

# COMENTARIO AL PROCESO DE REFORMA LEGISLATIVA EN BRASIL

*Edson Seda*

**SUMARIO:** 1 Sujeto y Ciudadano; 2 La víctima; 3 El victimario 4  
La dinámica de la protección integral.

## **1. Sujeto y ciudadano**

### ***Una antigua doctrina***

Es sabido que hasta fines de la década de los '80, la doctrina social y legal para niños y niñas imperante era una doctrina de la minoridad absoluta, también conocida como doctrina de la situación irregular.

Esa doctrina veía a los niños y a los adolescentes como menores o como objetos en situación irregular, porque a través de ella se veía a los niños y a las niñas no como aquello que eran (seres regulares) sino aquello que no eran (seres irregulares): no eran capaces, no eran sujetos de derechos y de deberes ni eran autónomos en relación a sus padres o en relación al Estado.

Ese sistema de minoridad absoluta o de situación irregular era un sistema de exclusión social y ética de los niños considerados menores. Ahora se pretende incluir, no excluir, a los niños del mundo de las personas que conviven socialmente.

### ***De las inclusiones y de la exclusión***

Cuando creamos instituciones para excluir a niños y niñas de la convivencia entre las personas (internados, intervenciones abusivas de las familias sobre los niños, abusos u omisiones de las empresas, de la escuela o del Estado, por ejemplo) los estamos tratando como menores, objetos de los adultos que se consideran mayores, y no como niños y adolescentes, sujetos sociales en sí mismos.

En la nueva concepción, la sociedad se organiza a través de mecanismos sociales que incluyen a los niños y a las niñas en el sistema de convivencia social, de educación, de salud, de deporte, de cultura, de esparcimiento, de seguridad pública, de justicia, de trabajo, de producción y consumo, entre los principales. Están incluidos en el sistema social no por mera voluntad de los padres o responsables ni por la voluntad de una autoridad del Estado (que podrían hacer lo contrario si quisieran), sino porque son lo que son en sí mismos, tienen una voluntad propia que pueden manifestar y tienen un sentimiento personal acerca del mundo.

Los niños y los adolescentes deben ser incluidos en el sistema de vida de una sociedad (convivir en familia, en comunidades y en sus relaciones de producción y consumo, o con los poderes públicos) por el hecho relevante de que efectivamente son ciudadanos y, por consiguiente, son sujetos de derechos y de deberes. Dicho de otra manera, son incluidos en el sistema social de vida de las personas, no para ser ciudadanos (o sujetos de derechos y deberes) en el futuro sino por ser ciudadanos (y sujetos de derechos y de deberes) aquí y ahora.

### ***El sistema de la protección integral***

El cambio en este modo de sentir y pensar el mundo infanto-juvenil se debe a un nuevo sistema que se está construyendo para el siglo XXI: el sistema de

protección integral a la ciudadanía. Con éste, se pretende proteger a niños y niñas no en instituciones para menores sino en el sistema multiparticipativo y abierto de la ciudadanía social, cuyos sujetos son ancianos, adultos, adolescentes y niños. En este sistema, niños y adolescentes -como los ancianos y los adultos- son sujetos y son ciudadanos.

### ***Cómo actuar sin exclusión social***

Quien piensa y percibe a las personas según esta concepción quiere integrar a todos, sean niños y adolescentes o adultos y ancianos, a los mecanismos que conllevan los beneficios públicos de producción y consumo de bienes, de educación, de salud, deportivos, culturales, de esparcimiento, de seguridad pública, de justicia y de vida en familia y en comunidad. Se tiene la esperanza de que haciendo un esfuerzo en este sentido se esté trabajando para una sociedad que permanentemente combata toda forma de exclusión social. En la vieja doctrina asistencialista se reclamaba una sociedad justa para combatir la exclusión; en la nueva doctrina, dialécticamente, se combate la exclusión social para llegar a una sociedad justa.

De este modo, construir un nuevo sistema que respeta la ciudadanía significa crear una nueva tradición en la que se alteran las antiguas tradiciones (antiguos hábitos, usos y costumbres) que amenazan y violan derechos. Eso significa al mismo tiempo mantener las tradiciones que respetan los derechos ahora éticamente reconocidos como exigibles. A continuación se describirá cómo se están creando mecanismos sociales para hacer efectivas esas exigencias en Brasil, a partir de 1990. En otras palabras: cómo, después de la Convención de 1989 se crean en el país mecanismos de exigibilidad de derechos.

### ***La nueva democracia participativa***

Ese cambio de sistema conduce a un importante cambio de percepción en la condición ciudadana: dejar de pensar y sentir la democracia como un mero proceso de representación del pueblo (democracia representativa), y pasar a pensar y sentir la democracia como un doble proceso de representación y de participación. Esa es la nueva democracia participativa que las personas (participando) construyen en el día a día de sus vidas rumbo a la ética del nuevo milenio.

Pocas veces las personas tienen la oportunidad de avanzar en un cambio tan significativo en la historia de la humanidad. En quinientos años de historia controlando a la sociedad, los Estados latinoamericanos y del Caribe (herederos del autoritarismo europeo de España, Portugal, Inglaterra y Francia) negaron la participación.

### ***La tradición y la ética***

Si se quiere construir una nueva ética, es necesario alejarse de las tradiciones que crearon los vicios de la sociedad que no percibe a ciertas personas como sujetos. Al mismo tiempo, es necesario mantener las tradiciones que ayudan a vivir mejor, con equidad, con respeto al prójimo y con un equilibrio entre los derechos y las obligaciones. Sin programas organizados para ese fin, jamás será posible alejarse de las tradiciones que vulneran derechos.

Es necesario, entonces, reafirmar cosas tan obvias, precisamente porque muchas personas rechazan la nueva ética con el argumento de que colisiona con la tradición en la que se ha estado acostumbrado a vivir: tradiciones que desprecian la ciudadanía, que no respetan a los sujetos, que no respetan los

derechos humanos. La práctica indica que allí donde no se respetan derechos de adultos y ancianos, tampoco se respetan los derechos de los niños y de los adolescentes, y viceversa.

### ***Los derechos y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño***

En estos tiempos está muy de moda el concepto de globalización como fenómeno económico-financiero; pero existe también, en el siglo XX, una globalización progresiva en relación con el niño: primero, con la Declaración de Ginebra de 1924, después con la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y finalmente, con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989. Esa globalización imperfecta en su construcción histórica puede y debe ahora ser perfeccionada.

### ***Una globalización imperfecta***

Después de 1924 tuvo lugar la gran crisis financiera mundial de 1929, que destruyó las economías capitalistas, seguida por la Segunda Guerra Mundial y la Guerra Fría. De los escombros de 1945 surgieron las convicciones para la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

Esa Declaración, en los treinta años siguientes, fue citada muchas veces pero nunca cumplida. A los países ricos les parecía, arrogantemente (y a muchos todavía les parece) que tratar sobre los derechos del niño era asunto de los países subdesarrollados, al tiempo que a los países pobres les parecía, subdesarrolladamente (y a muchos todavía les parece) que el mundo de los derechos del niño solamente era posible en los países ricos y maduros en su organización social.

Ahora, con la Convención de 1989 que no es una nueva Declaración sino un compromiso de efectividad de la vieja, Brasil ha buscado aprovechar la oportunidad de hacer de ese esfuerzo de efectividad una palanca para su desarrollo. En otras palabras, la idea ahora no es esperar convertirse en un país desarrollado para recién entonces hablar de garantizar derechos. De ningún modo. Por el contrario, ahora se procura crear estructuras sociales que trabajen por la garantía de los derechos como estrategia para alcanzar el desarrollo sostenible, aquel que se sustenta a sí mismo a través de la formación de los recursos humanos como motor del progreso de los pueblos.

### ***Las sociedades como autoras de la ley***

Este texto se escribe antes del año dos mil. En este final de siglo y de milenio se asiste a un proceso a partir del cual las comunidades, aprendiendo a movilizarse, se están movilizando para crear las normas que deben ser asumidas por las personas para cambiar el patrón de relacionamiento entre la ley y el niño, el Estado y el niño, la familia y el niño, la escuela y el niño, el adulto y el niño y así sucesivamente.

Esta movilización no es igual entre los diferentes individuos, grupos, ciudades, regiones o países, pero existe. En este texto se presentarán más adelante informaciones más precisas acerca de este proceso. Por el momento basta con decir que si las comunidades no se movilizan, la creación del nuevo sistema se perjudica y el cambio no ocurre.

La primera sociedad que generó en 1990 este proceso de cambio fue la brasileña. Por eso Brasil constituye hoy un laboratorio vivo de los éxitos y de las equivocaciones en la aplicación de las normas de la Convención. Después de

cuatro años de discusión (pública y extendida) la sociedad brasileña, a través de organizaciones no gubernamentales, aprobó y llevó al Congreso Nacional el nuevo Estatuto que considera niño al ciudadano hasta los doce años de edad incompletos y adolescente al ciudadano entre doce y dieciocho años.

En Brasil, propuestas extremas (tanto exceso de rigor cuanto de suavidad, que contrariaban el equilibrio justo) no fueron aprobadas. Por eso todo extremista está disconforme con el Estatuto del Niño y del Adolescente en Brasil. El Estatuto busca el equilibrio; solo es radical en combatir amenazas y violaciones de derechos.

### ***La Convención firmada por los países***

La cuestión de reconocer derechos a los niños y adolescentes se relaciona con los cuatro compromisos asumidos por los países al firmar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989. En este tema, el caso de Brasil fue muy peculiar. A diferencia de los demás países, los brasileños primero pusieron los principios de la nueva ciudadanía infanto-juvenil en la Constitución (1988) y después firmaron la Convención (1989). Los brasileños, al constitucionalizar la materia, sabían (los que se ocuparon de eso) que firmarían la Convención al año siguiente y que construirían participativamente el Estatuto, el que, como se señaló, democráticamente, se aparta de los extremos y solo es radical en defender los derechos de todos: ancianos, adultos, adolescentes y niños.

### ***Los cuatro compromisos internacionales***

Todos los países del mundo -menos dos a la fecha de elaboración de este texto- firmaron la Convención. Éticamente, quien la suscribe se compromete a adoptar medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos. Esas medidas son de cuatro tipos: educativas (para ancianos, adultos, adolescentes y niños); sociales (movilización de las comunidades); administrativas (eficiencia y eficacia); y legales para que las familias, las comunidades y el gobierno aseguran la efectivización de los derechos del niño y del adolescente. Es importante recalcar que las medidas legales son apenas una tercera parte de los compromisos, que son cuatro.

### ***De derechos y de obligaciones***

Quien tiene derechos, automáticamente tiene deberes. Incluir a niños y a adolescentes en el mundo del derecho (como sujetos de derecho o, en otras palabras, como sujetos jurídicos) los transforma en sujetos de derechos y de obligaciones (deberes). Este reconocimiento está en la base interdisciplinaria de la Convención.

Constituye un grave error pensar que en el proceso de formación (educación) de un niño se le inculque la percepción y la idea de que está dotado de derechos sin inculcarle al mismo tiempo la percepción y la idea de que está dotado de deberes.

### ***Lo que significa jugar***

Inculcar al niño los límites sociales implica respetar su derecho de jugar. Jugar para el niño es el medio para ejercer la capacidad de relacionarse consigo mismo, con el mundo y con la sociedad a la que pertenece y donde, progresivamente, madurará.

### ***Ser víctima y hacer víctima***

Cuando se da prioridad al niño y al adolescente en las relaciones sociales se está buscando compensar su distancia social respecto de los adultos (niños sujetos de derecho pero débiles física, psicológica o éticamente, pero completos como sujetos). Esa prioridad es debida al niño y al adolescente ya sea cuando son víctimas de alguien, ya sea cuando hacen a alguien víctima. La Convención prevé que cada sociedad (cada país, cada Estado) debe crear normas para actuar en cada caso, buscando siempre nuevos hábitos, usos y costumbres.

