación o por las peculiaridades del lenguaje.

Esta enumeración de situaciones tan precisa y detallada deja, por otra parte, la impresión de un estudio pormenorizado de las causales que presenta una población infantil que ha sido tratada en los sistemas de protección de la infancia, o en su defecto, de la excepcionalidad de los casos.

Pero ya en 1932, un conferencista de la Liga Pro-moralidad y defensa de la niñez, planteaba a su público ciertas reservas: "No está demás anotar que los jueces no pueden intervenir sino en los casos de abandono material o moral en que se ha conformado un expediente por delito o contravención, lo que es una limitación que se explica en mérito a que el Estado no tiene a su alcance los fondos que precisaría para atender a todas las situaciones que en el país pueden clasificarse como puramente de abandono material y moral".³

Si leemos en el Estado Mundial de la Infancia 1999, UNICEF, (Gráfico 1. Niños que no asisten a la escuela), *En los países en desarrollo hay alrededor de 130 millones de niños en edad escolar primaria que no asisten a la escuela, de un total de 625 millones de niños de este grupo de edades en estos países.* Si accedemos al informe de 1998 (UNICEF), p.11: *De los cerca de 12 millones de niños menores de 5 años que mueren anualmente de enfermedades susceptibles de prevención, sobre todo en los países en desarrollo, más de 6 millones, o el 55%, perecen por causas relacionadas directa o indirectamente con la desnutrición,* y en p. 15: *La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha calculado que el 51% de los niños menores de 4 años de los países en desarrollo están anémicos.* Si

² de Azevedo Marques, Joaquín Cándido (1925) Menores abandonados e delinquentes. Exposicao analytica e comentada da Lei Federal nº 4242 de 5 de Janeiro de 1921 e seu regulamento aprovado pelo Decreto nº 16272 de 20 de Dezembro de 1923 e da Lei Paulista nº 2059 de 31 de Dezembro de 1924. Livraria Academica, Sao Paulo, Brasil.

³ Viale, César (1932) La minoridad abandonada, sus causas, su drama. Conf. Del 27 de octubre de 1932, Buenos Aires, Argentina.

sumamos los datos de CEPAL, Panorama Social de América Latina, 1997, sobre trabajo infantil, encontramos que 250 millones de niños entre 5 y 14 años trabajan en el mundo subdesarrollado. De éstos, 120 millones sólo trabajan y no asisten a la escuela. La OIT estima en 7.613.198 el número de niños de 10 a 14 años que trabajaban en América Latina para 1995, según la definición restringida de trabajo infantil. Si se tiene en cuenta la definición ampliada, es decir, la que incluye los niños y niñas que realizan trabajos domésticos excluyentes, que no permiten asistir a la escuela, esa cifra aumentaría, para la CEPAL, en un 20% o 25%.

Ante estos datos, no se puede leer las definiciones de estado de abandono expuestas más arriba, con mirada omisa o cómplice. Si de verdad creemos que una niña o niño puede ser declarado en estado de abandono por las causales enumeradas: “carencias en la educación”, “se le prive frecuentemente de alimentos”, o “de las atenciones que requiere su salud”, tendríamos que aceptar, por lo menos, dos hipótesis: nuestros Estados llevan la omisión de protección a límites criminales; o nuestros sistemas de atención a la infancia desamparada atienden decenas de millones de niños. La segunda hipótesis sabemos que es falsa. La realidad de las cifras de nuestros sistemas hablan de miles de niños en cada país. De ahí que podamos pensar si estas definiciones no tienen un sesgo discriminatorio. **Ciertos** niños abandonados son declarados como tales, mientras que la gran mayoría es invisible para los sistemas de protección de la infancia, tal como decía el conferencista de la Liga en 1932.

Las palabras cambian

Etimológicamente abandono proviene del fránico: "bann" (siglo XIII) que significaba, signo de autoridad, orden de castigo y del francés: "laisser à bandon": dejar en poder de alguien con autoridad. Pero también "bandon" incluía otra acepción: "tratamiento a discreción, tratamiento arbitrario". Ya en el Larousse actual, abandono es: descuido, renuncia, y entre los sinónimos de abandonado, surgen: descuidado, negligente, sucio. Creo que esta pequeña búsqueda ilustra la trayectoria de la situación. De ese tratamiento arbitrario que dejaba al niño en poder de alguien con autoridad, seguramente actuado por quien abandona, -que no tenía "autoridad"-, terminamos en la imagen del niño abandonado descuidado y sucio.

El segundo Congreso Panamericano del Niño (1919) declaraba: "Repútase abandonado todo niño cuya subsistencia y educación no es atendida convenientemente por los padres por carencias de medios materiales, sea a causa del ambiente en que se desarrolla, sea por razón de la idiosincrasia del menor", y el cuarto Congreso (1924), numeral 2º, indicaba: "Que las causas principales del abandono infantil son la crisis de la familia, la orfandad, los vicios, especialmente el alcoholismo, la ignorancia y la miseria, las estrecheces derivadas del actual régimen económico, la falta de protección a las madres solteras y determinadas anormalidades de los niños". Y la ley N° 4242 que citábamos precedentemente, hacía referencia, además de las diversas condiciones precarias de los padres o tutores, al estado habitual de vagancia, mendicidad o libertinaje al que se dedicaban los niños y jóvenes⁴.

⁴ UNICEF, UNICRI, ILANUD (1992) Del revés al derecho, ed. Galerna, Buenos Aires, Argentina.

Desde antes del siglo XIII cuando el énfasis fue puesto en el acto de abandonar, hasta las interpretaciones de las primeras décadas de nuestro siglo, el foco de las lentes se traslada imperceptiblemente, pero en forma continua, desde el abandonador o abandonado al abandonado. Si los padres son indigentes o están enfermos o presos o se trata de una madre soltera desprotegida, el deber del Estado para suplir estas carencias, se vuelve muy imperativo. Si, por el contrario, el abandonado presenta "una idiosincrasia particular", es poseedor de "determinadas anormalidades" que lo pueden conducir no sólo a la vagancia sino al libertinaje, el "caso problema" individual es más fácil de resolver y menos rotunda la figura de desprotección social de la familia.

En "Estado de abandono: judicialización de niños", Elinor Bisig, dice: "En situaciones de desamparo la institución jurídica o asistencial dirige su acción de protección hacia los menores, disponiendo la internación de los mismos, prescindiendo de considerar que los problemas que motivaron su intervención afectan al grupo familiar en su conjunto, por ello no intentan acciones dirigidas a restaurar la situación familiar..."⁵.

La CEPAL, en el Panorama Social, 97, ya citado, hace hincapié en las consecuencias que tiene para los niños y jóvenes el provenir de una familia con escasos recursos materiales y educacionales. La reproducción ampliada de la pobreza en las nuevas generaciones hace que de un padre con pocos años de estudio y empleo no calificado, sus hijos tengan menos años de estudio que el padre y engrosen las cifras de la desocupación. Esta tendencia es creciente en América Latina, de ahí que, aunque parezca que no está íntimamente ligada al tema del abandono sino a la falta de oportunidades para las nuevas generaciones, es útil tomarla en cuenta como prospectiva de una situación socioeconómica que puede generar diversos fenómenos como ser: el descenso del índice de natalidad, que ya es un hecho; un aumento en el número de abortos o el desamparo de una franja muy significativa de niños y niñas.

Los huérfanos y abandonados

La existencia de niños entregados por sus padres o dejados en lugares públicos fue una práctica muy antigua y extendida a partir del castigo o la reprobación moral del infanticidio, tolerado por siglos, tanto a nivel societal como religioso.

Los huérfanos y abandonados concitaron una respuesta social espontánea, de tinte humanitario. Socorrer al ser indefenso que se encontraba privado de afectos y cuidados constituyó un deber ético para aquellas familias que podían recogerlos. Sin embargo, las transformaciones operadas en el tránsito de una sociedad mayormente agraria a una industrial y por ende, enclavada en las ciudades, hizo necesaria la creación de instituciones estatales y privadas que pudieran absorber el creciente número de niños urbanos abandonados. Las nuevas exigencias del tipo de producción crearon desajustes en la institución familiar tradicional que ya no podía resolver los nuevos roles con las estructuras del pasado -sobre todo en el caso de las mujeres trabajadoras-. Las ruedas de expósitos, el torno, los asilos, más tarde las oficinas de admisión, o el sistema de aprendizaje fueron las instituciones que debieron responder a esta situación emergente y alarmante.

⁵ Bisig, Elinor (1999) Estado de abandono : judicialización de niños en : Victimología N° 19, ed. Advocatus, Córdoba, Argentina.

En Uruguay, a comienzos del siglo XIX, el presbítero Dámaso Antonio Larrañaga solicitó que al igual que la casa de expósitos establecida en Buenos Aires desde 1779, a la cual eran remitidos los niños huérfanos y abandonados desde Montevideo, se creara una casa cuna o de expósitos en Montevideo. El 5 de noviembre de 1818 se fundó como anexo del Hospital de Caridad. Estos inicios pautan las modalidades del acogimiento, eminentemente religioso y caritativo. Más tarde, a causa de los enfrentamientos entre el Estado y algunas órdenes religiosas y la consolidación de éste, el Estado asume la responsabilidad, aunque el apoyo sustancial en edificios y personal de atención siguió siendo asumido por las órdenes religiosas hasta muy entrado el siglo XX.

