

LA LEGISLACION DE MENORES EN AMERICA LATINA: UNA DOCTRINA EN SITUACION IRREGULAR

LA LEGISLACION DE "MENORES" EN AMERICA LATINA: UNA DOCTRINA EN SITUACION IRREGULAR*

en

DERECHO DE LA INFANCIA/ADOLESCENCIA EN AMERICA LATINA: DE LA SITUACION IRREGULAR A LA PROTECCION INTEGRAL

Emilio García Méndez

1. En torno a los orígenes de la incapacidad de la infancia y del sentido de este seminario. 2. El Revés. 2a. Una doctrina: la doctrina de la situación irregular. 2b. Una instancia judicial: el juez de menores. 2c. Una instancia administrativo-ejecutiva: los órganos estatales de asistencia a la infancia. 2d. Una subestimación del vínculo entre la condición material y jurídica de la infancia: el basismo de los organismos no gubernamentales. 2e. Una indiferencia generalizada: la omisión activa de la sociedad civil. 3. El Derecho. 3a. La doctrina: La Doctrina de las Naciones Unidas de la Protección Integral de la Infancia. 3b. La instancia judicial: el nuevo juez de la infancia y la juventud. 3c. La instancia administrativo-ejecutiva: del asistencialismo a la política de las garantías. 3d. Los organismos no gubernamentales como fiscales de los derechos de la infancia. 3e. Una sociedad civil de todos y para todos. 4. A modo de conclusión.

1. En torno a los orígenes de la incapacidad de la infancia y del sentido de este seminario

Durante el II Encuentro Nacional del Movimiento Nacional Meninos e Meninas de Rua, realizado en Brasilia en 1989, ocurrió un hecho simpático y curioso, aunque de profunda significación, con cuyo relato me gustaría iniciar este ejercicio de reflexión colectiva. En el recinto de la Cámara de Diputados del Congreso Nacional, una niña representante de los movimientos sociales peruanos fue convidada por un niño brasilero para hablar al auditorio con las siguientes palabras: "Ahora una compañera peruana nos contará como es la vida allá en América Latina". Tras esta anécdota se esconde una realidad que es necesario conocer y reconocer para superar. Un enorme aislamiento, impuesto y autoimpuesto, reforzado por la lengua, nos ha mantenido cultural y políticamente separados por siglos. De forma similar, aunque menos evidente, un proceso análogo puede verificarse entre el resto de los países latinoamericanos de habla castellana.

De esa primera constatación surge una primera y necesaria indicación estratégica: la superación del aislamiento relativo de y con el Brasil sólo puede ser el resultado de una intergración latinoamericana que surja en la búsqueda

común de soluciones a problemas reales y urgentes. Uno de ellos, sin duda, se encuentra en los temas aquí en debate.

El término aislamiento relativo, hace referencia a un proceso de unidad negativa latinoamericana que se manifiesta con inusitada fuerza en el campo de la llamada legislación de *menores*. Hasta la aparición del *Estatuto da Criança e do Adolescente*, en julio de 1990, todas las legislaciones minoristas latinoamericanas se asemejan unas a otras como gotas de agua.

Desde la burda y pionera ley de Patronato argentina de 1919, pasando por los complejos y *modernos* códigos *Melo Matos* de Brasil de 1927 y del *Niño* de Uruguay de 1934, hasta las muy recientes legislaciones de mera adecuación formal a la Convención Internacional, es posible verificar una asombrosa continuidad que se manifiesta en la negación formal y sustancial del niño y el adolescente como sujetos de derechos.

Me parece importante aclarar que no hago aquí un uso ingenuo o arbitrario de los conceptos formal y sustancial. Diversamente del derecho iluminista de adultos (de sexo masculino convendría agregar), donde los derechos fundamentales pueden violarse en el proceso de aplicación y ejecución de la ley, la cultura jurídica de la minoridad (y de la condición de la mujer), imprimen y legitiman profundas desigualdades desde el propio nivel de formulación de la norma jurídica. Así, la casi totalidad de los códigos penales latinoamericanos que penan con fuerte severidad el aborto, se muestran sumamente indulgentes en la consideración del infanticidio, producido por la madre bajo la influencia del estado puerperal, cuando cometido para ocultar su deshonor. Paradójica y trágicamente, este atenuante se extiende a los padres, hermanos, marido e hijos, para ocultar la deshonor de su hija, hermana, esposa o madre. Este ejemplo concreto, se refiere el art. 81 del código penal argentino, pudiendo ser encontrado con meras variaciones de formulación en prácticamente todos los códigos de nuestra región.

Esta negación formal de los derechos fundamentales - incluyendo explícitamente las más elementales garantías constitucionales - es causa y consecuencia de una cultura de la incapacidad social, sobre la cual luego la incapacidad jurídica se asienta consensual y hegemónicamente.