Hay que ser cuidadoso cuando se argumenta con la tradición, y no olvidar nunca que en el nuevo paradigma (que es ético y transformador) se debe mantener la tradición que garantice, y alterar la tradición que viola derechos (de todos, ancianos, adolescentes o niños, porque todos son percibidos como incluidos en el mundo de la ciudadanía).

Cualquiera sea el punto de vista que se adopte (genético, psicológico, social, jurídico, etc., incluido el sentido común) no es correcto afirmar, en el paradigma de la Convención, que los niños (y naturalmente los adolescentes) son absolutamente irresponsables. En el nuevo paradigma, niños y adolescentes responden por sus propios actos según su grado de desarrollo (de discernimiento, de capacidad natural o desarrollada percepción ética) Ver en este sentido, por ejemplo, el artículo 12 de la Convención.

### ***Los recursos de las comunidades***

El Estatuto brasileño del niño y del adolescente primero (1990) y la ley de otros países después, comenzaron a establecer que era necesario destinar privilegiadamente recursos para la protección de los niños y adolescentes amenazados y/o violados en sus derechos, cuando son víctimas o victimarios. Las comunidades (pobres o ricas) pueden movilizar recursos humanos, técnicos y materiales. Son cuatro los compromisos que los pueblos asumen con la Convención: educar, movilizar, administrar y legislar. Como se señaló, la ley es apenas una cuarta parte de los factores que garantizan los recursos.

Se presenta un ejemplo extremo y muy eficaz para demostrar cómo se cumplen esos cuatro compromisos en las comunidades que tradicionalmente se consideraban a sí mismas o eran consideradas por otros como incapaces de resolver ciertos problemas. Los municipios de Ceará en Brasil, de los más pobres del país, bajaron la mortalidad infantil a los mejores niveles brasileños.

Para eso, las organizaciones no gubernamentales de Ceará movilizaron como recursos humanos a madres de familia y a grupos de vecinos. Utilizaron como recurso técnico el aprender a lavarse las manos para no contaminar los alimentos, el hacer suero casero (agua, sal y azúcar) y el filtrar el agua. Transformaron en recursos materiales para su acción los medios de transporte simples de la comunidad (el burro, la bicicleta, etc.) y su capacidad histórica (heredada de sus ancestros indígenas) de construir vasijas de barro para hacer filtros. Usaron como recurso legal el Estatuto del Niño y del Adolescente.

El pueblo del estado de Ceará, a través de su gobernador (que no recibió el premio en su nombre) recibió en Nueva York un premio internacional por ese ejemplo de efectividad. Efectividad es el concepto utilizado dieciseis veces en el texto de la Convención para significar que el compromiso ahora no es hablar de derechos sino de poner en práctica los derechos.

### ***El Estado no es el gobierno***

Como es sabido, las sociedades formadas por ancianos, adultos, adolescentes y niños se organizan en Estados; pero cuando las personas hablan del Estado, generalmente están pensando en el gobierno. Cuestión de paradigma: el gobierno no es el Estado; es apenas una parte del Estado. El Estado es la propia sociedad jurídica, política y administrativamente organizada. Existen técnicas (modos de hacer con eficiencia) que pueden ser aprendidas para garantizar la participación de las personas en las decisiones que se refieren a los problemas de las comunidades, de las familias y del mundo infanto-juvenil.

### ***La omisión y el abuso***

El primer recurso técnico es de naturaleza conceptual: es pensar el mundo del derecho como el mundo de las reglas de la ciudadanía. Las reglas de la ciudadanía son las reglas de la convivencia social: una convivencia entre padres e hijos, entre profesores y alumnos, entre autoridades y ciudadanos, además de la convivencia de los hijos entre sí, como de los alumnos, de las autoridades y de los ciudadanos unos con otros.

### ***Inter y multidisciplinario***

Muchos médicos, psicólogos, pedagogos, periodistas o juristas hacen un esfuerzo para que en el final del siglo XX y en el inicio del siglo XXI tenga lugar un necesario cambio de paradigma. Eso se hace teniendo en cuenta que el mundo del derecho pasa por todas las disciplinas de la ciencia del hombre. Es interdisciplinario. Se forma en la interacción de las disciplinas, se hace transdisciplinario superando la mera posibilidad de que cualquier rama del conocimiento pueda agotar la materia.

### ***Qué son los servicios públicos?***

No se puede pensar y percibir a los niños como sujetos de derecho sin tener en cuenta el papel de los servicios públicos, o sea, los servicios que son de interés público, del bien común. Entre los cuatro compromisos de los Estados que firmaron la Convención está el de adoptar medidas sociales. Para los pueblos que se acostumbraron a gobiernos autoritarios y paternalistas, la principal medida social es transformar la percepción que las personas tienen del Estado. En la nueva percepción (que es tradicional pero no siempre correctamente entendida en las sociedades maduras y socialmente bien organizadas) el Estado es la propia sociedad que se organiza para resolver sus problemas. Por lo tanto, según el paradigma del Estatuto brasileño, los servicios públicos dirigidos hacia el bien común y no hacia intereses particulares, son ejercidos por organizaciones gubernamentales o no gubernamentales.

### ***Nuevas estructuras de participación***

Pioneramente en Brasil -con la Constitución de 1988 y con el Estatuto de 1990- los servicios y programas públicos para niños, adolescentes y de apoyo a las familias son planeados, ejecutados y controlados por organizaciones gubernamentales o no gubernamentales. Sobre este punto se pueden leer los artículos 227 inc. 7 y 204 inc. II de la Constitución, y 86, 88 inc. II y 90 del Estatuto brasileño.

### ***Prioridad en la atención***

Los servicios públicos planeados, ejecutados y controlados por organizaciones del gobierno o por organizaciones no gubernamentales deben basarse sobre las normas de prioridad de atención a los niños y adolescentes, si quieren ser éticas, justas y responsables. Los servicios de educación, salud, deporte,

cultura, entre otros, se deben adaptar a la prioridad y si no se adaptan, el Estatuto brasileño tiene reglas (artículos 208 y siguientes) para obligarlos a eso. Ello significa que los municipios deben aprovechar sus organizaciones no gubernamentales o crear nuevas para desempeñar papeles en los servicios de orientación y apoyo a las familias, vecinos, grupos, personas, etc., donde la atención al nuevo paradigma del niño y del adolescente sea prioritaria.

Si falla esa prioridad, esas organizaciones de la comunidad recurren al Estatuto y allí encuentran los mecanismos que permiten efectivizar la prevalencia y la prioridad no cumplidas. Cada país debe crear su conjunto de reglas eficaces para ese fin y Brasil lo ha hecho.

### ***Ser ético y responsable para garantizar derechos***

Criterios éticos internacionales y nacionales formalmente adoptados por Brasil definen que el niño y el adolescente, como persona humana, debe estar a salvo de cualquier forma de discriminación, negligencia, opresión, violencia y crueldad.

### ***Normas programáticas y operativas***

En el Estatuto brasileño, el Libro I (artículos 1 a 85) es la parte programática. El Libro II (artículos 86 a 267) es operativo. El Libro II trata de cómo los ciudadanos y las autoridades actúan para corregir las omisiones y los abusos que amenazan y violan los derechos previstos en el Libro I.

La exigibilidad y la eficacia dependen de educar, movilizar, administrar y legislar. Si se busca la efectividad, tanto el Estatuto cuanto las leyes de otros países que lo siguieron, dependen de la educación comunitaria, la movilización a través de las organizaciones no gubernamentales, y la administración mediante técnicas de eficiencia y eficacia.

### ***La parte programática de la garantía de los derechos***

La ley brasileña contiene reglas escritas para corregir omisiones y abusos que siempre existen, estadísticamente son "normales" y amenazan y violan derechos de los niños en las familias, en las escuelas, en las comunidades, en los servicios públicos, en las empresas, etc.. Para saber cuáles son las situaciones en las que se amenazan y violan derechos, la ley describe cuáles son las situaciones en las que los derechos son garantizados.

Esa es la parte de la ley que contiene normas programáticas. Es la parte de la ley que describe lo que es exigible, o sea, describe la situación deseable para que los desvíos reales por omisión o abuso sean identificados y corregidos. Programáticamente se explicitan las formas en que se va a exigir cómo se garantiza el derecho a la vida, a la alimentación, a la salud, a la educación, al deporte, a la cultura, a la nacionalidad, al nombre, a la dignidad, a la libertad, así como el derecho a no ser maltratado, a no ser víctima de negligencia, discriminación, violencia u opresión.

Ciertos sectores sociales, ignorantes del nuevo paradigma imperante en Brasil y en otros países, critican esa parte programática diciendo que se trata de algo bien diferente de lo que ocurre en la realidad. Por ejemplo, programáticamente, los niños tienen derecho a la vida, a la salud, a la educación, etc; pero en la práctica, los niños mueren, se quedan sin vacunas o están fuera de la escuela. Para esos sectores la ley es absurda o utópica o romántica o hecha por irresponsables. Se dice que en América Latina se están haciendo leyes suizas para pueblos subdesarrollados.

Por eso es necesario poner las cosas en su debido lugar. Se adquirió el compromiso de hacer efectivos esos derechos cuando el país firmó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989. La parte programática de la ley (en Brasil, el Libro I, artículos 1 a 85) define el rumbo jurídicamente exigible: niño vivo, vacunado, escolarizado, etc., para que se puedan caracterizar los desvíos: niño muriendo, no vacunado, no educado, etc. Mediante el desvío, la segunda parte de la ley en Brasil (el Libro II, artículos 86 a 267) como en un menú, establece cuáles son los ingredientes que la ciudadanía puede reunir para obtener efectividad, o sea, para transformar los desvíos de omisión o de abuso en uso de la norma correcta (tener a los niños vivos, sanos, educados, etc.; en el caso del adolescente victimario, tener, por ejemplo, programas socio-educativos adecuados). Esos ingredientes se relacionan con los compromisos que se mencionan dieciséis veces en el texto de la Convención: educar y movilizar comunidades a través de la creación de organizaciones no gubernamentales y adoptar las providencias administrativas gubernamentales y no gubernamentales adecuadas.

### ***Organizaciones gubernamentales y no gubernamentales***

Al materializar el nuevo paradigma, la Constitución brasileña introdujo por primera vez el principio del Estado participativo. Rompió con la tradición del Estado meramente representativo. Introdujo la norma programática para una nueva tradición participativa a ser construida con las organizaciones no gubernamentales que participan de la ejecución y también de la formulación de las políticas públicas. Cuando establece la participación (artículo 204, II), la Constitución de Brasil prescribe que en la política de Estado (el todo) el gobierno es una parte y las organizaciones no gubernamentales otra parte (la participación se da entre partes de un todo) que formulan la política de los derechos del niño (artículo 227, párrafo 7).

Asociaciones, clubes, sindicatos, fundaciones, deben estar representadas en los Consejos, para definir cómo los niños y adolescentes infractores tendrán programas socio-educativos para integrarlos al mundo de la ciudadanía, alejándolos del mundo de la anti-ciudadanía. En otras palabras, la norma legal crea reglas para que, socialmente, los que quieran participar tengan la seguridad jurídica de la participación. Si alguien les niega el derecho de participar, ellos tendrán, en los tribunales, nuevos instrumentos para hacer valer esa regla de la democracia participativa.

De allí la importancia del concepto y del ejercicio de los derechos difusos. Solamente se pueden garantizar derechos potenciales difusamente distribuidos en las comunidades, si el sistema que se crea en la ley contiene mecanismos para obligar a las autoridades públicas a hacer las cosas que garanticen los derechos y a dejar de hacer las cosas que los violan.