La industrialización y el proceso acelerado de urbanización fueron factores que también favorecieron la visibilidad de este fenómeno. En el siglo pasado, la figura del "agregado" que vivía en las estancias de nuestro país y que servía de peoncito, fue una constante. También lo fueron las "sirvientitas" que ayudaban en las labores domésticas de las familias numerosas y pudientes. Con mayor o menor grado de aceptación, la integración a una familia ayudó a opacar el fenómeno. Pero en las primeras décadas del XX, la prensa, los discursos parlamentarios, los proyectos de enmiendas a los códigos civil y penal vigentes hacían mención a las bandas de infanto-juveniles que se reunían cerca del teatro Solís, al alcoholismo que estimula los impulsos de una peligrosidad latente, al "bandidaje que se abre paso" con audacia. Es obvio que siempre existieron niños huérfanos y abandonados, pero lo que cambió notoriamente fue su entorno y su número: en la capital, la población se había quintuplicado entre 1850 y 1890, y también cambió la modalidad de recogimiento.

El sistema de "aprendizaje" que se instauró en Inglaterra entre los siglos XIII y XVII, se expandió a las colonias inglesas en América en ese último siglo. "En 1627, 1.500 niños huérfanos y abandonados fueron trasladados por vía marítima desde Inglaterra a colonias del sur de Estados Unidos para incorporarlos como aprendices en familias de colonos. Esta práctica dio nacimiento a una constante que veremos reflejada en nuestros países latinoamericanos: utilizar a huérfanos y abandonados como mano de obra barata hasta bien entrado el siglo XX"⁶.

En Uruguay, la Colonia Educacional de Varones de Suárez, los talleres de Don Bosco, la Escuela de Artes y Oficios fueron centros oficiales de aprendizaje, a los que se agregaron múltiples talleres menores y privados que oficiaban de "formadores" materiales y morales de futuros trabajadores. Las colonias educacionales sumaron al aprendizaje, una nueva dimensión: la correccional, destinada a los asilados que venían calificados como "regulares" o "malos". El director de la Colonia Educacional de Varones (1912/1920), Dr. Vicente Borro, resistió la orden de supresión de los castigos corporales, la celda y el régimen disciplinario en las comidas implantados en la Colonia, considerando que constituía una tendencia peligrosa pues suprimía las penas que "mejor resultado daban". El régimen de sanciones de la Colonia consistía en: privación del recreo, de las visitas, aislamiento y silencio durante las comidas, pan seco a rigor por dos días, celda de aislamiento hasta por 15 días, pabellón de rebeldes.

⁶ Pilotti, Francisco (1988) Manual de procedimientos para la formación de la familia adoptiva, IIN, Montevideo, Uruguay.

Ya para 1838, Leon Faucher, en su obra "De la réforme des prisons", había diagnosticado la metodología del castigo en un correccional para jóvenes delincuentes: 9 horas diarias de trabajo forzado, 2 horas de enseñanza, disciplina horaria durante el resto del día, rezo obligatorio, celdas, cuidado intensivo de la higiene.

En nuestro país la necesidad de un control tan severo se vio recién reflejada en los inicios del siglo actual, con el proceso de constitución de la nación y el nuevo relacionamiento de estratos y clases sociales derivado del flujo inmigratorio y de los desplazados del campo a la ciudad en el marco del proceso industrializador incipiente. En el período post-independentista, como bien lo señala Ricardo Salvatore ⁷, las soluciones a los "problemas" sociales se canalizaron más por el caudillismo, el coronelismo, la recluta coercitiva para el ejército y las milicias -de las que no estuvieron ausentes los "menores"-, y las leyes de vagancia. El temor a los jóvenes "regulares" o "malos" como los caracterizaban los reglamentos de nuestros asilos, fue típico del período de la inmigración y del ingreso del capital extranjero. También Carlos Rama ⁸ considera que los mensajes de una educación extendida a todos los niños fueron quiméricos en sociedades rurales autoritarias y excluyentes, donde la participación social se restringía a la adhesión a los caudillos.

Vagos y maleantes

La ley N° 1582 del 15 de julio de 1882, aprobada en la Asamblea General, establecía la figura del vago. Art.2° - "Serán declarados vagos los que no poseen bienes o rentas y siendo aptos para el trabajo no ejercen habitualmente profesión, arte u oficio..." El art.3°, suma a esto: "serán declarados vagos y malentretenidos los que hallándose en el caso del artículo anterior, frecuenten las pulperías o casas de negocios, las casas o parajes donde se juegue con interés y las casas de tolerancia produciendo escándalos o desórdenes." El 10° reza: "El ciudadano que esté comprendido en el artículo 2° será destinado por el juez al servicio de las armas por el término de un año. El que se encuentre comprendido en el artículo 3°, se destinará al mismo servicio por dos años." Estos artículos presuponen, evidentemente, la figura del vago en adultos: "Los que pudiendo trabajar, no ejercen profesión, arte u oficio... los que no poseen bienes o rentas..." Pero el artículo 14 dice: "Los menores de edad encausados por vagos o declarados tales por juez competente, siendo reclamados por sus padres o tutores, se le entregarán por la vez primera. En caso de reincidencia, se destinarán al Taller de Artes y Oficios."

El fin del siglo apuntó a la transformación de la nación. El cercamiento de los campos, la escuela vareliana, los códigos, la institucionalización del Estado, dan signos inequívocos de la modernidad que se construía desde el poder. La noción de "orden y progreso" no sólo quedó estampada en la bandera brasileña, fue la consigna fundante de todas nuestras nacionalidades.

Para los niños y jóvenes significó la escuela y el trabajo. La higiene del cuerpo y del alma emprendida por religiosos y médicos, maestros y visitadoras sociales se ensañó contra

⁷ Salvatore, Ricardo y Aguirre, Carlos (1996). The birth of the penitentiary in Latin America. Essays on criminology, prison reform and social control. 1830-1940. University of Texas Press, Austin, USA.

⁸ Rama, Germán W. (1987) Educación y sociedad en América Latina, en : La educación. Revista Interamericana de Desarrollo Educativo, n° 101, OEA, Washington, USA.

el ocio, el dispendio de energías, el tiempo "perdido". No siempre las estrategias seguidas fueron las mismas. Como afirma Donzelot, "La intervención sobre las familias populares pasa por otros canales que los de la difusión de libros y la alianza orgánica entre familia y medicina", que tiene lugar en la burguesía, "no se trata de asegurar discretas protecciones, sino de establecer vigilancias directas"⁹.

Los abandonados delincuentes

La transformación de los pobres "huérfanos y abandonados" en los pérfidos "abandonados / delincuentes" se va procesando desde fines del siglo pasado y cristaliza a inicios de éste, en el contexto de un Estado laico y protector.

Qué imagen de la infancia se maneja hacia fines del siglo pasado? Para 1869, el Código Civil, en el art.21, establece que "son personas todos los individuos de la especie humana". Todos son **capaces** de adquirir derechos y de contraer obligaciones. Nuestra legislación erige a la "capacidad" como condición indispensable. De ahí surge la contracara: las incapacidades legales y naturales. Entre las "naturales" están las del demente y las del impúber. El Dr. Francisco del Campo (h), en "De la protección a los menores en el Derecho Civil" comenta: "Es esto precisamente lo que a los menores de edad les hace falta. Privados de inteligencia, faltos de voluntad, atraviesan un largo período de incapacidad, la que con el transcurso del tiempo, se transforma de absoluta en relativa, para desaparecer más tarde, cuando su creciente inteligencia disipa las últimas sombras de aquel período de relativa inconsciencia"¹⁰.

Este marco legal de las incapacidades incluyó a todos los niños y adolescentes. Cuando restringimos el campo de aplicación a la infancia abandonada, la incapacidad propia y la de los padres cuando existen, genera la obligación del Estado de subrogar la función que para el resto está atribuida en primer término, a los padres. De esta atribución surge la figura de la patria potestad y de su pérdida, para los abandonados, que la ley de Protección de Menores del 24 de febrero de 1911 consideró escasa en sus alcances, estimando que las causales de pérdida de la patria potestad debían ampliarse a los efectos de hacer posible la acción protectora del Estado. En vista del "justo anhelo de evitar, en todo lo posible, que los requisitos legales impidan o estorben la pronta y eficaz protección de esos menores". Las medidas que el Ministerio Público considerara convenientes para la "seguridad, moralidad y bienes del menor", podrían adoptarse no solamente después de realizada la información sumaria, sino también con anterioridad a la misma, siempre que así lo exigiera el interés de los menores. Y concluye el texto: "Basta tan sólo que a juicio del juez sea conveniente y necesario el adoptar medidas provisionales, para que ellas se ordenen y ejecuten"¹¹.

Quién es este juez? En 1928, el Dr. Enrique Rodríguez Fabregat, ministro de Instrucción Pública, consideraba en su proyecto de ley de creación del Consejo de Patronato de la Mujer y del Niño, que, tratándose de niños "no hace falta un penalista, es necesario un médico. Está de más el juez: debe actuar un maestro". La figura del juez de

⁹ Donzelot, Jacques (1979). La policía de las familias, ed. Pre-textos, Valencia, España.

¹⁰ del Campo, Francisco (h) (1932), De la protección a los menores en el Derecho Civil, ed. Comini, Montevideo, Uruguay.

¹¹ Ibid.

menores para el "derecho" de menores de la época, fue muy extra-legal. Los médicos, los maestros incurrieron en "ejercicio ilegal de la profesión" repetidas veces, con la anuencia de la Cátedra y del Estado. La tutela del menor siempre fue considerada un bien, un don que el Estado prodigaba a los desarraigados: huérfanos pobres, abandonados más pobres y pillos de todo calibre.

A raíz de esa concepción dadivosa, Carlos de Arenaza (1931)¹² criticaba la separación de aguas que algunos autores querían establecer entre abandonados y delincuentes como un prejuicio "erróneo, injusto y funesto". A su juicio, estorbaba la función protectora del Estado, pues a la larga, quedaba demostrado que "el abandono es la primera etapa del proceso, de la cual, por una pendiente casi fatal se cae en la vagancia, terminando con frecuencia en el delito".

Se escribió mucho acerca de las medidas a tomar por el Estado para evitar que los niños y jóvenes "abandonados/delincuentes" se erigieran en un peligro para la sociedad. Bien entrado el siglo XX, más precisamente en 1940, Ernesto Nelson, un ex-inspector general del Tribunal de Menores de Buenos Aires, describía una exitosa, a su parecer, estrategia de prevención. Confiaba en que "la civilización está plantando centinelas en las encrucijadas por donde el niño moderno podría desviarse del camino de la normalidad moral y social". Estos centinelas eran las guarderías, la escuela, la clínica psiquiátrica para niños, la inspección médica escolar, la visitadora social, el Tribunal de Menores, la libertad vigilada, entre otros. Y concluía en un éxtasis de optimismo que sería fácil la tarea para el sociólogo de hoy en día vaticinar la abolición de los reformatorios y centros de internación, pues "los terribles adolescentes de hoy, no habrán nacido, o si nacieron, habrán sido descubiertos en edad temprana, capturados por la colonia de retardados o de neuropáticos"¹³. En el mismo libro, más precisamente en el Índice, el autor vincula las causas sociales de esta delincuencia juvenil. En los puntos del subtítulo "El hogar incompleto e inmoral", junto al alcoholismo y el vicio, el hogar numeroso, está también, la figura de El inmigrante.

De toda evidencia, pues, el Estado debía tomar a sus costas y cargo este sector de la población, no muy mayoritario para la época, por lo tanto todavía viable desde el punto de vista presupuestario, para evitar riesgos mayores al resto de la población. Por esos giros dialectales tramposos, este sector terminó siendo el de los "menores en situación de riesgo".

Elocuente el comentario de Edson Seda¹⁴ al respecto: "...algunos dicen que los niños y las niñas fuera de la escuela, pidiendo limosnas, maltratados, explotados, reclutados por bandas o traficantes están en situación de riesgo. No lo están. En situación de riesgo estaban antes de sufrir esos males. Ellos están amenazados o violados en sus derechos".

¹² UNICRI, ILANUD. (1990) Infancia, adolescencia y control social en América Latina, ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina.

¹³ Nelson, Ernesto (1940) La delincuencia juvenil. Biblioteca Policial, Policía de la Capital Federal. Buenos Aires, Argentina.

¹⁴ Seda, Edson (1998). Comentario al proceso de reforma penal en Brasil, en : Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la CIDN (1990-1998, ed. Temis/Depalma, Bogotá, Buenos Aires.

El abandono existe y se crea

En un artículo del Dr. Julio A. Bauzá, director del Servicio de Protección a la Primera Infancia, Boletín de la Sociedad de pediatría de Montevideo, de 1927, se analizan las causas que determinaron en 1926 el ingreso a la Cuna de la Casa del Niño de 993 menores de 3 años. No respetando el orden de los incisos, se agruparán las causales de ingreso: a) por madres en asistencia en hospitales, maternidad, manicomio: 72. f) Entregados por madres por falta de leche: 89. h) Por enfermedad de la madre: 141. j) Por falta de recursos para conservarlos a su lado: 363. l) Por necesitar las madres ser asistidas en la maternidad: 25. Estas causales (salud y dificultades económicas), totalizan 667 niños. Otras causales: b) remitidos por el Fiscal de Menores: 11, c) enviados por la policía: 6. y g) admitidos por falta de interés de parte de las madres para conservarlos: 95, que señalarían el abandono expreso, totalizan 112. Existen otros incisos de menor cuantía. El comentario del autor sobre estas cifras habla de madres solteras abandonadas, que pertenecieron antes al servicio doméstico de la ciudad o de la campaña y que se desprenden de sus pequeños hijos por la imposibilidad de conseguir ser aceptadas con ellos.¹⁵

Este análisis de las causales de ingreso de 1926, indica, por lo menos, un desbalance notorio entre las causales socioeconómicas y las causales de abandono o desamparo real. Por qué subrayamos esta diferencia? Porque creemos que al igual que lo sucedido, aproximadamente una década anterior a esta fecha, cuando se cerró el torno y se impuso la oficina de admisión y los padres tuvieron la posibilidad de exponer sus dificultades y el Estado de asumir sus responsabilidades a través del salario familiar, implantado a instancias del Dr. Morquio, la población de abandonados disminuyó sensiblemente.

Si el "abandono" es la instancia a la que recurren quienes no quieren abandonar pero no pueden mantener, la resolución de la situación no puede jamás quedar sólo en sus manos. Estos Julio Verne del abandono son, además, inculcados por su pobreza, que se juzga como pereza o negligencia, por su lenguaje que no es acorde a los patrones de las buenas maneras, por sus formas de relacionamiento intra y extra familiar que desacomoda los parámetros establecidos para otra clase social que es, justamente, la encargada de decidir sobre ellos.

Del excelente trabajo "Estado de abandono: judicialización de niños" (1998) ya citado, extraeré algunos puntos que señalan la construcción del abandono asentada en dos grandes pilares: la "omisión de atención" y el "desinterés". De informes técnicos que dan cuenta de una alteración en la salud de los niños, se atribuye a los padres responsabilidad a través de afirmaciones inverificables: "resultado, **sin dudas**, de negligencia y omisiones", "queda **en evidencia** que el niño tuvo agresión física y desatención afectiva". O se desestima el interés de los padres, desvalorizándolos por su situación económica o cultural: "la madre, **si bien reclama la entrega del hijo**, nunca ofreció ..elemento alguno para evaluar el **interés real**,...las respuestas fueron que "ya se las va a arreglar" para atender al niño y no aportó certificados de trabajo, de salud o de buena conducta de ella y del concubino **de turno**", la progenitora de estos niños, **todos de diversos padres**, analfabeta...

¹⁵ Bauzá, Julio A. (1927) Las causas del abandono y su profilaxia en la Casa del Niño de Montevideo, Boletín de la Sociedad de Pediatría de Montevideo, Revista mensual, agosto 1927

es **casi seguro** ha permitido con su negligencia, cuando no con su **mala voluntad**, que las carencias que le hizo sufrir, dejen huellas permanentes.

Ante este descrédito en la voluntad y posibilidad de criar a sus hijos, los técnicos intervienen desde sus especialidades y saberes: "Si bien es cierto que la progenitora manifestó ante el Tribunal su interés en recuperar al nene, la licenciada que **verdaderamente profundizó los estudios familiares**, fue reiterativa en la necesidad de egreso del niño cuanto antes en un "medio familiar sano, ajeno a su grupo de procedencia".

A qué responde este afán de culpabilizar a quienes dejan a sus hijos en el sistema de protección a la infancia? Intentaremos formular alguna hipótesis que no es, como siempre, una respuesta unívoca y conservaremos la dimensión histórica para poder fundamentarla en un contexto.

Decíamos del tránsito operado entre la figura del "huérfano/abandonado" al "abandonado/ delinciente". Esta figuras o imágenes que tratamos de sostener con algunas opiniones relevantes de la época, fueron, obviamente, creadas desde fuera de la situación de los propios actores, padres y niños abandonados y plasmadas en reglamentos institucionales, códigos y roles profesionales. De ahí a constituirse en "la voz y el sentir" de la opinión pública es un capítulo bien conocido y en el que no nos detendremos.

Los huérfanos y abandonados que recogían las familias, las órdenes religiosas y las instituciones de beneficencia creadas por el Estado y dirigidas honorariamente por algunas damas de la sociedad montevideana, traían el hálito del torno, del Hospital de Caridad. Sabemos que la impronta de la piedad cristiana, introducida en América Latina por la colonización, aunque en el caso de las comunidades indígenas fue devastadora, en general propició un gesto solidario. Al institucionalizarse, este gesto fue incorporando los sesgos propios de cada institución y los criterios generales de todo organismo.

El sistema de protección de la infancia, que comenzó respondiendo a la emergencia, fue consolidándose como aparato estatal en el marco de un Estado cada vez más concentrador de funciones e impregnado de la noción de progreso. Se desconfió de las aptitudes de los padres de las clases populares para educar a sus hijos. Pruebas a su alcance tenían. Los hijos de los pobres no respondieron a la escuela como se esperaba ni a las nuevas costumbres de aplicación devota y ordenada al trabajo como el Estado o las clases media y alta exigían. Hubo un desfase entre estos nuevos patrones ideológicos y su internalización por las clases bajas. El porqué, aunque sea fácil su lectura, tiene múltiples razones de tipo no sólo económico.