En la organización social de las comunidades se garantizan los derechos difusos a través de organizaciones no gubernamentales competentes; en la organización administrativa, a través de Consejos de participación bien estructurados; en la organización judicial (no confundir con jurídica), a través de tribunales, con fiscales y jueces comprometidos con el paradigma de la Convención.

### ***Anticuerpos para la defensa de la ciudadanía***

En esa concepción de la estructura social no se habla de derechos del niño y del adolescente sin que se piense y se perciba a la sociedad (a través de organizaciones representativas) controlando al Estado, junto con el gobierno de turno. En otras palabras, los gobiernos controlan al Estado, como siempre lo hicieron. La novedad es que ahora los gobiernos deben compartir esa actividad de control con las comunidades potencialmente amenazadas o violadas en sus derechos que, a través de organizaciones no gubernamentales, protagonizan el control en Consejos Públicos correctamente regulados. En la cuarta parte de este texto se detalla cómo ese compartir que involucra aspectos sociales, educativos y administrativos, es constitucional y legal.

### ***Para alterar la tradición jurídica***

Brasil ha invertido el control tradicional (autocrático) del Estado sobre la sociedad. En el nuevo paradigma los anticuerpos para la defensa de la ciudadanía están tanto en la leche materna, como fuente de vida y de salud, cuanto en los Consejos que formulan una política social de forma participativa, para víctimas y para victimarios, como se verá seguidamente.

## **2. La víctima**

### ***Lo que es ser víctima en el nuevo sistema***

En el paradigma del Estatuto ser víctima es ser amenazado o violado en los propios derechos. Desde luego que se percibe que existen grados de víctimas. Discriminar, negar una vacuna en la política de salud, o la matrícula a un niño en la escuela pública son formas de ser víctima. Maltratarlo en la familia o fuera de ella, así como dejar de proveer los recursos en los fondos públicos también lo son. Las muchas formas de exclusión social de las familias y de los niños en la atención de sus necesidades básicas humanas constituyen las más preocupantes violaciones de derechos o formas de victimar de la ciudadanía.

### ***Atención contra los malos tratos***

En la concepción brasileña de protección integral a la ciudadanía, como se vio, gobernados y gobernantes coparticipan de la formulación y del control de la política de Estado. Nuevas instituciones están siendo creadas para que el control de la garantía de los derechos sea permanentemente movilizado a través de mecanismos innovadores.

Tradicionalmente todo caso de maltrato a los niños iba a parar al ámbito judicial, única instancia que detentaba el poder para dictar lo que era acorde a derecho y para controlar las omisiones y los abusos. Brasil innovó al crear una nueva institución representativa de las propias comunidades y con poderes de decisión. Ese es el proceso de desjudicialización de las cuestiones que pueden ser resueltas en otras instancias, porque la judicial es cara, es lenta y está llena de complejas formalidades.

Ahora, en Brasil, toda sospecha y toda confirmación de malos tratos deben ser obligatoriamente comunicados al Consejo Tutelar de la localidad. El Consejo Tutelar está formado por cinco personas escogidas por las comunidades que forman un nuevo tipo de autoridad pública en cada municipio del país. Es la esfera de construcción de un nuevo sistema, una nueva tradición: nuevos hábitos, usos y costumbres. En Brasil muchos municipios se equivocan al no comprender el nuevo paradigma: crean un Consejo Tutelar como si fuese un órgano asistencial, lo que éste en su concepción jurídica, institucional y

administrativa no es. Asistenciales son los programas de protección y los programas socio- educativos.

### ***El Consejo Tutelar***

En Brasil el Consejo Tutelar es una autoridad pública municipal integrada por cinco personas que asumen cerca del ochenta por ciento de los casos que antes eran atendidos por otra autoridad pública, el antiguo juez de menores. La función de atender a los amenazados y violados en sus derechos se organiza mejor ahora en el ámbito municipal. Las decisiones que antes eran jurídicas y jurisdiccionales (jurídicas aplicadas por un juez) se han modernizado y ahora son jurídicas administrativas (jurídicas aplicadas por una autoridad administrativa, el Consejo Tutelar). Quien no cumple con una decisión jurídica del Consejo Tutelar, debe pagar una multa.

En los centros urbanos mayores y más complejos, ese órgano puede desarrollar, en la práctica, la interdisciplina. En el caso brasileño puede estar formado, por ejemplo, por un abogado, un psicólogo, un pedagogo, un trabajador social y un administrador, los cinco en conjunto formando una autoridad con poderes administrativos para dictar soluciones (con fuerza legal) para los casos de amenazas o violaciones a los derechos de los niños y los adolescentes.

Ese órgano que en Brasil se llama Consejo, en Guatemala se llama Junta, en Costa Rica, Comité, en Perú, Defensoría, y Servicio, en Bolivia. En los municipios brasileños más pequeños ese órgano está compuesto por personas sin la exigencia de la especialización técnica, pero que, aun así, estén entrenadas para poder solucionar los problemas según el nuevo paradigma y con respeto a las costumbres y prácticas locales.

### ***Los tres niveles de la garantía de los derechos***

Antes se hablaba de familias, de personas, de niños en situación de riesgo personal o social. Algunos todavía hablan así. En la discusión del Estatuto brasileño se llegó a la conclusión de que ese concepto de situación de riesgo era eufemístico y no susceptible de ser utilizado en la organización de un sistema de protección integral a la ciudadanía. Uno de los anteproyectos de Estatuto llegó a incorporar ese concepto de riesgo, pero luego fue descartado.

El concepto es eufemístico porque se consideraban (muchos todavía lo consideran) en situación de riesgo, por ejemplo, a los niños que viven en la calle, que no van a la escuela, o son explotados por los adultos, por bandas o pandillas. Según el nuevo paradigma, esos niños no están en situación de riesgo, antes lo estaban. Ahora, si se encuentran en esas situaciones, están excluidos del sistema correcto de protección a la ciudadanía que es la protección integral. Están violados en sus derechos de no vivir en la calle, de no ser explotados, de tener un responsable civil, etc.

El concepto de situación de riesgo es inútil porque lo que se debe preguntar es si esa persona está o no amenazada o vulnerada en un derecho que es inviolablemente suyo. Si se dice que sufre un riesgo, no se reconoce que esa amenaza o violación existe, es actual (y no un mero riesgo) y es real. El riesgo no es de quien está amenazado o violado, sino de quien amenaza y viola. En el paradigma de la protección integral, el riesgo es el de responder por la omisión o el abuso (y el de corregir el error).

Tres son los niveles de la garantía de los derechos: el nivel individual, el nivel colectivo y el nivel difuso. El nivel individual corresponde a las omisiones o abusos hacia los individuos; el nivel colectivo se da cuando resulta perjudicada una colectividad (una clase en una escuela, un grupo específico de niños, los miembros de una familia, los empleados de una fábrica); el nivel difuso se refiere al supuesto en el que de las omisiones o los abusos resultan daños potenciales a las comunidades cuyos perjudicados no pueden ser individualizados inmediatamente.

Antes, el mundo del derecho solo disponía de mecanismos para la solución caso a caso. Era como si el sistema solo viese árboles donde había un bosque. El Estatuto brasileño junto con el Código de Perú, hasta el momento, son los únicos en América Latina que contienen reglas para poner en movimiento mecanismos sociales específicos que resuelvan amenazas y violaciones de derechos también colectiva y difusamente en el caso de niños y adolescentes.

Esas normas jurídicas modernas que tratan de derechos difusos preparan el nuevo milenio para resolver complejos problemas en el campo de la educación, de la salud, de la defensa del consumidor, del medio ambiente y del niño y del adolescente. Son normas de un nuevo derecho, hecho no para mantener sino para alterar las tradiciones que amenazan y violan derechos.

En la vieja política para menores se sacaba al niño de la familia y de la comunidad para internarlo en una institución. La vida en familia y en la comunidad es un derecho. Así lo disponen la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Constitución Federal y el Estatuto en Brasil. Las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales se deben adaptar a esa nueva exigencia ética. Es anti-ético e ilegal aislar al niño de la familia (propia o sustituta) y de la comunidad; pero existe el viejo hábito brasileño de las instituciones que se especializaron en sacar a los niños de sus ambientes para confinarlos en instituciones cerradas. Ese hábito debe cambiar.

### ***Orientación y auxilio a la familia***

Corresponde a las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales planear, ejecutar y controlar los programas de orientación y apoyo a las familias (naturales o sustitutas por adopción, tutela o guarda) para crear, asistir y educar a los hijos, movilizandolos recursos humanos, técnicos, materiales y financieros para no llevar a los niños a las instituciones violadoras de derechos.

Es deber del Estado apoyar a la familia; pero no se debe confundir Estado con gobierno. El Estado apoya a las familias cuando, conjuntamente, las organizaciones del gobierno local y las organizaciones no gubernamentales formulan la política de atención a las familias y controlan los programas existentes para ese fin. Cuando en Brasil los gobiernos solitariamente formulan la política y determinan lo que las comunidades deben hacer, se está manteniendo la vieja tradición en la que las comunidades no participan sino que se subordinan a la política pública, y el gobierno de turno termina discriminando a las familias que no quiere proteger, por razones partidarias, ideológicas o de otra índole.

Existen todavía en el país antiguas entidades creadas para excluir a los niños de su medio social, llevándolos a los internados. Según la Convención y el Estatuto, se espera que, mientras tanto éstas se capaciten para crear, conducir y multiplicar programas de orientación y apoyo socio-familiar, utilizando las

nuevas técnicas que se desarrollan últimamente. Esta es una de las medidas más urgentes para que las organizaciones no gubernamentales acompañen a los mecanismos sociales que desarrollan el nuevo sistema creado en Brasil para el niño y el adolescente.

Ese fortalecimiento de las familias sería la forma moderna, contenida en el Estatuto, de atender, caso a caso, las violaciones de derechos de los niños, en una perspectiva de derechos colectivos y difusos. La técnica es crear programas que ofrezcan a las familias orientación y apoyo (pedagógico, psicológico, asistencial, de capacitación para el trabajo, y, en Brasil, hasta financiero). Esto se hace donde la ausencia de orientación y apoyo a las familias multiplica las constantes amenazas y violaciones de derechos en las comunidades.

### ***El Estado protector de derechos, no de personas***

En el viejo modelo (que persiste en ciertas cabezas y sistemas) se entendía que el Estado tutelaba a la persona de los niños y adolescentes, llamados menores, cuando los padres no podían ejercer esa tutela. Ese era (y lo es aun en muchas cabezas) el modelo en el que niños y adolescentes no pasaban (no pasan) de ser objetos de la voluntad de los padres o de las autoridades públicas. No siendo un sujeto en sí mismo, el niño era (termina siendo) una extensión de la voluntad de los padres y de la voluntad de quien representa al Estado.

Por eso los niños eran y continúan en algunos casos siendo enviados a instituciones del Estado (que también contrata a instituciones privadas laicas o religiosas que se prestan a eso) para que la burocracia ejerza el papel que le corresponde al padre y a la madre, o a un tutor o guardador.

En ese modelo, donde las autoridades del Estado necesitan ver árboles individualizados (sujetos) con necesidades y problemas propios, ellas ven el bosque de los conjuntos de niños, llamados menores, en una masa deforme que la burocracia absorbe en sus redes tentaculares. El sistema resulta perverso, inhumano e intensamente violador de todos los derechos a convivir en familia y en comunidad y a la libertad, a la intimidad, a la dignidad, a no ser discriminado, entre muchos otros.