Nuestra hipótesis es, pues, que de este "desencuentro de proyectos de vida", como podríamos llamarlo, nace el afán del Estado por gerenciar a los hijos de los pobres para darles una formación acorde a los nuevos requerimientos. Los Estados latinoamericanos, en general, se sintieron llamados a realizar este esfuerzo que, para ellos, significaba salvar a la sociedad en su totalidad, salvar a la nación. El ministro de la Corte de Apelaciones de Brasil, juez Mello Mattos, para 1929, decía: "Para el Estado, el menor es un recurso social y económico (...); por esta razón el menor es algo precioso a la nación". Según Mello Mattos, los niños representaban "la base principal para poblar al país, el futuro trabajador, en la agricultura, en la industria, en el comercio y en todas las otras clases de producción". Su compatriota y coetáneo, el higienista Alfredo Ferreira de Magalhaes, aclaraba en la celebración del Día del Niño: "Cuando tratamos de buscar o recuperar la salud física o

moral de las criaturas débiles o decadentes, amenazadas por la contaminación del crimen, es a la sociedad a la que defendemos contra cualquier perjuicio, del cual el abandono de menores constituye una amenaza y un presagio. Sin lugar a dudas, el problema de la niñez es el mayor dilema nacional”¹⁶. El Estado con sus especialistas creía saber cómo enderezar, dentro del Sistema de Protección, a una infancia que demonizaba, pero que sabía que iba a constituir la mano de obra del sector productivo. El abandonado/delincuente, el inadaptable social, el peligroso, el de las bandas será así objeto de una batería de aplicaciones de los saberes en voga que se llevará a cabo dentro de una institución. En una institución estatal o privada, pues la familia, tantas veces considerada la “célula fundamental de la sociedad” en términos aparentemente generales, cuando pertenece a los estratos más pobres, debe rendir examen de competencia todos los días.

En pocas décadas, el fracaso de los centros de acogida, asilos, reformatorios, escuelas agrarias y técnicas, etc., etc., fue evidente. El sistema implosionaba, los técnicos dejaban de lado sus técnicas y aplicaban la vieja disciplina de mano dura, los presupuestos nunca alcanzaban. La inercia institucional hizo que perduraran por varias décadas más. Ni de fuera del sistema de protección ni de dentro, surgía la transformación que algunos técnicos señalaban.

Los cambios operados en el contexto socioeconómico e ideológico a nivel internacional, -que en América Latina supusieron el ajuste estructural, los gobiernos dictatoriales y la nueva modernización de los años 70 en adelante-, en el campo específico de los sistemas de protección de la infancia tomaron la bandera de las debilidades de estas instituciones, y del Estado en general, para ahora sí promover su transformación.

Para entonces, la "cuestión" de la infancia, había tomado un giro y una trascendencia no antes vista en el campo de los Derechos Humanos. Este proceso que muy esquemáticamente podemos sintetizar en la aprobación y ratificación por todos los Estados latinoamericanos de la Convención Internacional sobre los derechos de los niños y adolescentes, generó contradicciones en el seno de los Estados y particularmente, de los sistemas de protección. Al día de hoy podemos afirmar que estas contradicciones continúan.

Se hizo un esfuerzo real por legislar en materia de derechos para los niños y adolescentes, se abrieron espacios de capacitación en derechos humanos para la infancia, las instituciones públicas y privadas revieron sus políticas, y del balance, surgieron críticas severas a su gestión, los medios de comunicación acompañaron campañas publicitarias sobre los derechos de los niños.

En qué consisten, entonces, las contradicciones que apuntábamos? Tomaremos los puntos antes señalados.

Los nuevos códigos de la infancia y adolescencia, salvo excepciones, recorrieron un largo camino de marchas y contramarchas. Muchos de los anteproyectos fueron remiendos de los viejos códigos que aggiornaban y las sombras del "menor irregular" seguían presentes. El quiebre con una concepción tan arraigada como fue la creación de tribunales de menores, de códigos de menores para sólo un sector de la población infantil,

¹⁶ Wadsworth, James E. (1999) Brasil en 1922, la niñez en primer plano. Nacionalismo, infancia y la ideología del Estado benefactor en : Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, N° 235, Montevideo, Uruguay.

el único que hacía uso de estas figuras, no pudo efectuarse en una década. Los prólogos, las exposiciones de motivos de los nuevos códigos, anunciaban una nueva perspectiva acorde con los derechos de los niños, de todos los niños, y el articulado se deslizaba una y otra vez hacia la caracterización del marginal, del infractor, del abandonado, como único sujeto de la ley. Este proceso, salvo escasos ejemplos, se ha ido superando.

Con las instituciones de protección ocurrió algo similar, tal vez más agravado. Por un lado, la inercia institucional que ampara el burocratismo y el corporativismo, se avino mal a cambiar su rutina y sus métodos, a pesar de la crítica a la que se había sometido.

Por otro, el sistema de protección de la infancia, que constituye una parte muy sensible del entorno de las políticas sociales, debió asumir las transformaciones que el ajuste estructural propició. El recorte del gasto social introdujo severas modificaciones en la política institucionalizadora de las primeras décadas del siglo que seguían aplicándose con pocas variantes. Pocas veces el discurso y la práctica se aunaron tan espontánea como falsamente. La Convención Internacional sobre los derechos del niño reconoce en la familia y en la comunidad el medio natural para el crecimiento y el bienestar de los niños. Y establece, como las reglas de Naciones Unidas, que la privación de libertad, es decir, el régimen de internación, así se le llame de "protección", es una medida excepcional y de último recurso. Por ende, procura la desinstitucionalización y la desjudicialización de los problemas sociales. Las instituciones que se encontraban sobrecargadas de internos y de personal de atención hicieron rápidamente suyos los principios de la Convención. Respondieron a dos mandatos en un solo gesto: respetar los derechos de los niños y respetar el recorte del gasto social. Enhorabuena. La institucionalización de las carencias se redujo aceleradamente.

Algo, sin embargo, quedó sin contestar. Qué políticas sociales había, entretanto, emprendido el Estado para dar efectividad a los derechos de los niños? El art. 4 de la Convención dice: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán estas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan..." Algunas experiencias demuestran que la no institucionalización y la desinstitucionalización fueron gestos solitarios, no seguidos de ninguna previsión con respecto a los problemas sociales que los habían (mal) habilitado. Y que en algunos países la contrarreforma que la "seguridad ciudadana" reclamó, fue nefasta y peor para los niños.

Si la situación de los niños de los estratos más carenciados es la que plantean la CEPAL y UNICEF, si advertimos que el Estado minimizó su gasto social, qué destino tienen los "huérfanos/ abandonados" ? Y aquí, de pronto, se abre una vía múltiple y que podría constituir una segunda hipótesis de la "culpabilidad" de los padres abandonados: muchos serán adoptados para poder vivir en "un medio familiar sano, ajeno a su grupo de procedencia", acorde con la consideración de que la familia biológica de las clases bajas no constituye el enclave propicio para la formación del niño. Otros, ya convertidos en "abandonados/delincuentes" quedarán en las instituciones cerradas de seguridad. La institución familiar es un medio muy lábil para proteger la "seguridad ciudadana". Otros muchos deambularán entre familias, calles, trabajos, centros diurnos o nocturnos que las organizaciones estatales y comunitarias emprenden para sostener a los niños en su desamparo.

Hay una extendida sensación de confusión en todo lo que refiere a proyectos, metas, valores. Los niños se han convertido en centro de interés en la sociedad actual. Es un hecho innegable. Pero el tránsito de la invisibilidad de otrora a la exigencia de ciudadanía del presente es, por lo menos, incierto. Las contradicciones, las falsas afirmaciones de derechos en lo declarativo, los oportunismos, tiñen el proceso que se está recorriendo a pesar de todo ello. Los adultos tienen gran dificultad en aceptar el cambio, los niños no.

ACERCA DEL CONCEPTO Y PRACTICAS EN TORNO AL ABANDONO Y RIESGO SOCIAL

Héctor Erosa

La mirada del niño a partir de sus carencias, de sus problemas, aparejó la construcción de una doctrina llamada de la *situación irregular*; expresión que decía de la vida de los niños y los jóvenes que para la moral media se entendían *irregulares*.- A partir de esa mirada se concibieron estrategias de tratamiento y también desde ella se elaboraron los Códigos del Niño de las décadas del 10, 20 y 30. Fueron leyes que se construyeron a partir de las miradas a las situaciones que se definían como *irregulares*.

Desde esta perspectiva se puede entender que los Códigos se hayan estructurado a partir del abandono y de la infracción. Las mismas leyes reafirmaban las construcciones de *menor y niño* con lo que esto comprende en cuanto a objetos o sujetos de las leyes y de los tratamientos.- Esta mirada que en esencia lleva el objetivo del control social culmina al sostener que, en virtud de la irregularidad de las conductas, el *tratamiento* será *indiferenciado* y se llevará a cabo privando de la libertad a los niños o a los jóvenes, desconociendo la distinta naturaleza de los conflictos que pretende construir.

El tratamiento indiferenciado hará que se confundan el enfoque de intervención correccional-represivo y el enfoque asistencialista. Ambos modelos convivirán, a pesar de los discursos de los operadores que generalmente se han orientado hacia el asistencialismo.¹

Las situaciones catalogadas como de abandono moral hacen caer al “menor” en las llamadas “situaciones irregulares”, que promueven respuestas desde el derecho y de las cuales el “menor” será “objeto”.²

“La declaración de abandono material o moral, facultad discrecional del juez, constituye la columna vertebral de la doctrina de la situación irregular”.³

¹ Antonio Carlos Gómez da Costa (1992), Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente, Del Revés al Derecho, Galerna, Buenos Aires, Argentina.

² Emilio García Méndez y E. Carranza (1992), El Derecho de Menores como Derecho Mayor, en Del Revés al Derecho, Galerna, Buenos Aires, Argentina.

³ Emilio García Méndez y E. Carranza (1992). Idem.

Estas situaciones descritas como de *abandono moral* guardan gran similitud con el **estado peligroso** de los adultos. ⁴En ambas, la respuesta más adoptada fue el encierro institucional.

A su vez, desde la concepción tutelar, la intervención se ha justificado, en la esfera de lo asistencial-terapéutico casi naturalmente, como situaciones problemáticas merecedoras de ayuda.- La valorización positiva del *fin*, el *bien*, no permite advertir la problematicidad del *medio*, la institucionalización, la segregación social.⁵“ Esta polifacética difumación de la construcción del abandono, transido, además, de moral, es un poderoso instrumento de control social, operado para criminalizar la pobreza, en especial las modalidades que adopta la economía informal de sobrevivencia marginal”.⁶

La construcción punitiva del abandono

La realidad del abandono construida socialmente ⁷ al ser confrontada con la realidad fáctica a partir de una distinta conceptualización de abandono, desnuda *la selectividad del sistema, que institucionaliza y criminaliza exclusivamente a aquel abandono vinculado a la pobreza*.⁸ Es que el enfoque tutelar no puede librarse de la vertiente de defensa social.

El componente positivista de la doctrina tutelar determina que el institucionalizado y criminalizado termine siendo aquel individuo que es definido, explícita o tácitamente, como peligroso en virtud de que se dan en su vida los “factores etiológicos del delito”.⁹

Así, en la exposición de motivos del Código Penal dice: “... ha parecido conveniente complementar la acción defensiva de las penas con las medidas de seguridad... Este medio de defensa no se concibe racionalmente sin el complemento de la sentencia indeterminada. No debe sobrevivir al peligro ni desaparecer antes que él...”.¹⁰

El doble abordaje (compasión-represión) del abandono determina la respuesta a esa situación: la privación de libertad, la internación, fue la respuesta clásica que los técnicos desde distintos lugares del poder dieron a la situación o estado de abandono.-

El carácter punitivo se dirigirá así:

- a) *hacia el niño* en la medida que la respuesta puede ser la privación de libertad¹¹ o el desalojo de su grupo familiar y su adopción por terceros¹² *hacia los padres* en la medida que se les podrá hacer perder, limitar o suspender la patria potestad e imputar delitos.

⁴ Ofelia Grezzi y Carlos Uriarte (1992) *Infancia, Adolescencia y Control Social en Uruguay*, en : “Del Revés al Derecho”, Editorial Galerna, Buenos Aires.

⁵ Massino Pavarini, (1995) *Los confines de la cárcel*, ed. Carlos Álvarez, Montevideo.

⁶ Ofelia Grezzi y Carlos Uriarte (1992) obra. cit.

⁷ Peter Berger y Thomas Luckman (1968) *La construcción social de la realidad*. Ed. Amorrurto, Buenos Aires.

⁸ El artículo 23 del Estatuto del Niño y del Adolescente (Brasil), establece lo siguiente: “La falta o carencia de recursos materiales no constituye motivo suficiente.

⁹ Ofelia Grezzi y Carlos Uriarte (1992) obra. cit

¹⁰ Código Penal, Exposición de Motivos (1980) Ed. Amalio Fernández, Montevideo.

¹¹ Reglas de Riad, Resolución 45/113 del 2 de Abril de 1991.-

¹² Luis Fernando Niño (1991) Aspectos Sociojurídicos de la declaración del estado de abandono: la vieja trampa para cazar niños en “Ser niño en América Latina”, Unicri, Ed. Galerna, Buenos Aires.

En ambos casos la concepción punitiva desconoce los limitados espacios de alternativa en el marco de situaciones estructuralmente condicionadas.

Los datos sociales no se utilizan para situar y comprender al niño y a su familia como parte de una realidad social de un grupo, de unas relaciones sociales determinadas.- Contribuyen, en cambio, a la lista de lo que se considera desviaciones o fortalecen los preexistentes”¹³.

Los abandonados que son captados por el sistema de control institucional no dejan de ser víctimas de la violencia, entendida ésta como insatisfacción de necesidades básicas ¹⁴

La construcción punitiva puede, asimismo, aparecer en el aggiornamento del positivismo por las corrientes funcionalistas sistémicas, como una forma de prevención, de integración y fundamentadora de los valores del sistema, preservando su equilibrio.-¹⁵

Bajo la invocación de esta norma, se ha fundamentado repetidas veces la quita del niño a sus padres biológicos y la posterior entrega a otra familia la que, en condiciones económicas superiores a la de origen, ha demandado la entrega de un niño para su adopción.-

Esta dinámica genera una demanda de niños, especialmente bebés, a la cual hay que satisfacer.- Ello hace que se salga a la búsqueda de *niños para tales padres*, cuando lo que debiera hacerse es exactamente lo contrario: buscar *padres adecuados para un niño determinado*.-

La misma lógica opera en la adopción internacional, el tráfico y la venta de niños de los países empobrecidos del sur se satisface la demanda de los países del norte, económicamente poderosos, pero con carencia de niños por su baja tasa de natalidad.-

La calificación de *abandono culpable* del Código Civil no resiste el enfoque crítico: ¿culpable de qué?; la construcción punitiva del abandono castiga la pobreza.- El abandono de los niños de otras clases sociales no es castigado con la pérdida de la patria potestad y su posterior entrega para adopción.- Sólo se castiga el abandono culpable de los padres.- Por eso repetimos, ¿culpables de qué?.-

¿No estaremos ocultando el abandono al que sometimos a esas familias en una sociedad que produce marginación? ¹⁶

¹³ Elinor Bisig (1991) Aspectos Sociojurídicos de la declaración de abandono en “Ser niño para América Latina”. Idem.

¹⁴ Carlos Uriarte Los Derechos del niño-adolescente y violencia en niños y adolescentes en conflicto con la ley, Carlos Alvarez Editor, Montevideo. Alessandro Baratta (1995) La niñez como arqueología del futuro en :El derecho y los chicos, María del Carmen Bianchi Comp. Ed. Espacio, Buenos Aires ; Emilio García Méndez (1994) Brasil : De infancias y violencias, en : Derecho de la Infancia/Adolescencia en América Latina. Ed. Edino, Guayaquil, Colombia. Héctor Erosa (1995) art. Cit., Revista de Ciencias Penales, N° 1, Montevideo.

¹⁵ Gonzalo Fernández (1994) Ensayos de culpabilidad, Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad del Litoral, Santa Fe.

¹⁶ Art. 40 de la Constitución: “La familia es la base de nuestra sociedad.- El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad”

Abandono – riesgo social y defensa social y peligrosidad

Los casos más injustos del sistema están vinculados a la definición de peligrosidad de la situación de vida o del niño o joven al cual se etiqueta como peligroso.

Vincular abandono, riesgo social y estado de predelincuencia, tiene su culminación en el período nacional-socialista con la escuela de Kiel que fundamenta la intervención sobre el ciudadano en razón de un ser diferente al “normal” para la ideología dominante. Es decir se intervenía sobre el otro por lo que éste era y no por lo que hacía, en la medida que lo que era ponía en peligro a la sociedad.- Concepción autoritaria y clasista que divide a la sociedad en buenos y malos, sanos y enfermos, a partir de la idea de homogeneidad del cuerpo social, desconociendo y violando el derecho a ser diferente en una democracia y el derecho a la autonomía cultural.

Peligros de una conceptualización peligrosista de abandono y riesgo social

A partir del reconocimiento del niño como sujeto de derechos, quien interviene socialmente debe reconocer los límites de su intervención que no son ni más ni menos que el elenco de Derechos del Niño.- Solamente desde la visión del niño-objeto, se puede seguir pensando en un concepto de tutela que autoriza al operador de cualquier profesión a intervenir violando derechos.

El operador, por más jerarquía que tenga en lo político– institucional y quizás por ello mismo, necesita hacer conciencia de la necesidad de manejar en su actuación una serie de límites – derechos, que no los define ni impone él sino que constituyen el soporte del respeto del niño sujeto de derechos. Si violencia es violación de derechos, deberíamos demostrar qué derechos se violan cuando intervenimos con el concepto tutelar de abandono o riesgo social que coloca objetivamente al niño en situación de objeto de intervención pedagógica, terapéutica o jurídica o policial.

Abandono o riesgo social e infracción y defensa social

A partir de la selectividad del sistema penal de menores, se elige un joven, sobre el cual se interviene, con la excusa de la infracción, el abandono o el riesgo social.

Abandono y quita de niños, abandono y adopción

Las posibilidades de protección, en el contexto de concepciones tutelares, será dada por familias que responden a un patrón cultural similar al del operador, o por lo menos más aproximado que el de la familia biológica, por lo que se comparten con ésta valores culturales calificados como más positivos, necesariamente vinculados a la clase en sí.

La llegada y definición de un técnico a una familia, su definición de la situación de ésta como de *riesgo social*, provoca la gran posibilidad de que el sistema tutelar *intervenga sobre los otros miembros de la familia* que no habían sido captados por el sistema penal, a los cuales también los mecanismos de control social los privarán de libertad sin que hayan violado las normas penales. En nuestra actuación profesional nos tocó vivir situaciones

donde se internó a los hermanos pre-escolares de los infractores, invocando a partir del concepto de riesgo social, una finalidad de bien, de auxilio a sus hermanitos con total desconocimiento de los derechos que se violaban. La incapacidad institucional para formular proyectos no institucionalizadores que permitan ir desarrollando, con trabajos comunitarios en el medio donde viven los niños, la promoción social del conjunto de la familia, no percibe que la política de internación es asimismo una política de inasistencia y abandono a la familia.