La nueva propuesta ética es transformar la percepción y el modo de pensar de las personas. De ahí el compromiso internacional de la Convención, materializado por la Constitución y por el Estatuto en Brasil. De ahí las normas para los procesos de educación comunitaria, movilización y administración correcta de los programas. Se reconoce entonces que el Estado no tiene el derecho de pretender tutelar personas sino de tutelar el derecho que se reconoce a los niños y a los adolescentes de sentirse y ser tratados como sujetos y ciudadanos. Así está regulado en el Estatuto brasileño y en la Convención firmada por Brasil.

### ***El derecho a la familia sustituta***

El derecho a la familia sustituta existe para asegurar la convivencia comunitaria al niño que no tiene una familia o cuya familia amenaza o viola sus demás derechos fundamentales. Ejercer ese derecho evita que se excluya a niños y a niñas de la convivencia social poniéndolos en instituciones que históricamente han amenazado y violado sus derechos que hoy son legalmente exigibles.

### ***Los programas de colocación familiar***

Según el artículo 90, III del Estatuto, estos programas deben ser organizados y registrados en los municipios por las organizaciones gubernamentales y no

gubernamentales, para poder dedicarse a la guarda, la tutela y la adopción, como lo define el artículo 28 del mismo Estatuto. Estos programas evitan la vieja costumbre de la institucionalización. Anteriormente se judicializaba el caso y, después, el equipo del juez ejecutaba el programa. Ahora, desjudicializando la solución, los casos son estudiados en el programa controlado por el Consejo Municipal de los Derechos del Niño. El programa selecciona, registra y prepara a los adultos que se disponen a ser guardadores o tutores o a adoptar niños o adolescentes.

El programa orienta a los candidatos a guardadores en los aspectos pedagógico, psicológico, jurídico, entre otros aspectos relevantes, para que las peticiones sean llevadas al juez conforme los artículos 148 párrafo único a) y b), 165 y siguientes del Estatuto para cambiar la patria potestad. Ello podría implicar -si fuera el caso- transferir la patria potestad o alguno de sus atributos -como la guarda- del padre y la madre hacia terceros.

### ***La desjudicialización y el papel del abogado***

Tales programas están dirigidos a desjudicializar antiguas funciones judiciales. La nueva función del juez o del juzgado es decidir peticiones e incidentes; aunque muchos equipos de los juzgados en Brasil que mantienen el viejo paradigma continúan ejecutando tales programas como lo hacían con la ley anterior. Existen entonces equipos o juzgados que no se quieren ajustar al nuevo paradigma. En ese caso, solamente buenos abogados consiguen revertir la arbitrariedad practicada. Además de trabajadores sociales y psicólogos, se debe pues capacitar a abogados en esta nueva rama de la ciencia, de la técnica, de la práctica y de la ética jurídica.

### ***La importancia de la guarda y de la tutela***

Ya se analizó la importancia de sustituir al Estado que tutelaba la persona del niño por un Estado que tutela los derechos de ese niño; y la importancia de que esa protección sea llevada a cabo en el municipio, descentralizando las funciones que antes estaban concentradas en los gobiernos nacionales o regionales, y transfiriendo de la esfera judicial las funciones que por el Estatuto no son jurisdiccionales.

### ***La guarda y el papel del abogado***

En esa estrategia, el antiguo sistema de sacar al niño del medio familiar y de la comunidad para internarlo en una institución debe ser sustituido por un sistema que ponga al niño bajo la autoridad de una persona y no de burocracias gubernamentales o no gubernamentales. Ese acto de colocar al niño bajo la autoridad de una persona se hace a través de la guarda y de la tutela; pero sacar a un niño de la guarda de su padre, madre o de su familia ampliada (hermanos, tíos, abuelos, etc.) es un acto grave, que solo debe ser realizado en casos extremos, y siempre bajo el control jurídico de un buen abogado encargado de defender los derechos del niño. En el Estatuto brasileño, el Estado garantiza el buen abogado si la familia no tuviera condiciones autónomas de contratar uno. El Estatuto prevé la presencia de un abogado. En la práctica, la preparación de abogados para esta tarea y el mecanismo para garantizar los honorarios profesionales todavía son problemas que hay que resolver.

En pocas palabras, la guarda es un atributo de la patria potestad ejercida por el padre y la madre; pero se puede ubicar a un niño bajo la autoridad (la guarda)

de un tercero que pasa a criar, asistir y educar a ese niño. Eso se hace a través de una medida jurídica garantizada la defensa por un abogado bien entrenado y manteniéndose la patria potestad del padre o de la madre. La tutela consiste también en ese poder de criar, asistir y educar, pero con la suspensión de la patria potestad.

Ambas medidas se dirigen a garantizar el mejor interés del niño. La tutela es más fuerte porque, habiendo sido suspendida la patria potestad, el tutor tiene, además de la guarda, otros poderes de administración de los bienes de su pupilo o tutelado. En el caso de la guarda, la patria potestad no está suspendida porque la guarda es provisoriamente ejercida por un extraño (el guardador) hasta que sea nuevamente asumida por ambos padres o por uno de ellos o por nuevos padres a través de la adopción. Eventualmente la persona guardiana puede transformarse en tutor o padre o madre por la adopción.

La guarda, por lo tanto, además de legalizar la tenencia de un niño, debe ser una medida breve, orientada a la regularización de los casos de tutela o adopción, a atender situaciones de emergencia o a suplir la eventual falta de los padres. Aunque sea prolongada (en el abrigo, por ejemplo, ya que su responsable se equipara al guardador) ella es provisoria. Adviértase que el director del programa de abrigo en Brasil y en la República Dominicana es equiparado al guardador para todos los efectos de derecho (artículo 92 párrafo único del Estatuto); pero en ninguno de estos dos países las personas y las instituciones han sido preparadas para agotar las posibilidades de esa norma. Se llega al absurdo de que un juez cambie la guarda sin que el abogado del niño se manifieste, sin que haya defensa de los derechos de ese niño.

### ***Incentivos fiscales para la guarda***

Para garantizar el derecho del niño a la convivencia familiar y comunitaria, la Constitución brasileña prevé la adopción de incentivos fiscales para aquellos que tomen a su cargo la guarda de niños y adolescentes. Los municipios brasileños interesados deben crear programas colocación familiar y, además del incentivo en el impuesto a la renta federal que ya existe, deben prever otros incentivos en su política social inclusive con recursos del Fondo Municipal del Niño y el Adolescente.

### ***El régimen de abrigo***

El niño que no puede vivir en una familia debe ser puesto en abrigo. El responsable por el abrigo, régimen de pequeño grupo (casa hogar) es equiparado al guardador a todos los efectos de derecho. Los que quedan bajo su guarda son sus dependientes legales. Brasil cambió: no quiere más instituciones que masifican a los niños. Una casa común en una calle común con un guardador evita la institucionalización que masifica.

### ***Cómo abrigar?***

Antes, para dar abrigo a un niño (llamado menor) lo importante era el papel, el escrito de la autoridad (el viejo juez de menores). Sin ese oficio nada se hacía. Imperaba la burocracia. Ahora lo importante es dar abrigo al necesitado en un plazo de cuarenta y ocho horas para comunicar la novedad a la autoridad competente, que es ahora el Consejo Tutelar. Existen municipios en los que, en vez de comunicarlo al Consejo Tutelar de acuerdo al Estatuto, la novedad se comunica al juez, quien, según el artículo 198 del Estatuto, no tiene

competencia en materia de abrigo. Solo el Consejo Tutelar puede recurrir al juez para cambiar (o no) la guarda si se aplica la medida de abrigo.

Brasil cambió. En el nuevo régimen de abrigo el papel del juez es cambiar la guarda, mientras que el control de la medida de abrigo está por ley atribuido al Consejo Tutelar. Vale no obstante la pena reiterar que muchos juzgados insisten en mantener el viejo asistencialismo jurisdiccional. Un buen abogado debe controlar este abuso en defensa de los derechos del niño afectado por esa violencia institucional. Sin embargo en muchos juzgados de ciudades importantes de Brasil se ha adoptado un procedimiento que aleja a los abogados de ese control jurisdiccional y persisten las graves violaciones del pasado.

### ***No segregar***

La ley brasileña deja clara la necesidad de poner fin a las medidas segregadoras practicadas por muchas instituciones que tienen como punto de partida el retiro del niño de la convivencia familiar en evidente violación del derecho a la convivencia familiar y comunitaria. Pero la mayoría de los municipios brasileños todavía carece del régimen de abrigo a fin de desarmar la enorme máquina de internar niños.

### ***Fiscalización***

El acto de fiscalizar es un componente técnico del acto de administrar. En ese sentido los programas son fiscalizados por los órganos del ejecutivo. En cuanto a los derechos de los niños o adolescentes amenazados o violados, pueden fiscalizar el Ministerio Público, el Poder Judicial y el Consejo Tutelar, según la competencia de cada uno. Corresponde a la ciudadanía denunciar omisiones y abusos a cada instancia según su atribución. El Estatuto prevé normas detalladas para ajustar la conducta de los órganos, las autoridades o las instituciones a las normas de la Convención y del Estatuto.

### ***Medidas de protección***

Las medidas de protección al niño y al adolescente son aplicadas por el Consejo Tutelar siempre que los derechos estén amenazados o violados en razón de la propia conducta del niño o del joven, por acción u omisión de la sociedad o del Estado o por falta, omisión o abuso de los padres o responsables. Hay que tener mucho cuidado en no confundir la propia conducta del niño o del joven que amenaza los propios derechos con la que amenaza los derechos de terceros.

### ***Quién aplica las medidas***

Las medidas de protección son aplicadas por el Consejo Tutelar para hacer cesar la amenaza o violación de derechos sufrida por el niño o el adolescente. La medida de protección denominada colocación familiar (bajo las formas de la guarda, la tutela o la adopción) es decidida por el juez. La ejecución y el apoyo técnico administrativo a las medidas no son atribuciones del que decide (Consejo Tutelar, juez y equipo del juez que ayuda al juzgador a juzgar) sino que corresponden a las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales.

El programa de colocación familiar en el viejo modelo tenía lugar solamente después de la decisión del juez. Ahora, si existe protección integral, tiene lugar antes. Se hace el estudio social y se elabora una petición al juez para cambiar o no la condición de la guarda, de la tutela o de la patria potestad. Ello surge

claramente de los artículos 90 y 148, párrafo único b). Esto no está siendo respetado por muchos jueces ni sufre el control de muchos fiscales ni es objeto de preocupación de muchos Consejos de Derechos que deben registrar y autorizar el programa para que funcione. La asistencia jurídica gratuita tampoco existe en estos casos.

### ***Qué son las medidas de protección?***

Son decisiones administrativas para restaurar derechos amenazados o violados tales como: encaminamiento a los padres, orden de orientación y apoyo temporario, orden de matricularse y asistir obligatoriamente a la escuela, orden de tratamiento médico, sometimiento al régimen de abrigo, entre otras.

### ***Registro de nacimiento***

Cuando se aplican medidas de protección el Consejo Tutelar debe regularizar el estado de la persona. Tiene el poder de solicitar gratuitamente la partida de nacimiento (cuando ya existe el registro) y de solicitar al Juez de la Infancia y de la Juventud que ordene el registro también gratuitamente, cuando no existe. A las oficinas de registro les está prohibido poner sellos infamantes y discriminatorios de pobreza en el certificado, pero muchos de ellos lo siguen haciendo sin que exista el control administrativo y jurisdiccional de ese tipo de abuso.

### ***Protección a la familia***

Según la nueva regla del derecho del niño, la primera protección debe ser garantizada en la familia. Por eso, cuando un niño o adolescente necesita medidas de protección, sus padres serán los primeros en recibir cuidados especiales para ser fuentes de apoyo y de auxilio. El municipio que no organiza programas de orientación y de apoyo la familia camina a contramano de la historia.