En el mismo caso, el informe técnico impidió sistemáticamente el egreso al joven, ya que había una valoración negativa de las condiciones de vida familiares, condiciones similares a las que viven un número importante de niños y jóvenes uruguayos. Entonces nos preguntamos ¿porqué se interviene sobre este joven y no sobre los demás?, ¿por qué cometió una infracción?, ¿y cuántos cometen infracciones y no son captados por el sistema de control?, ¿Por qué este y no otro tuvo que sufrir la intromisión de técnicos en su vida, que terminarán quitándoles lo único que tenía, su libertad?. Los operadores justifican su intervención en base al concepto de protección, ante el desamparo o la defensa social. Se niegan a reconocer que la otra cara de la protección – compasión es la represión, ya que la respuesta es la privación de la libertad por incapacidad de elaborar programas de efectivización de derechos en libertad. En el mismo caso, al infractor se le impedía el egreso a través de informes que evaluaban condiciones de vida, educación, cultura, desde la concepción pequeño – burguesa, que evaluaba la inconveniencia para la sociedad del retorno a la libertad, ya que se mantenía latente el peligro de desviación, y se fundamentaba la negativa al egreso en la protección del joven, y en el mal uso que haría de su libertad.

Esto último, nos lleva a vincular abandono y riesgo social con peligro, cuando partimos de la puesta de valores no reconocidos como parte de una idea del mundo, de una ideología: en el fondo se maneja la idea de predelinuencia y determinación al delito, obviando el carácter definitorio y selectivo del delito.-

El carácter selectivo del abandono

Por ello se selecciona sólo, por causa de abandono moral, a aquel sujeto vulnerable y “diferente”, de familia vulnerable y “diferente”. Quien sea “diferente” a quienes pueden definir el abandono podrá ser institucionalizado. No serán institucionalizados los niños que no sean “diferentes” a quienes tienen el poder de definición. Esta selectividad implica una flagrante violación al principio de igualdad, de rango constitucional. Asimismo demostrará su ineficacia en el objetivo tutelar, ya que la medida que se toma, la institucionalización, significa, en muchos casos, un real “abandono” de la protección de bienes jurídicos.

Los criterios de selectividad que se utilizan para definir una situación como abandono, reproducen y amplifican los mismos criterios de selectividad empleados en la definición de la clientela carcelaria.-

“Por tanto, el espectro de la peligrosidad -a veces entendido reductivamente en los términos positivistas, otras veces en los más sofisticados del juicio político- ha servido para

seleccionar la desviación en función de la articulada pluralidad de respuestas de control social”.¹⁷

El abandono que padece el niño que no es definido como “peligroso” a quien define, en definitiva, el niño que no es “menor”, se resuelve por instancias de control social no formal, no penal. A estos niños se les procurará vías de resolución que no impliquen la privación de libertad, la institucionalización. Por ejemplo, la atención terapéutica privada o la reparación material del daño de su conducta a cargo de sus responsables. Esto también deja en claro el carácter selectivo de la conceptualización tutelar y punitiva del abandono. En esta situación la selectividad opera negativamente.¹⁸

Es desde ese lugar de poder, sustentado en un saber legitimador, que se define y, por ende, se selecciona.

“Aquí se plantea un interrogante acerca de la legitimidad de las medidas adoptadas, en tanto ignoran el derecho de los padres a recibir asistencia del Estado para la crianza de sus hijos, y lesionan su derecho a conservarlos dentro del seno familiar, como así también el derecho mismo de los menores a la preservación de su identidad y su pertenencia a una cultura”.¹⁹

Selectividad y punición en un caso concreto.-

Dos menores son conducidos al juzgado imputados de homicidio del concubino de su madre. Se resuelve internarlos con “medidas de seguridad”²⁰.- Por razones de edad, uno será internado en Miguelete (mayor de 15 años) y el otro en el de Burgues (menor de 15 años). En ese año los expedientes de la justicia de menores se llevaban por menor y no por hecho, algunas veces incluso nos encontramos con expedientes “familiares”. Este es uno de esos casos y quien tenga la posibilidad de acceder a él se encontrará con que es “la crónica de una muerte anunciada”, ya que la conflictividad familiar aparece en forma permanente a lo largo de los años de trámite del expediente. Dicha conflictividad llevó a que ambos hermanos se fueran de su casa, teniendo uno de ellos 6 años de edad.

Como antecedentes infraccionales tenían hurtos de muy poca cuantía.

Una vez internados, los correspondientes equipos técnicos del Instituto Nacional del Menor (INAME) comienzan a desarrollar su tarea. Se realizan visitas al ranchito donde vivía la familia y se llega a la conclusión de que el vínculo de la madre con los hijos era sumamente negativo. Habiendo chicos de edad preescolar, se decide su internación en la División Amparo de INAME.-

Al día de hoy, a estos chicos preescolares, se los trasladó a un establecimiento del INAME, en las afueras de la ciudad donde residían. Se le paga a la madre el pasaje en ómnibus para que los visite periódicamente. ¿Se habrá querido disminuir la “negativa” influencia materna con la distancia?.

¹⁷ Massino Pavarini (1995) obra cit. Ver ut supra cita de Pavarini, referente a Nota 5.

¹⁸ Emiro Sandoval Huertas (1989) Sistema Penal y Criminología Crítica, Ed. Themis, Bogotá.

¹⁹ Elinor Bisig (1991) obra. cit.

²⁰ Medidas de seguridad es un término de creación jurisprudencial, que no concuerda con las medidas de seguridad educativas de creación legal. La creación jurisprudencial atiende meramente a requisitos custodiales.

De los dos hermanos internados por infracción uno se fugó, y a junio de 1998, ambos habían cumplido con el tiempo de internación dispuesto.

A la fecha se ha logrado el egreso del que estaba en Burgues como infractor, pero se lo deja dentro de la órbita del INAME, para que por razones administrativas pueda seguir recibiendo cierta ayuda, ¿Por qué elegimos este caso?, porque nos resulta ilustrativo de lo que es el sistema de control social. La intervención del sistema a partir de la muerte del concubino de la madre de los chicos termina internando a todos los menores. A unos responsabilizándolos del homicidio, a otros bajo la invocación de su tutela. La privación de libertad alcanzó a todos los menores del grupo familiar, nunca hubo un equipo de técnicos apoyando, con continuidad, en el “afuera” a esta familia. Como tampoco lo hay apoyando a las otras familias, vecinas a la del caso, que viven con las mismas vulnerabilidades. La mayoría de los técnicos del INAME sigue defendiendo el trabajo desde el encierro. No hay propuesta de desarrollo de proyectos de vida en libertad. En este sentido no hay diferencias entre las Divisiones Alta Contención, Rehabilitación o Amparo del INAME. Las experiencias de trabajo en libertad y con el acuerdo voluntario de los niños y adolescentes son escasas. Conceptualmente en todas las Divisiones de INAME se continúa construyendo punitivamente al abandono. Hay muchos técnicos que plantean a los Defensores trabajar en equipo, pero no logran visualizarse como operadores del sistema de control social de los menores. Es decir, cuesta vivenciarse a sí mismo como controlador, primando la percepción de sí mismo como terapeuta, educador, etc. Y con una concepción omnipotente de la rehabilitación. Muchas veces hay operadores que logran comprender que cumplen con ese rol, pero la internalización de eso ya es mucho más difícil, y excepcionalmente se logra.

En los tres módulos del sistema de control de menores los operadores reciben una formación formación, sea sistematizada o no, a veces por ósmosis, que va desarrollando un perfil de técnico, propio de cada uno de esos lugares (cultura institucional).- El rasgo común, si tomamos en cuenta actitudes, no discursos, es la aceptación y el convencimiento de la eficacia de la institucionalización, del encierro.

Los programas de promoción de derechos y reducción de vulnerabilidad, que impliquen el abordaje de los niños en su medio, en libertad, contando con el consentimiento de éstos, son escasos y no se comprueba voluntad institucional de desarrollarlos, de potenciarlos, son meramente testimoniales. Si este tipo de trabajo queda en manos exclusivas de las Ongs., corremos el riesgo de que el INAME sólo atienda aquella población de extrema dificultad: los que padecen problemas psiquiátricos y los infractores “peligrosos”.

En el caso presentado la selectividad y la construcción punitiva del abandono aparecen claramente en los chicos preescolares. En el caso de los infractores, su situación social y familiar extenderá el período de privación de libertad. Aunque en verdad debemos reconocer que no es la situación social y familiar, sino la valoración de esa situación por los técnicos ²¹, que el azar haya puesto en el camino de los infractores.

²¹ Asistentes Sociales, sicólogos, siquiátras, educadores, jueces, fiscales, defensores etc.-

El abandono determina un plus punitivo en la infracción

Esta concepción de abandono desde la perspectiva tutelar, trasciende el marco de la peligrosidad sin delito, incuestionablemente deslegitimada, para influir también en el ámbito de la infracción, como se manifestó en el caso anteriormente señalado. En este ámbito, el abandono incide de distintas maneras en el control a efectuarse.

Una de ellas es en cuanto a la elección de la medida de seguridad, en función del grado de peligrosidad – abandono que se defina. Otra manera es prolongando la duración de las medidas. En este caso la prolongación se puede pretender al solicitar un tiempo mayor de extensión de la medida por parte del fiscal o al determinar por el juez el alcance temporal de la misma.

Pavarini estudiando los criterios de selectividad para admitir a un sujeto en el circuito de alternativas a la cárcel plantean un criterio que no es otro que el de reparar el grado de abandono que padece dicho sujeto. Este criterio que plantea Pavarini es determinante de un plus de internación del menor infractor. “...este es un dato ya evidente y bien estudiado por la sociología que aquellos en quienes se puede confiar son los más “ricos” personalmente en recursos sociales externos (familia, educación, trabajo, etc.).”²²

Esta concepción del abandono, también opera como determinante del informe que los técnicos del organismo ejecutor elevarán al juzgado.- El tratamiento propuesto será de una mayor duración si el técnico que lo define es sensible a las ideas y los pronósticos de peligrosidad, siempre vinculados a la concepción tutelar del abandono, a su construcción punitiva, aunque no se explicita. En consecuencia, el tiempo de internación será distinto y la pena mayor. En determinado momento, llegará al juzgado un informe proponiendo un cambio en el régimen de la medida o avalando el egreso.- Nos queda la duda de si en esa circunstancia, el “peligro” se ha desvanecido por la evolución del menor, el abandono ha sido superado o el técnico ha entendido que se ha cumplido con el castigo por la comisión de un acto que moralmente vivía como reprochable. Obviamente que en este último caso la actuación del técnico no tiene porqué haber sido consciente de este significado. La medida es aplicada sobre el otro que es “diferente” y que por eso mismo tiene una concepción del mundo, de las relaciones sociales, del hombre y de la moral lógicamente diferentes. El acto infraccional aparece como la objetivación de esas diferencias, “legitimando” la respuesta.

La responsabilidad en el abandono.-

La concepción tutelar del abandono tiene efectos en el plano de las responsabilidades, únicamente sobre la familia, desconociendo la corresponsabilidad social, en la medida que establece la responsabilidad estatal en forma subsidiaria. Se deja de lado la realidad de un marco estructural que fomenta las situaciones, que posteriormente serán sancionadas, para dar respuesta a lo inmediato. Opera sobre los efectos, lo que hace que siempre se marche atrás de la problemática. Crea la ilusión que atiende al abandono, pero

²² Massimo Pavarini (1995) obra cit.

la respuesta es sólo simbólica, ya que de 290.000 niños viviendo por debajo de la línea de pobreza interviene atendiendo solamente a 18.709.-²³

“El Instituto Nacional del Menor (INAME) –organismo competente en esta materia- se encuentra desbordado por las urgencias y puede atender apenas una ínfima parte de la infancia más carenciada –los problemas más graves o más explosivos- pero no tiene capacidad de respuesta ante situaciones sociales, familiares o culturales que determinan la emergencia de los problemas”²⁴

Lamentablemente el INAME no facilitó los datos solicitados para la realización de este trabajo, excusándose en la falta de tiempo para su obtención.- La solicitud fue efectuada en carta presentada en INAME el 1° de noviembre de 1995 y se pretendía que se suministrara la información en febrero de 1996, es decir, que la institución disponía de más de tres meses para evacuar la consulta a su promocionado sistema computarizado. La democratización de los datos es una aspiración y una necesidad de todos quienes estudiamos y trabajamos en torno a la temática de la minoridad. Se supone que, en democracia, la información no es propiedad de quien ocasionalmente está en poder de ella y que la tolerancia con eventuales discrepancias conforma, de manera imprescindible, el espíritu pluralista, que, desde el fin de la dictadura, se supone que nos debe orientar.

No hay duda de que del universo de niños viviendo en condiciones de pobreza crítica, la definición que realiza la doctrina tutelar del abandono, síntesis de protección y defensa social, abarcará a la mayoría, será la gran trampa caza niños.²⁵

Para visualizar al sistema como el gran cazador basta atenerse a la definición del artículo 121 del Código del Niño de 1934, aún vigente, sobre abandono moral, de cuyo cuño positivista emerge la etiología multifactorial²⁶, de la cual es ejemplo el párrafo siguiente: “...lo que interesa es saber cuales son los factores que han colocado al menor en la pendiente del crimen... la herencia, el abandono moral, la mendicidad, la prostitución, la irregularidad escolar, las deficiencias de higiene, los malos ejemplos, los malos tratamientos, etc...”²⁷

El concepto de riesgos: Distinto perro con el mismo collar.

Sin apartarse de la conceptualización punitiva del abandono, criminalizante de la pobreza, surge la terminología del riesgo social, que actualiza las situaciones que se definían como de abandono moral. Las consecuencias serán las mismas. Bajo la voluntad honesta de la protección se abrirá una ventana con el concepto de riesgo, por donde se colará el enfoque penal de la defensa social. ¿A qué riesgo se terminará atendiendo? ¿Al menor o al riesgo de la sociedad?.

²³ Fuentes: a) Niños y mujeres del Uruguay, compromiso de todos, UNICEF.- b) Diario El Observador, 14 de agosto de 1995, pag. 27 y c) Informe de la Comisión investigadora sobre respuestas estatales a los problemas que plantean la minoridad carenciada y los menores infractores, Anexo al repartido N° 850, setiembre 1994, Montevideo, Uruguay.

²⁴ Alejandro Bonasso y Javier Lasida. La Niñez en el Uruguay, Carlos Alvarez Editor.

²⁵ Luis Fernando Niño, obra. cit.

²⁶ Ofelia Gressi y Carlos Uriarte (1992) Infancia, adolescencia y control social en Uruguay en : “Del Revés al Derecho”, Editorial Galerna, Buenos Aires.

²⁷ Código del Niño, obra. cit., pag.36.

El “abandonado moralmente” volverá a correr el “riesgo”. “...la construcción social de la desviación que subyace al paradigma asistencial – terapéutico está tendencialmente llevada a dilatarse en razón directa a la “natural” expansión de las situaciones de problematidad social.- No podría ser de otra manera: si y en cuanto la intervención administrativa de tipo asistencial – terapéutico está subordinada a las definiciones de una situación social como problemática, no puede escaparse a la potencialidad ilimitada de la categoría misma, su ontológica aptitud para reabarcarse espacios sociales cada vez más amplios... No existe límite alguno a la intervención, sino justamente tautológico de definir la situación social como necesitada de intervención”²⁸

Esta amplificación de la “problematidad social”, hace descubrir permanentemente nuevos “factores de criminalidad”, que conllevan una expansión del control social. Esto debe entenderse también en términos de cambios cualitativos en la definición. Aquellas nuevas situaciones de “problematidad”, que requieren de la “ayuda” del sistema asistencial – terapéutico, al ser motivo de la intervención con construidas como situaciones merecedoras de control.

De allí que en la conceptualización de “riesgo” que se ha propuesto por algunos autores, veamos una nueva producción social de la desviación, con los efectos expansivos del control social que supone. Dicha construcción participa en el mismo grado, de la deslegitimación de la construcción punitiva del abandono en la doctrina tutelar resultante de la “constatación social de su operatividad real”.²⁹

Pena y culpabilidad

Esta concepción punitiva del abandono o riesgo social no toma en cuenta los espacios de alternativas de que dispuso el sujeto llamado a responsabilidad³⁰. Culpará a un sujeto mediante un juicio de “reproche”, descartando la aplicación del principio de culpabilidad, como reductor y limitador del poder punitivo, poder que trata igual a los desiguales. Imputa la responsabilidad total al individuo o a la familia, cuando lo cierto es que sería de estricta justicia atender a otras coculpabilidades.

Como decíamos anteriormente la construcción punitiva del abandono alcanza injustamente al niño, para quien no se manejan criterios de no exigibilidad social de comportamientos conforme a la ley, que atienden a las distintas realidades desiguales, en cambio, lo hace con criterio punitivo, criminalizando sólo aquel abandono vinculado a la pobreza.

Demás está decir que en la construcción punitiva del abandono muchas veces asistimos a una culpabilidad que no está basada en un acto, sino en la manera de ser. Y lo que es más grave todavía, en algunas circunstancias, la referencia no es el propio niño, sino la cualidad, forma de vida de otro sujeto, el adulto responsable de aquel.

Es de destacar la necesidad de apreciar con referencia al sujeto que se castiga el grado de exigibilidad para actuar conforme a la norma y el alcance de la culpabilidad social

²⁸ Massimo Pavarini (1995) obra. cit.

²⁹ E.R. Zaffaroni (1989) En busca de las penas perdidas. Ed. Ediar, Buenos Aires-

³⁰ Alessandro Baratta (1987) Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal. Criminología y Derecho I, FCU, Montevideo, Uruguay

(co-culpabilidad). No es posible en un Estado de Derecho castigar por sus actos a un individuo (ej.: pérdida de la patria potestad) sin atender el grado de culpabilidad. Las omisiones en sus deberes frente a sus hijos debe ser valorada atendiendo a sus posibilidades de participación y resolución en sus conflictos sociales.

La construcción del abandono que realiza la doctrina tutelar es coherente, en referencia a su carácter punitivo, con la concepción que maneja de la responsabilidad³¹, castiga a los padres; desconociendo al hombre como actor social. Reconocer otras responsabilidades implica realizar una mejor valoración jurídica, con efecto reductor hacia los padres, pero ampliando el elenco de sujetos responsables del abandono a la comunidad, la sociedad y el Estado, quienes deberán responder en la medida de sus omisiones. Recordamos que en forma voluntaria nuestro país ha asumido un compromiso muy preciso al ratificar la Convención de los Derechos del Niño (Ley 16.137), reafirmado en la Cumbre de Presidentes.