Quien firma la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño reconoce que la familia debe recibir especial atención de los programas gubernamentales y no gubernamentales. Si el hijo tiene problemas, su desarrollo armonioso dependerá mucho de una familia bien orientada. El municipio que no multiplica intensamente sus programas de apoyo a la familia genera niños de la calle.

### ***Alejamiento del agresor por maltrato***

Cuando un niño o adolescente es comprobadamente víctima de malos tratos, opresión o abuso sexual impuesto por los padres, debe ser protegido. Cuando el Consejo Tutelar recibe el caso según el artículo 98 del Estatuto, el Consejo Tutelar puede instar al Juez de la Infancia para que ordene el alejamiento del agresor de la vivienda familiar. En el viejo paradigma era común encontrar a niñas violentadas que para su protección eran retiradas de su casa (castigadas) e internadas (privadas de libertad). Hoy eso es inaceptable.

### ***Dos ámbitos de protección municipal***

En la norma brasileña, el control administrativo del derecho y del deber del niño es ejercido por el municipio. En el ámbito macro-social (o ámbito colectivo de las políticas públicas) ese control es hecho por el Consejo Municipal de los Derechos; en el ámbito micro-social (o individual de las personas amenazadas o violadas) lo realiza el Consejo Tutelar. El municipio que no organiza los consejos no controla nada. Uno de los desafíos hoy en Brasil es la creación de una adecuada estructura de consejos y el entrenamiento de los miembros de

esos cuerpos estratégicamente importantes para hacer funcionar el nuevo sistema.

### ***El control de los derechos en el municipio***

Para cumplir con la ética de la Convención y del Estatuto el municipio debe dictar normas que instituyan las bases de su política de los derechos del niño y del adolescente y adoptar a través de programas bien elaborados medidas educativas, sociales y administrativas. Debe crear programas de protección para víctimas y programas socio-educativos para víctimas, apoyados por un Consejo Municipal, un Fondo Municipal y un Consejo Tutelar.

### ***El Consejo Municipal y el Tutelar***

El Consejo Municipal de los Derechos del Niño y del Adolescente controla, en el municipio, cómo las políticas públicas cumplen o no los principios de la Convención y del Estatuto. El Consejo Tutelar atiende a las personas que fueron amenazadas o violadas en sus derechos.

### ***Un consejo de las comunidades***

El Consejo Tutelar representa la efectiva concretización de la participación de la sociedad en la defensa de los derechos del niño y del adolescente, ya que constituye un órgano compuesto por cinco miembros escogidos entre los ciudadanos por la comunidad local. Esa es una novedad absoluta en un país en el que históricamente los gobiernos de turno siempre nombraban funcionarios, sin consultar a la comunidad.

### ***Un órgano para decisiones rápidas***

El Consejo Tutelar es un órgano de la administración municipal. Atiende casos de niños y adolescentes amenazados o violados en sus derechos. Sus decisiones con fuerza jurídica, son autónomas en relación a cualquier otra autoridad. A pedido del interesado, esas decisiones pueden ser revisadas judicialmente cuando existe un conflicto entre la decisión del Consejo y lo que las personas no quieren hacer.

### ***Un equívoco que se debe evitar***

De modo erróneo, ciertas personas dicen que en materia de niños, el Consejo Tutelar adopta medidas asistenciales y el Juez de la Infancia adopta medidas jurídicas. Esto no es así. Ambos adoptan medidas jurídicas: el Consejo Tutelar en el ámbito administrativo y el juez en el ámbito judicial. Asistenciales son los programas de protección y socio-educativos.

### ***El Consejo no es asistencial.***

Antes existía un juez que decidía y una estructura asistencial que cumplía sus decisiones. Modernizado el sistema, Brasil desjudicializó funciones de decisión al crear una autoridad administrativa que decide con fuerza jurídica. Esa autoridad es el Consejo Tutelar. En ese sistema corresponde al juez resolver los conflictos entre partes, inclusive cuando existen resistencias a las decisiones del Consejo Tutelar.

### ***Recursos mínimos indispensables***

La ley de creación del Consejo Tutelar debe prever la dotación de recursos presupuestarios para mantener sus actividades (remuneración, si fuera el caso, gastos corrientes, transporte, comunicación, etc.) del local (de fácil acceso al público) y del horario de trabajo en la sede y fuera de ella, para casos de emergencia. Pero en cuanto a la atención existen municipios que confunden la acción de ese Consejo con los programas de protección. Cuando eso ocurre, el

municipio transforma al Consejo Tutelar en programa de protección y se queda sin una autoridad que desjudicialice cuestiones que no deben llamar primero a la puerta del juzgado. El Consejo Tutelar es aquel que desjudicializa y tiene competencia legal para resolver problemas jurídicos al nivel comunitario, con fuerza administrativa.

### ***No al sello discriminatorio***

Para defender el derecho violado, el Consejo Tutelar podrá pedir el certificado gratuito de nacimiento o de muerte. Los registros no pueden poner un sello discriminatorio en los certificados estableciendo que son gratuitas en razón de pobreza. La gratuidad no es por pobreza y sí por imposición del Estatuto. Discriminar es violar derechos, aun cuando la gratuidad fuera por pobreza, el sello es infamante.

### ***Las comunidades eligen***

La elección de los Consejeros Tutelares es hecha por comunidades y no por el alcalde, ni por el Consejo Municipal ni por el Presidente del Consejo Deliberante, etc. Ningún municipio es una sola comunidad; es un conjunto de comunidades que a veces entran en conflicto. Son ellas las que comparten la elección conducida por el Consejo de los Derechos del Niño. Una vez elegidos, los consejeros son formalmente nominados por el alcalde, cumpliéndose las normas del derecho administrativo.

### ***Diferencia fundamental***

El antiguo juez actuaba a través del proceso inquisitivo porque trataba con menores incapaces tutelados por el Estado. Era un inquisidor. El nuevo juez trata con ciudadanos socialmente capaces. Es un tercero imparcial entre partes que lo convocan para que juzgue conflictos. Si le llevan un caso fuera de su competencia, como cualquier otro juez, debe declinar su competencia, o sea, no recibir casos que no le competen.

Parte de la competencia (jurídico judicial) del antiguo juez de menores ahora es de la competencia (jurídico administrativa) del Consejo Tutelar. Parte de lo que era jurisdiccional ahora se decide en el nivel administrativo. El nuevo juez de la Infancia y la Juventud cuando recibe casos previstos en el artículo 136 del Estatuto declina su competencia y envía los casos al Consejo Tutelar.

### ***Nuevas competencias***

El Consejo Tutelar como órgano administrativo municipal, si recibe casos previstos en el artículo 148 del Estatuto, declina su competencia administrativa y los envía al Juez de la Infancia y de la Juventud de su comunidad. El Juez y el Consejo no hacen lo que quieren; quieren lo que está dentro de los límites de su competencia legal, pero es necesario repetir que muchos jueces y fiscales todavía insisten en ser jueces y promotores de menores. Insisten en ser inquisidores.

### ***Un juez fuerte y especializado***

Un país solo es fuerte con instituciones públicas fuertes. El nuevo Juez de la Infancia y de la Juventud debe ser fortalecido con perfeccionamiento y una buena organización judicial. Es una autoridad altamente especializada a ser preparada para operar en el nuevo paradigma del niño y del adolescente que son ciudadanos y sujetos de amplios derechos sociales. Los empleados judiciales también deben ser capacitados en el nuevo paradigma.

### ***El equipo del juez***

No siendo más un inquisidor y un ejecutor, el juez es hoy un tercero imparcial que delibera sobre las medidas que le son pedidas y que son ejecutadas por las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales. Su equipo multidisciplinario ahora lo ayuda a decidir, mantener, alterar o revocar medidas (no a ejecutar), emitiendo decisiones y opiniones, aconsejando, encaminando, previniendo. Pero, se repite, muchos equipos todavía mantienen el hábito de ejecutar e invaden la atribución de los programas que deben ser registrados y controlados por el Consejo Municipal.

### ***Una palabra sobre el derecho a la libertad***

En la democracia -siempre con las restricciones habituales, usuales, consuetudinarias o legales- los ancianos y los adultos tienen la libertad de ir y de venir, de expresar opiniones, de elegir sus creencias, de divertirse, de participar en la vida social. En el nuevo paradigma, niños y adolescentes son incluidos en esa tradición; pero el derecho a la libertad de un niño no es igual al de un adolescente, que a su vez es diferente al de un adulto.

En el Brasil de hoy muchos todavía se olvidan de que, socialmente, el límite de toda libertad es el límite del ejercicio de alguna autoridad, y viceversa. Niños, adolescentes y adultos están socialmente sujetos a las autoridades y a los límites diferentes en su libertad (por ejemplo: la sumisión a la patria potestad, la obligatoriedad de la asistencia escolar y de la disciplina escolar).

Quien no percibe esos límites acaba afirmando -como ciertos juristas brasileños- que el Estatuto otorga libertades ilimitadas a los niños y a los adolescentes. En el nuevo paradigma es fácil percibir que el niño y el adolescente tienen derecho al uso de la libertad, pero no al abuso, como tampoco nadie les puede imponer la omisión de su derecho a la libertad. Lo mismo es válido para los padres y los profesores, de quienes no se puede aceptar la omisión y el abuso en el ejercicio de su autoridad.

### ***Un palabra sobre la exclusión***

Muchos de los incluidos (los habitantes) de una sociedad, son excluidos de los beneficios generados por el conjunto de la sociedad. Es de esa exclusión que es necesario preocuparse: de la exclusión del sistema que garantiza derechos, a pesar de que la víctima esté dentro del sistema que produce riquezas. Esto es perverso. El Estatuto y los sistemas que lo sucederán son conjuntos de reglas para luchar contra esas formas de exclusión.

## **3. El victimario**

### ***Los sistemas latinoamericanos***

En el pasado era común castigar a las personas de forma arbitraria por delitos que no eran formalmente definidos en una ley. En el siglo XVIII se organizaron los sistemas que liberaban a los adultos de acusaciones arbitrarias y de castigos injustos violatorios de los derechos humanos. Es sabido que también injustamente, niños y adolescentes acabaron quedando fuera del sistema, por lo que eran encarcelados arbitrariamente sin defensa alguna. Solamente en el final del siglo XX, formalmente, se trajo a los niños y a los adolescentes a ese mundo de garantías del ciudadano y de los sujetos de derechos y de deberes.

Cumpliendo los compromisos asumidos a través de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, Brasil renovó su sistema de atención a niños y adolescentes a los cuales eventualmente se les atribuye un acto que la ley del país define como delito. Lo que se pretende corregir es el sistema

antiguo en el que se privaba de libertad, argumentando que se lo hacía para proteger al adolescente y que el adolescente era infractor sin que se probara su culpabilidad.

Fue así que en Brasil la Constitución incluyó a los niños y a los adolescentes en el mundo de las personas con derechos garantizados cuando lleven a cabo actos criminales y denominó a esas conductas actos infractores o sea, actos que contravienen la ley criminal. La misma Constitución excluyó a los niños y a los adolescentes del mundo de la imputación atribuida a los adultos, previendo para ellos un sistema de retribuciones que el Estatuto del Niño y del Adolescente llama medidas socio-educativas para los adolescentes y medidas de protección para los niños.

Tanto al niño como al adolescente a los cuales se atribuye un acto infractor la Constitución les garantiza el pleno y formal conocimiento de la imputación de ese acto, igualdad en la relación procesal y defensa técnica por un profesional habilitado según lo dispone la ley de protección de derechos específica que es el Estatuto. El mismo Estatuto dispone también que el adolescente será juzgado y el niño no.