De alguna forma en la construcción punitiva del abandono hay una postura antropológica que percibe al hombre como un sujeto libre y racional, pensamiento de neta influencia iluminista. Pero cierto es que en la actualidad, "...una visión más realista del hombre, sin negar la libertad, nos muestra, de todas formas, su condicionamiento social, la coerción psicológica y social que pesa sobre el individuo al momento de escoger un patrón de conducta determinado".³²

Estas consideraciones impiden asimismo aceptar la pérdida de la patria potestad por abandono per se, donde no hubo indagación y comprobación de la culpabilidad.³³

Va de suyo que realizamos una valoración negativa del análisis de responsabilidad por el abandono en atención a una "culpabilidad por conducta de vida", cuyo desarrollo final concluye con elaboraciones totalitarias de la Escuela de Kiel, fundamento del régimen nazi. Por otro lado asoma la teoría del sujeto responsable de Bustos Ramírez como un esfuerzo de adecuación de la culpabilidad en el marco de un Estado de Derecho.

Hacia una conceptualización garantista del abandono.

Una concepción garantista parte del reconocimiento de:

- a) la importancia de la familia, entendida ésta como el ente de crianza, descartando el patrón de "normalidad" de la familia tradicional de clase media;
- b) la ausencia de políticas sociales hacia la familia como causa de abandono. La mayor parte de los abandonos son fabricados por omisión de políticas públicas. Esta omisión genera una situación de exclusión social de la familia;
- c) el derecho del niño a tener su familia y vivir con ella, entendiendo como grave la desvinculación de sus padres biológicos, que viola su derecho a la identidad;

³¹ Ver ut supra : La responsabilidad en el abandono.

³² Gonzalo Fernández. Culpabilidad y teoría del delito.

³³ Exposición de Jacinta Balbela en el "Segundo Seminario de Minoridad y Derechos Humanos", que tuviera lugar en 1994 en la Intendencia Municipal de Montevideo.

d) en la judicialización del abandono, éste deja de ser una situación social para transformarse en jurídica. El paternalismo jurídico verifica una incompetencia básica: la imagen que construye es de niño – problema, niño en situación irregular;

e) el Estado interviene en forma individual e inconveniente: internación; el niño se convierte en un ser sobre el que se interviene: es objeto de derecho.

La consideración del abandono desde una visión garantista deberá tomar en cuenta que:

a) no se realice bajo los presupuestos conceptuales de las llamadas “situaciones irregulares” de la doctrina tutelar,

b) ni que sea motivo de la intervención del control penal, ya que descartamos la construcción punitiva del mismo.-

Ambas circunstancias (situación irregular – punición) van de la mano cuando se interviene controlando bajo el enfoque de la defensa social. Situación irregular y punibilidad son inseparables. La institucionalización ha sido la forma de ejercicio del control social ante las llamadas situaciones irregulares. Ante ello, el saber jurídico debe utilizarse como “herramienta encaminada a limitar la violencia selectiva del sistema penal”.³⁴

La Comisión investigadora sobre respuestas estatales a los problemas que plantean la minoridad carenciada y los menores infractores de la Cámara de Representantes en su Informe de setiembre de 1994, proponía al Plenario que facilitara alternativas de solución, entre otras, la siguiente:

“Promover la desjudicialización de los menores carenciados, en estado de abandono moral o material, redefiniendo el artículo 121 del Código del Niño. Sería preciso además, rever los procedimientos frente a situaciones que no constituyen figuras delictivas pero donde existe una tendencia a darles un tratamiento similar, el caso por ejemplo de la fuga, la prostitución y la condición de ser HIV positivo por parte un menor. De esta manera se lograría que la noción de infracción pueda ser una categoría sociológica...

Se considera necesario que se promueva la desjudicialización de los menores abandonados.- En opinión de esta Comisión, el tema no justifica que se encuentre en la órbita del Poder Judicial. Se contribuirá de tal manera, a la labor de los Jueces de Menores permitiendo que se destinen sus esfuerzos a atender los problemas de la minoridad infractora”.³⁵

Sería importante que en el ordenamiento jurídico positivo existiese una norma similar a la redactada por el legislador brasileño en el artículo 23 del Estatuto del Niño y del Adolescente, el cual establece: “La falta o carencia de recursos materiales no constituye motivo suficiente para la pérdida o la suspensión de la patria potestad. Párrafo único: Si no existe otro motivo que por sí sólo autorice que se decrete la medida, el niño o

³⁴ Gonzalo Fernández (1994) Ensayos de culpabilidad. Obra cit.

³⁵ Anexo I al Repartido N° 850, pag.11 y 14.

el adolescente será mantenido en su familia de origen, la cual deberá obligatoriamente ser incluida en programas oficiales de auxilio”.³⁶

Tampoco debería ser la pobreza, motivo suficiente para la internación, para la privación de libertad, ni para la adopción, legitimación adoptiva ni adopción internacional; en definitiva, para la separación del niño de su grupo familiar. Los institutos de legitimación adoptiva (adopción plena) y de adopción internacional deben ser considerados en casos estrictamente excepcionales, ya que está en juego el derecho a la identidad familiar y cultural. Asimismo se corre el riesgo de que estos institutos sirvan, en ciertas circunstancias, de envase jurídico que encuadre el tráfico y la venta de niños, expresión máxima del niño como objeto.

El modelo correccional y/o asistencialista, con fundamento en la ideología de la rehabilitación, difícilmente escape de su propio “encierro”, manteniendo la centralidad de la privación de libertad: “el ciclo perverso de la institucionalización compulsiva”³⁷.- Una concepción garantista planteará formas nuevas de trabajo:

“El niño deja de ser visto como un manojito de carencias y pasa a ser percibido como sujeto de su historia y de la historia de su pueblo, como haz de posibilidades abiertas para el futuro. Ahora se pregunta por lo que él es, por lo que él sabe, por lo que él hace, o lo que él es capaz”.³⁸

Una concepción garantista del abandono conlleva una metodología de trabajo en la propia comunidad de origen del niño. Una metodología que parte de una clave garantista, aboga por el trabajo social y educativo en el marco de alternativas comunitarias de atención.

Una concepción garantista parte del reconocimiento de que el niño tiene todos los derechos de cualquier habitante, a los que agrega, algunos específicos en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño. Esta concepción debe reconstruir los problemas de la infancia reconociéndolos como violación a derechos. Tal la conceptualización lograda en el Proyecto de Código del Niño que se redactara entre INAME, Jacinta Balbela, R. Pérez Manrique y el Colegio de Abogados, con la participación decisiva de los técnicos aportados por UNICEF.

Hay situaciones, entonces, en que la intervención judicial debe ser necesaria. Son aquellas donde se entienda que en la resolución del conflicto social se va a vulnerar derechos. Por ej.: El derecho a la libertad y a vivir con su familia en caso de las internaciones; el derecho a la identidad familiar, a la identidad cultural y el derecho a vivir con su familia en las adopciones, legitimaciones adoptivas y adopciones internacionales. La desjudicialización del abandono no es “abandono judicial” de protección de derechos del niño. El sistema de justicia como protector de derechos del niño, debe afirmar su rol. De lo que se trata, entonces, es de que no le haga cumplir a la policía, al juez, y al fiscal el rol de asistente social, del psicólogo.- De lo que se trata es que el juez, no intente reparar lo que no resolvieron otros (los economistas, los legisladores, etc.), porque no lo va a poder realizar y caerá en una mera intervención simbólica. La justicia debe resolver el conflicto

³⁶ Estatuto del Niño y del Adolescente, Secretaría de Prensa de la Presidencia de la República, Brasil 1991, pag.19.-

³⁷ Antonio Carlos Gómez da Costa (1992) del Menor al ciudadano niño y al ciudadano adolescente. Obra cit.

³⁸ Antonio Carlos Gómez da Costa, idem.

jurídico, no otro. Cuando se le presenten conflictos de naturaleza no jurídica, debe devolverlos a la sociedad. El sistema de justicia no es omnipotente, sus operadores no son omnipotentes. Si no devuelve aquellos conflictos que le llegan, que no sean de naturaleza jurídica, termina cumpliendo un rol funcional al ocultamiento de las reales soluciones a los conflictos. El rol de ilusionista seguirá, consciente o inconscientemente, orientado por el enfoque penal de la defensa social. Ese rol la llevará a intervenir de la peor forma: vulnerando derechos del sujeto más débil: el niño. En ese caso reafirmará la centralidad de la internación con el grado de violencia que esto apareja y hará uso del Derecho como instrumento de control del niño, descalificando el momento jurídico. Esta actitud conlleva la construcción punitiva del abandono, vinculándolo a la pobreza y a una moral homogeneizada, dejando aparecer la selectividad del sistema. Cuando están en juego derechos, cuando exista un conflicto de derechos, allí sí debe intervenir el juez cumpliendo su rol verdadero; resuelve la contienda utilizando el Derecho como instrumento de defensa de los derechos del niño. Aquí la fiscalización de los derechos del niño revaloriza el momento jurídico.

Por lo tanto, el ingreso al sistema de justicia no debe prevenir nada, no debe evitar nada, sino simple e indefectiblemente, asegurar derechos.