Hurtar, robar, violar, matar son actos graves, ya sea que los practiquen ancianos, adultos, adolescentes o niños. Al firmar la Convención cada país asume el compromiso de adoptar medidas públicas retributivas que involucren castigo o punición solamente si el niño o adolescente acusado de haber practicado un acto definido en la ley como crimen fuera declarado culpable por una autoridad o juez imparcial, con amplio ejercicio del derecho de defensa. Solo puede ser culpado quien goza de la capacidad de ser responsable por los propios actos. Quien firma la Convención también se compromete a definir la edad a partir de la cual un niño es capaz de cometer delitos.

### ***Abrigo e internación***

Antes en Brasil como en muchos otros países, se internaban niños para proteger a la sociedad de los males que ella misma creaba. Hoy, ética y jurídicamente, solo se internan adolescentes en Brasil para proteger a la sociedad de adolescentes culpables de ciertas formas de agresión. En la práctica, por ausencia de jueces y promotores de justicia entrenados o de abogados competentes en muchos lugares de Brasil, todavía se internan niños y adolescentes violando los derechos mínimos previstos en la Convención. Internación es sinónimo de privación de la libertad, es sinónimo de prisión. También existen casos en que no se priva de libertad, cuando en verdad la situación justificaría plenamente tal rigor.

Si el juez no lo declara culpable, el adolescente no puede ser internado ni puede ser llamado infractor (no existe crimen de persona, persona infractora en sí misma; existe crimen de persona que perpetró una conducta infractora). Hoy en Brasil se abriga (no se interna) al niño dándole un lugar, bajo un guardador, si fuera imposible protegerlo en una familia. Esa norma también es violada en muchos tribunales brasileños por falta de preparación o aun por la intención de jueces y fiscales y por ausencia o falta de calificación de los abogados.

Para la Constitución brasileña, el adolescente imputable (al cual se puede imputar o atribuir un acto que llevó a cabo en el pasado e imputarle responsabilidad por ese acto) se debe atribuir (cosa que tiene que ver con el futuro) una medida socio-educativa, no una pena. Muchas personas, aun

juristas (confundidos con las palabras) todavía no entendieron el nuevo paradigma, lo que conduce a desvíos en la práctica de los tribunales o en la ejecución de las medidas socio-educativas en Brasil.

### ***La imputabilidad***

En Brasil, el adolescente al que se imputa (al que se atribuye) una conducta delictiva (matar, hurtar) y se le imputa responsabilidad por esa conducta, estará detenido en una comisaría especial, procesado por el fiscal y juzgado por el juez. Responde por lo que hizo. El niño detenido por la misma imputación permanecerá en la familia o en abrigo a disposición del Consejo Tutelar para recibir una medida de protección.

Como cualquier otra norma de conducta, esta puede ser violada por abuso o por omisión. En Brasil, en este caso, existe omisión cuando los Consejos Tutelares no cumplen con sus funciones de modo competente o con celo. Existe abuso cuando los jueces insisten en decidir los casos cuando el imputado es un niño, ya que la competencia judicial en esa materia debe restringirse al adolescente que comete delito y no al niño, que es materia del Consejo Tutelar. El artículo 105 del Estatuto establece que el acto infractor cometido por un niño (de cero a doce años) se retribuye con medidas de protección aplicadas por el Consejo Tutelar y no con cárcel, calabozo o exclusión.

### ***Qué es la responsabilidad?***

Es la capacidad humana de responder por las consecuencias éticas de los propios actos. La ley define el mínimo ético exigible a las personas. Adultos y adolescentes son responsables en Brasil ante un juez (criminal o de la juventud). Ambos son imputables. A los dos se les atribuye (imputa) un acto condenable. A ambos se les imputa responsabilidad por ese acto. A los dos se les van a atribuir (imputar) medidas retributivas, desagradables y restrictivas (pena para uno y medida socio-educativa para el otro).

En esas circunstancias no hay que hablar de bajar la imputabilidad, que tiene que ver con el pasado y ambos (adulto y adolescente) la tienen; en condiciones normales ambos entienden el carácter perjudicial del acto cometido y son capaces de determinarse según esa comprensión. Hay que hablar honestamente sobre el tipo de medida a aplicar en el futuro; pero muchos en Brasil incluidos los juristas, hablan de bajar la edad de la imputabilidad en vez de, lógicamente, hablar del tipo de medida que debe ser aplicada a los adolescentes que son imputables (a los cuales se atribuye, se imputa una conducta y una responsabilidad) y cometen delitos.

### ***Niño, adolescente y policía***

Si a un adulto, a un adolescente o a un niño no se les puede imputar un acto delictivo, ellos no son casos que involucren a la policía en Brasil. Si se les puede imputar un delito, entonces lo son. Si son detenidos, serán llevados uno, a una comisaría que lo tratará como adulto, el otro a la comisaría que lo tratará como adolescente, y el otro, a un responsable que lo presentará al Consejo Tutelar. En los tres casos detener no significa maltratar sino restringir la libertad con algún fin social. Si al detener la autoridad del Estado maltrata, está abusando del poder que detenta.

### ***Flagrancia***

A los adolescentes capturados in fraganti cometiendo un hecho que implica grave amenaza o violencia en la persona, en Brasil, la autoridad policial deberá

levantar un acta de aprehensión; deberá oír a los testigos y al adolescente; deberá recoger los instrumentos con los que se cometió el hecho y solicitar los exámenes o pericias necesarias. Todo eso es para colaborar con el fiscal y con el juez en la búsqueda de la verdad. Esa verdad se dirige a defender a la sociedad del infractor y a rehabilitarlo en la medida que sea posible.

### ***La prisión***

Cuando detiene (el Estatuto habla de aprehensión) al adolescente o cuando lo recibe detenido, el delegado puede presentarlo al fiscal o entregarlo a sus padres o responsables para que lo presente. La presentación es para que el Ministerio Público decida si inicia o no el proceso. Esa aprehensión o prisión es un acto desagradable pero necesario desde el punto de vista de la seguridad pública.

### ***Objetivo del proceso***

Para no ser falsos y eufemísticos debe quedar claro que el adolescente no es juzgado para su protección sino en defensa de la sociedad. Tiene derecho a una defensa plena para probar que no es responsable. En Brasil, si es declarado culpable, el juez aplica una medida que tiene que ser cumplida por los programas socio-educativos inscriptos y controlados por el Consejo Municipal de Derechos, en defensa del bien común. En el nuevo paradigma el juez no controla el programa; controla la ejecución por el programa de la sentencia que dictó. El Consejo, al registrar el programa, establece las condiciones para su funcionamiento y lo controla.

Existen graves desvíos a ese precepto brasileño que se dirige a garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos cuando Brasil firmo la Convención. Algunos Estados como San Pablo todavía mantienen en el nombre y en la práctica, el antiguo órgano centralizado para la antigua política de menores (Fundación de Bienestar del Menor), los jueces continúan controlando los programas y los Consejos Municipales están ausentes de esta importante materia.

### ***Sentencia y condena***

El juez decide a través de una sentencia que, en el caso, puede ser una absolución o una condena. En Brasil, el adolescente en la sentencia puede ser condenado a la reparación del daño que produjo, a la prestación de servicios a la comunidad, a la libertad asistida, a la semi-libertad o a la privación de la libertad (prisión) hasta por tres años. La sentencia es ejecutada en programas de organizaciones gubernamentales o no gubernamentales. La autoridad que aprueba el programa es el Consejo. En algunos Estados brasileños se deben hacer importantes modificaciones para ajustar el sistema a las normas del Estatuto, que contiene normas para que ese ajuste sea realizado.

### ***Las medidas socio-educativas***

Las medidas socio-educativas son ejecutadas por programas gubernamentales o no gubernamentales registrados en el Consejo Municipal. Se aplican técnicas de psicología, pedagogía, criminología, etc. En los municipios que no cuentan con programas bien organizados, el juicio, la sentencia del juez y la medida están fracasando (en Brasil y en otros países). Solo, el equipo del juez (que no ejecuta) no puede nunca garantizar eficacia. Mucha reincidencia se da por la falta de una adecuada organización de los programas o porque los equipos judiciales insisten en salirse de las funciones que les son propias.

### ***La medida privativa de la libertad***

La medida de internación (hasta por tres años en Brasil) impuesta al adolescente que haya cometido un acto infractor debe ser revisada periódicamente (en Brasil, cada seis meses), siendo necesaria la audiencia con el adolescente y sus educadores. Sin apoyo de los programas en régimen abierto, la internación en general inicia o devuelve a los adolescentes a las bandas, a las pandillas y al mundo criminal.

La privación de la libertad (internación) debe ser realizada por un servicio calificado con capacidad técnica criminológica y pedagógica para que, al ser liberado, el adolescente reciba apoyo en la familia y en la comunidad, en condiciones de ejercer libremente sus derechos. Eso no es fácil. Es uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo. De ahí el alto grado de reincidencia en los municipios más poblados del Brasil y en el exterior.

### ***Otras medidas***

Las medidas socio-educativas para adolescentes pueden ser apoyadas por medidas de protección adecuadas dirigidas a un posible restablecimiento socio-familiar, conforme las indicaciones técnicas de los programas y la decisión del Juez de la Juventud. Los programas sufren la feroz competencia de las organizaciones criminales, hoy sofisticadas y muy eficaces. Por eso este trabajo exige un nuevo paradigma y alta especialización, y existen esfuerzos en ese sentido.

Los programas para infractores, para tener éxito, deben recibir apoyo de los programas, proyectos y equipamientos de las comunidades cercanas. Cuando estas comunidades no integran al joven, éste vuelve a agredirla porque está fatalmente integrado al tráfico, a las bandas y a las pandillas. En la dialéctica del crimen y de la seguridad pública, antiguas acciones no profesionales deben ser sustituidas por eficaces programas socio-educativos. Cuando no lo son, se mantiene la reincidencia criminal juvenil y se vulnera la efectividad mencionada dieciséis veces como compromiso de los países en el texto de la Convención.

### ***Cuando no tiene lugar el proceso***

No existe proceso para el acusado de delito cuando el fiscal, en su convicción, entiende que es mejor aplicar la remisión. Esto significa que en ese caso no se iniciará proceso alguno. En la Fiscalía el adolescente y los responsables y también en ciertos casos, la víctima, firman un compromiso para que el acusado no vuelva a delinquir. La remisión solo se aplica para infracciones muy leves y que implican poco daño. Las remisiones se están aplicando en muchos lugares de forma reiterada y sistemática. Se viola de este modo el derecho al debido proceso legal para determinar la culpa del acusado y se contribuye a agravar el fenómeno de la reincidencia criminal.

### ***Ciudadanía, niño y crimen***

Cuando en Brasil un niño comete un acto criminal (que suave y delicadamente la Constitución llama acto infractor a la ley criminal) queda a disposición del Consejo Tutelar, que aplica medidas administrativas de protección a la ciudadanía. El adolescente queda a disposición del Ministerio Público para ser juzgado en un proceso judicial por el Juez de la Juventud que por medio de una sentencia aplica medidas socio-educativas en defensa de la ciudadanía. Esa es una defensa de la ciudadanía en general, principalmente de las víctimas.

Ya se planteó el extremo cuidado semántico que hace a la Constitución brasileña llamar acto infractor al crimen del niño o del adolescente. La Constitución llama acto infractor a un acto que la ley define como crimen cuando lo realiza un niño, por ejemplo, matar a alguien. En ese caso infantil -no en el caso juvenil-, el Consejo Tutelar investiga el hecho (no bajo el punto de vista policial del que se encarga la policía, sino bajo el punto de vista social, solicitando servicios de asistencia social, psicológica, etc. cuando fueren necesarios) y aplica medidas de protección y tratamiento.

Las medidas aplicadas por el Consejo Tutelar son ejecutadas por organizaciones gubernamentales o no gubernamentales en programas especiales registrados en el Consejo Municipal de los Derechos del Niño y del Adolescente. Existe una urgente necesidad en Brasil de preparar los Consejos Tutelares para el ejercicio de esas funciones y de orientar a los municipios para que, en sus leyes, prevean criterios rigurosos para la selección de los miembros de ese Consejo.

#### **4. La dinámica de la protección integral**

##### ***Formular políticas y controlar programas***

El Estatuto brasileño en sus artículos 88 inc.2 y 90 prevé Consejos deliberativos paritarios (mitad representantes del gobierno y mitad de las organizaciones no gubernamentales). Estos formulan la política pública (de Estado) a la que se refiere la Constitución en su artículo 204.2. De esa formulación participan el gobierno de turno a través de sus organizaciones gubernamentales y organizaciones representativas (organizaciones no gubernamentales) de la población.

En ese modelo, la política del Estado (permanente, que trasciende los gobiernos de turno) no se confunde con la política del gobierno (transitoria, de cada turno, de cada mandato del presidente de Brasil).

El significado de ese modelo es hacer que las políticas transitorias escapen de la tradicional discontinuidad administrativa que caracteriza a América Latina; y que sus autores dialoguen permanentemente con los sectores representativos de las comunidades. Por eso, en Brasil, ese diálogo es constitucionalmente obligatorio. Si el gobernante de turno violara el principio constitucional de participación, el sistema de justicia podría ser requerido por cualquier ciudadano para corregir el desvío.

##### ***Cómo se diseña la nueva política municipal***

Los Estados nacionales están siendo hoy concientizados de la importancia del principio de descentralización para formular, ejecutar y controlar adecuadamente la política pública de atención a los derechos sociales, los derechos humanos, los derechos, en fin, que tienen que ver con el bien común. Se vive actualmente en una época de globalización y de interdependencia entre las naciones para la producción y consumo de bienes materiales.

Pero la globalización implica que la producción y el consumo de los bienes sociales dependen de estructuras locales, solo eficaces cuando están organizadas de la manera más cercana posible a las comunidades, las familias, los grupos donde viven los individuos. El movimiento actual en Brasil es por lo tanto organizar esas estructuras de producción y de consumo de bienestar social en los municipios.

Esa producción y consumo local de bienestar social (también llamado justicia social) se relaciona con la orientación y apoyo a las familias para que puedan

mantenerse y criar, asistir y educar a sus hijos. Al Estado nacional, en este modelo, le corresponde la coordinación general, global, de una política que descentralice y atienda a las peculiaridades, a las idiosincrasias locales. Esas comunidades, esas familias, esos grupos sociales son orientados para que, a través de las organizaciones no gubernamentales, dialoguen con los gobiernos de turno con miras a un eficiente y eficaz sistema de oferta y consumo de salud, educación, cultura, esparcimiento, seguridad pública, capacitación laboral, etc.

Se busca hoy la organización local de una política social de protección integral, cuyos beneficiarios sean ancianos, adultos, adolescentes y niños. Se busca asegurar al niño, en este sistema de protección integral a todos, el principio de la prioridad absoluta (o principio del superior o mejor interés del niño, cuyo significado es en cada caso, atender el interés que es mejor o superior o más adecuado para el niño o adolescente).

### ***Los tres niveles de descentralización***

En su tradición (hábitos y costumbres) los países de América Latina ejercitaron en quinientos años de historia, la centralización del poder en gobiernos nacionales. Las alcaldías, las intendencias, los municipios pasaron a tener funciones "menos sofisticadas" como cuidar de la basura, de los pozos en las rutas, de las cloacas, etc.

Ahora los municipios (o las parroquias, los cantones, los distritos, según la estructura de cada país) pasan a concientizarse de que las políticas sociales que fracasaron cuando fueron formuladas y controladas a nivel nacional, deben entrar en las funciones municipales y por lo tanto, ser objeto de las preocupaciones de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales de los municipios.

Esas organizaciones gubernamentales y no gubernamentales municipales deben también concientizarse en asumir el protagonismo previsto en los compromisos firmados por el país cuando firmó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989: adoptar medidas educativas de la población dirigidas a ese fin, adoptar medidas sociales de movilización y organización de las estructuras participativas comunitarias y adoptar medidas administrativas locales dirigidas a la eficiencia y a la eficacia.

En derechos del niño y del adolescente, Brasil fue el primer país en elegir esa verdadera descentralización. La importancia del cambio paradigmático brasileño es que ella tiene nivel constitucional, o sea, tiene el más alto nivel en la jerarquía de las leyes. También constitucionalmente fijó los principios de la participación en la formulación de la política y el principio de prioridad absoluta al niño.

En la práctica eso significa imponer un límite constitucional al poder discrecional que las administraciones públicas tenían anteriormente. Brasil tiene normas constitucionales para cambiar antiguos usos, hábitos y costumbres. Es un derecho alterativo (no confundir con alternativo) constitucional; que altera, no mantiene antiguas prácticas. Es un esfuerzo por una nueva tradición.

### ***El principio del interés superior***

La Convención habla de interés superior del niño. Cuando se discutía la elaboración del Estatuto brasileño después de mucha controversia (dos años de debate público) se llegó a un consenso de que la Convención mencionaba el

interés superior del niño porque en el viejo paradigma ese interés era siempre establecido, subjetivamente, por una autoridad del Estado: esa autoridad, o era un agente del patronato estatal, o era el antiguo juez de menores.

Lo que prevé la Convención ahora es que cada país establezca criterios y preceptos objetivos que orientarán cómo se atiende cada caso, colectiva o difusamente, el mejor o superior interés del niño. Así, en Brasil, se atiende a ese superior interés cuando se aplican, en varias situaciones, las normas del Estatuto para que en la práctica no se quede sujeto a un criterio subjetivo según la percepción de quien va a aplicar la norma en cada caso (padre, madre, profesor, policía, autoridad pública del ejecutivo, jueces, etc.). Lo que el Estatuto brasileño dispone para disminuir la subjetividad de la interpretación es establecer, en el artículo 6, la regla de interpretación del Estatuto.

En Brasil esa regla establece que en cada caso se debe interpretar la norma procurando atender:

- a los fines sociales del Estatuto (incorporar a los niños al mundo de la ciudadanía; si los no introduce, no atiende al interés superior);
- a las exigencias del bien común (lo que no atiende al bien común no puede ser considerado como atendiendo al interés del niño);
- a los derechos individuales y colectivos en juego (se atiende al interés o derecho de uno, si se tienen en cuenta también sus deberes y los derechos y deberes de los demás);
- a la condición peculiar de niño y adolescente como personas en desarrollo.

### ***Quién amenaza y viola derechos?***

Porque son humanas, las personas traen siempre consigo la posibilidad de amenazar o violar derechos, sea como particulares en las familias, en las instituciones y en las empresas, sea como autoridades en el ejercicio de cargos públicos. Con el fracaso de las políticas públicas organizadas en sistemas nacionales centralizados, la tendencia hoy es llevar las políticas públicas organizadas al ámbito municipal. Esa estructura más cercana a los ciudadanos permite identificar mejor los casos de violaciones de derechos sea a nivel individual, colectivo o difuso.

### ***Quién atiende derechos?***

Atienden los derechos del niño y del adolescente las personas comprometidas éticamente con un conjunto articulado de acciones no gubernamentales y gubernamentales de todas las esferas de la sociedad y del gobierno. De ahí la necesidad de la creación de muchas organizaciones no gubernamentales que incorporen el sentimiento medio de la población en relación a sus necesidades básicas. En Brasil las reglas de efectividad para esa nueva ética se encuentran en la parte especial del Estatuto del Niño y del Adolescente.

### ***Descentralización***

El nuevo derecho contiene los derechos y los deberes del niño y reglas para terminar con la tradicional centralización autoritaria y vertical de los gobiernos federales como Brasil y Argentina, ó unitarios como otros países latinoamericanos. Brasil descentralizó la definición de las acciones de atención hacia los municipios con apoyo de los Estados y de la Unión. Se aplica el Estatuto para evitar que los programas federales o estatales se apliquen conjuntamente con programas municipales. Esta superposición pulveriza los

recursos, creaba (crea para los que los mantienen) acciones paralelas y subordina las prioridades a los intereses político-partidarios.

### ***Dónde se hacen efectivos los derechos?***

Los derechos se hacen efectivos o se violan donde las personas viven: en las familias, en la escuela, en el vecindario, en las calles, en la salud, en la cultura, en el deporte, en el esparcimiento, en el trabajo, en la seguridad pública, en el sistema oficial de justicia, en la elaboración de las leyes y así sucesivamente.

### ***Las políticas básicas y la política de asistencia social***

La política de los derechos del niño está o debe estar distribuida en todas las políticas públicas (educación, salud, deporte, cultura, esparcimiento, seguridad pública, producción, consumo, finanzas, etc.) porque todas, en diálogo con las organizaciones no gubernamentales, deben garantizar los derechos sociales inherentes a la ciudadanía, con prioridad en el niño y el adolescente. Nótese que las políticas públicas incluyen a la política económico-financiera, la que, en los días que corren, es tratada como si fuera global.

Y no es global porque no es el todo de la política pública. Es una parte, un sector. Es una política sectorial al lado de la política de educación, de deporte, de cultura, de salud, de asistencia social, etc. Los empresarios o financistas que no entienden esto no entienden o no quieren entender que es con el niño y con el adolescente que se inicia, por un lado, la producción de riquezas y de bienestar y por el otro, el consumo de productos de bienestar de todas las comunidades.

En el conjunto de las políticas públicas, las políticas sociales básicas son aquellas a las que todos tienen derecho de acceso, independientemente de la condición socio-económica. Representan el llamado brazo o rama social de la sociedad organizada que es el Estado (educación, salud, vivienda, etc.). En la concepción neoliberal, las organizaciones no gubernamentales que se dedican a diferentes aspectos de esa política social son llamadas tercer sector. En el paradigma de la Constitución y del Estado brasileños, las políticas sociales públicas tienen dos sectores: el gubernamental y el no gubernamental.

En la concepción de los neoliberales la sociedad debe controlar al Estado; pero al decir eso, el neoliberal típico piensa en los empresarios y financistas controlando la política económico-financiera. Se olvidan de los amenazados y violados en sus derechos sociales que, siendo ciudadanos, también deben controlar al Estado mismo a través de Comités, Juntas, Consejos, etc. La política social en la concepción neoliberal es un subproducto del mundo de la economía, donde la mano invisible del mercado, como quería Adam Smith, organiza el bienestar de la sociedad. El tercer sector entonces sería aquel, además del sector público y del sector privado (éste el motor del mundo) que los empresarios y los financistas crean para hacer filantropía. En el paradigma de la protección integral la concepción es bien diferente. El sector público es el conjunto de las decisiones sobre economía, finanzas, administración, salud, educación, cultura, esparcimiento, etc. Se divide en dos: lo gubernamental, donde la sociedad representativa y participativa (organizada política, administrativa y jurídicamente) formula y controla la política global que va de la economía a la urbanización, de la educación a la salud, de la cultura a la capacitación para el trabajo.

El sector público no gubernamental es aquel en el que los particulares (que viven en el sector privado como patrones, empleados, profesionales liberales, etc.) crean organizaciones no gubernamentales a través de las cuales se hacen representar y participan de las deliberaciones públicas. Las deliberaciones son tomadas entre gobiernos y comunidades en Consejos, Comités, Juntas que formulan las políticas públicas y trazan los límites dinámicos del bien común. Como se señaló, la Constitución brasileña determina ese diálogo entre sectores gubernamentales y no gubernamentales en la formulación de la política pública de carácter social.

### ***La asistencia social***

Para la Constitución brasileña, la asistencia social es la protección debida por la sociedad organizada (el Estado) a la maternidad, la familia, el niño, el adolescente, el anciano, los discapacitados y los que van a ingresar al mercado de trabajo. Debe ser prestada a quien necesita de ella, aunque el beneficiario no contribuya a la seguridad social.

### ***Política infanto-juvenil***

Por definición constitucional una parte de la asistencia social se refiere al niño y al adolescente. Esa parte, con prioridad absoluta, es planeada, financiada, ejecutada y controlada en un ámbito propio, con un Consejo propio. En otro ámbito, también con Consejo propio, no regido por el principio de la prioridad absoluta, esta asistencia se organiza con los otros aspectos de la asistencia social.

### ***La desigualdad social***

La asistencia social se rige por el compromiso de acceso a los productos y servicios básicos de la ciudadanía por los usuarios que sufren la desigualdad social históricamente construida. No es caridad ni filantropía en sí misma. Es un derecho de los que por algún motivo no están satisfechos en sus necesidades básicas. La ley pretende que se compense la desigualdad garantizando a cada uno ciertos mínimos éticos. No existe sociedad desarrollada hoy que no prevea o atienda a esos mínimo éticos.

### ***Situación de riesgo***

Para reafirmar el carácter dinámico de la protección integral, es bueno recordar lo que ya fuera mencionado en la primera parte: algunos dicen que los niños y las niñas fuera de la escuela, pidiendo limosna, 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. Para el Estatuto, en esa condición, ellos están amenazados o violados en sus derechos. En el paradigma del Estatuto estar amenazado ya inicia la violación del derecho. El riesgo ahora es el de ser sancionado y es de quien viola derechos.

### ***La política de protección***

Antes del Estatuto existía una política de protección (asistencia) para todos los que de ella necesitaran y una política de menores para los que (como se decía) se encontrarán al margen del proceso social. Hoy no se puede discriminar. No se puede decir que existe una política de asistencia social para los que de ella necesitan y otra para los que están en situación de riesgo. Eso sería discriminar otra vez, eufemísticamente, sería llamar situación de riesgo a la antigua situación irregular.

Todos tienen derecho a una política de protección amplia en el ambiente de su convivencia social, con prioridad absoluta (prioridad absoluta quiere decir: con protección especial) para el niño. La política de asistencia social es una sola. En ella, los niños y los adolescentes deben tener garantizada la prioridad absoluta. De ahí la existencia entre los muchos consejos públicos municipales, de dos muy especiales: uno de asistencia social, para ancianos, adultos y aspectos comunitarios generales sin prioridad absoluta; el otro, el del Niño y del Adolescente, para garantizar prioridad absoluta a la población infanto-juvenil. Es así que está en la Constitución.

### ***Programas para víctimas y victimarios***

En todo municipio debe estar organizado (por organizaciones gubernamentales y no gubernamentales locales) un conjunto de programas de protección dirigidos a la prevención y a la atención especializada del niño y del adolescente víctimas de abuso, negligencia, maltrato, explotación, crueldad y opresión. Se deben organizar también los programas socio-educativos para cumplir las sentencias del juez de la Juventud a adolescentes declarados culpables de actos infractores a la ley criminal. Existen técnicas adecuadas para eso y los municipios deben buscar una buena orientación.

Los que todavía siguen en el paradigma de la minoridad organizan programas que llaman de protección o socio-educativos, pero que son concebidos en una forma anómala que, a pesar de abierta, es todavía una institucionalización. Esa anomalía se debe al hecho de que, como lo que sabían hacer antes era institucionalizar al menor, crean una especie de institucionalización en régimen abierto, pasando a llamar al antiguo menor niño o adolescente, pero institucionalizándolo y tratándolo todavía como un objeto de los que dinamizan el programa.

Los verdaderos programas de protección o socio-educativos se organizan en las comunidades, junto a las familias, las escuelas, los puestos de salud, los programas deportivos, de cultura, de esparcimiento, de capacitación para el trabajo, para encontrar formas de resolver casos individuales de amenazas y violaciones de derechos.

Tales programas se organizan, se estructuran, se controlan, se evalúan como un conjunto de iniciativas que perciben y piensan al niño y al adolescente (y a las personas de su familia y los miembros de su comunidad) como ciudadanos y como sujetos. Al mismo tiempo, ese programa se organiza, se estructura, desarrolla un método, se controla, se evalúa estimulando, induciendo, orientando, enseñando, preparando al niño y al adolescente, a sus parientes y a sus amigos, para pensarse y percibirse como sujetos y ciudadanos. Los programas de protección y los programas socio-educativos son programas de ciudadanía.

### ***La municipalización y las nuevas relaciones de poder***

En la última década del siglo XX Brasil ha sido ejemplo de un esfuerzo por la municipalización de los derechos del niño y del adolescente. En el modelo brasileño, cada municipio debe organizar su política y crear consejos y programas regidos por el principio de participación. Siendo la democracia participativa un principio constitucional en Brasil, ahí se tiene un típico tema para cambiar los tradicionales hábitos, usos y costumbres de los dueños del poder. La nueva participación genera nuevas relaciones de poder.

### ***Cómo formular la política local***

Las organizaciones representativas (organizaciones no gubernamentales) de la población participan de la formulación de la política municipal, en el Consejo Municipal de los Derechos del Niño y del Adolescente que registra y autoriza los programas gubernamentales y no gubernamentales a funcionar. Gobierno y organizaciones no gubernamentales en el Consejo se controlan mutuamente. Los gobiernos y las organizaciones no gubernamentales que se resisten a ese control están a contramano de la historia.

### ***El Consejo de participación***

Todos los Estados y la Unión deben mantener el Consejo de los Derechos del Niño y del Adolescente -un órgano deliberativo- con el mismo número de miembros representantes de la población (organizaciones no gubernamentales) y del gobierno a los que el Consejo queda vinculado. Sin ese Consejo la política para niños y adolescentes deviene inconstitucional. La Constitución exige la participación de representantes de las organizaciones no gubernamentales.

### ***Función de los Consejos de Derechos***

Es preciso prestar mucha atención a un punto fundamental: a los Consejos de los Derechos les corresponde formular la política (ver Constitución, artículo 204, II) del Niño y del Adolescente; en el Consejo la población participa de la formulación de la política infanto-juvenil que armoniza la garantía de derechos entre las políticas públicas. Los que dicen que formular políticas es una función privativa del Ejecutivo omiten que la propia Constitución determina la participación conjunta.

### ***Control de la sociedad***

El control de los ciudadanos en la ejecución de las políticas públicas inclusive del Fondo de Recursos (municipal, estadual y nacional) se da en el Consejo de Derechos. Los programas gubernamentales y no gubernamentales son registrados y controlados en el Consejo Municipal porque, de los tres niveles (Unión, Estado y Municipio) éste es el más próximo a los habitantes.

### ***La profundidad de lo que dice la Constitución***

No se puede dudar de la profundidad con la que Brasil introdujo estos principios del nuevo paradigma de la infancia. El párrafo único del artículo primero de la Constitución brasileña: "Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes electos o directamente, en los términos de esta Constitución". En los términos de esta (según sus artículos 227, párrafo 7mo y 204, II) formular y controlar la política, solo con la participación de las organizaciones no gubernamentales.

### ***Registrar para controlar***

En ese sistema, la sociedad controla el Estado. Una organización (gubernamental o no gubernamental) solo puede tener un programa de atención a los derechos del niño y del adolescente si está registrado en el Consejo Municipal. En este, el gobierno y los habitantes pueden evaluar, acompañar, y controlar los servicios propuestos. Se controlan mutuamente.

### ***Fortalecer la iniciativa local***

El principio de descentralización política y administrativa fortalece la iniciativa municipal y comunitaria, donde deben ser definidas las acciones, los programas y proyectos a ser implementados para la atención de los derechos del niño y del adolescente. Esa materia fue tema de deliberación en la Conferencia sobre

Asentamientos Humanos (Habitat II) realizada en Estambul en 1996, no solo en lo que se refiere de modo más evidente a los niños sino a todos los aspectos de la organización social.

### ***Los recursos para los programas***

El Estatuto dice que los recursos para programas de niños y niñas víctimas (programas de protección) y de niños y niñas victimarios (programas socio-educativos) deben estar en un Fondo del municipio, otro del Estado y otro de la Unión. Siendo públicos, esos fondos son controlados por el gobierno respectivo y por la ciudadanía en el Consejo de Derechos.

### ***Composición de los fondos***

Los fondos para programas de protección y socioeducativos son recursos proveídos por el erario público, por donaciones, transferencias y legados, por contribuciones deducibles del impuesto a la renta debido por personas físicas y jurídicas así como por multas aplicadas por violaciones a los derechos del niño y del adolescente.

### ***Eficacia a través de los fondos***

La ley, al prever a los Fondos del Niño, busca efectividad en el pronto financiamiento de las acciones para corregir violaciones y amenazas a los derechos cuando los niños y los adolescentes son víctimas (programas de protección) o hacen víctimas (programas socio-educativos). La queja que existe en Brasil, por ejemplo, sobre reincidencia de infractores se debe siempre a la falta de programas socio-educativos.

### ***Mobilización social***

Armonizando sus acciones en el Consejo de los Derechos, las políticas públicas (educación, salud, asistencia social, deporte, cultura, esparcimiento, trabajo, seguridad pública, etc.) deben movilizar a la opinión pública para las muchas formas de hacer efectivos los derechos y los deberes de los niños y de los adolescentes. Cuántas personas buscan un sentido a la vida y podrían sumarse, con una orientación buena y competente, en esos programas?

### ***Los tipos de programas***

En Brasil, los programas para víctimas atienden en cuatro regímenes: de orientación y apoyo sociofamiliar; de apoyo socioeducativo en medio abierto, de colocación familiar y de abrigo. Para los victimarios, son tres los regímenes de atención: de libertad asistida, de semilibertad y de internación.

### ***Participación comunitaria***

Los programas de protección al niño y al adolescente deben favorecer la participación de las personas de la comunidad en el proceso educativo que desarrolla. Los municipios que alcanzan mejores resultados son los que involucran en ese sistema a un gran número de organizaciones no gubernamentales, incluidas de empresarios y sindicatos y los que estimulan programas en las políticas de cultura, deporte, esparcimiento y capacitación laboral.

### ***Legalismo y ética***

Aquellos que reclaman derechos del Estatuto en Brasil son (peyorativamente) llamados legalistas por ciertas personas. Brasil, como la aplastante mayoría de los países del mundo, firmó la Convención. Éticamente se comprometió a adoptar medidas educativas, sociales, administrativas y legales para garantizar derechos. En el Estatuto está el menú de las soluciones educativas, sociales y

administrativas para satisfacer esa garantía. No exigir el conjunto de esos compromisos éticos constituye una omisión y un grave desvío de conducta. Es la renuncia a los medios objetivos de garantizar eficiencia y eficacia para alcanzar efectividad.

### ***De los derechos y de los deberes***

Algunos dicen que el Estatuto brasileño trata de los derechos pero no de los deberes de la infancia. El artículo sexto de ese mismo Estatuto establece que en la interpretación de cada uno de sus artículos (o sea, en doscientos sesenta y siete artículos, doscientas sesenta y siete veces) se considerarán siempre los deberes individuales (de niños, de adolescentes, adultos) y colectivos correspondientes. No podría ser de otra forma. El Estatuto es una ley de ciudadanía.

### ***La nueva ética y la vieja tradición***

En Brasil, a muchas personas les desagrada el Estatuto y argumentan el choque entre sus normas y la tradición del país, de la región o de las comunidades. El Estatuto contiene principios éticos que no formaban parte de la tradición. Con él se han creado tradiciones que garantizan derechos, y se han alterado tradiciones que amenazan y violan derechos. Con el Estatuto se preparó y se prepara, en los años noventa del siglo XX, la ética del siglo XXI.