Ya he hecho referencia en muchas oportunidades, a la génesis y desarrollo de una cultura de la *compasión-represión*, que con fuertes raíces en el contexto de los EEUU de fines del siglo XIX y la Europa de comienzos de este siglo, se instala y expande en nuestra región latinoamericana bajo el rótulo de una aberración jurídica denominada doctrina de la *situación irregular*. Una cultura, que con base en la exclusión social la refuerza y legitima introduciendo una dicotomía perversa en el mundo de la infancia. Una cultura, que construye un muro jurídico de profundas consecuencias reales, destinado a separar niños y adolescentes de los *otros*, los *menores* a quienes construye como una suerte de categoría residual y excrecencia respecto del mundo de la infancia.

De todo esto surge la necesidad profunda de rescatar a la infancia olvidada, también construyendo una nueva semántica de la inclusión. Para ello, propongo descender una vez más a los orígenes del infierno de la gramática de la exclusión.

En una de las más profundas y detalladas investigaciones de carácter histórico sobre la práctica de abandono de niños en la Europa occidental, John Boswell (1991) ofrece una información de inusitada riqueza que por tanto me parece imprescindible reproducir íntegramente:

"Palabras que significan 'niño', 'muchacho' y 'muchacha' por ejemplo, son utilizadas regularmente para significar 'esclavo' o 'siervo' en griego, latín, árabe, sirio y en muchas lenguas medievales. Es esta una sutileza filológica y social? En las democracias occidentales modernas todo hombre dotado de facultades mentales normales alcanza la condición de adulto independientemente del cumplimiento de una determinada edad, la distinción fundamental en relación a las facultades sociales y políticas, resulta entre niños y adultos y todos ocupan ambas posiciones sucesivamente. Sin embargo, por un largo período en el curso de la historia occidental, sólo una minoría entre los adultos ha podido alcanzar tal independencia. El resto de la población permanecía por toda la vida en una condición jurídica equiparable a la 'infancia', en el sentido que dichas relaciones permanecían bajo el control de algún otro. Un padre, un señor, un patrón, un marido, etc. Surge la tentación de deducir de este vínculo lingüístico, que los niños ocuparon la posición de esclavos, pero es más probable que la conexión verbal sea ligada al hecho que los propios roles sociales (esclavo, siervo, siervo de gleba, etc.) eran equivalentes al rol social de los 'niños', en cuanto a poder y condición jurídica, cualquiera fuera la edad de la persona. Palabras que significan 'niño' designaban a adultos de condición servil durante todo el medioevo, y frecuentemente resulta imposible saber con exactitud, ante la ausencia del contexto adecuado, si la definición se basaba sobre la condición o sobre ambos" (pp. 26 y 27).

Esta larga cita, de ambiguo significado, nos coloca frente a una alternativa igualmente esclarecedora de la situación de la infancia que hoy día enfrentamos. Ya sea que la infancia fuera equiparada a los adultos de condición servil, o que estos últimos fueran equiparados a la infancia, en ambos casos se explica la naturalidad con que todos y cada uno de los derechos fundamentales, fueron y son todavía hoy sistemáticamente negados, a veces en nombre de la *compasión* y a veces en nombre de la *represión*.

Paradójicamente, en el revés de las técnicas de dominación y sometimiento que se manifiestan en la negación de la condición de sujeto de derechos, se dibuja la estrategia opuesta de construcción de la ciudadanía para la mayoría marginada de nuestra infancia latinoamericana.

Resulta claro así, que el título de este III Seminario Latinoamericano debería constituirse entonces en programa concreto de acción futura.

2. El revés

Pocos escenarios me parecen más adecuados que este, para intentar una reflexión seria sobre el tema de la legislación de la infancia-adolescencia a nivel latinoamericano. Reflexión, que específicamente debe traducirse en un balance de las relaciones entre la condición material y la condición jurídica de la infancia.

En el contexto socio-económico de la llamada *década perdida*, resulta superfluo insistir con cifras para demostrar la existencia de dos tipos de infancias en América Latina. Una minoría, con sus necesidades básicas largamente satisfechas (niños y adolescentes) y una mayoría con sus necesidades básicas total o parcialmente insatisfechas (los menores).

Cualquier análisis de las legislaciones vigentes, basadas en la doctrina de la situación irregular, permite demostrar que para la primera categoría (niños y adolescentes) las leyes de *menores* resultan como mínimo absolutamente indiferentes. La discrecionalidad de la legislación vigente permite -estoy tentado a utilizar la palabra exige - que sus eventuales conflictos con la ley penal se resuelvan por canales diversos a los previstos en el texto de la ley. De forma similar, los conflictos de naturaleza no penal se resuelven normalmente a través del código civil o de las leyes conexas. La expresión, *niño impune-propietario*, constituye la mejor síntesis del espíritu de la ley en esta hipótesis. Para los otros, *los menores*, las leyes basadas en la doctrina de la *situación irregular*, condicionan y determinan su existencia cotidiana desde el nacimiento, hasta su eventual *transferencia* social vía el trámite de la adopción o el sometimiento a algún tipo de confinamiento institucional vía internación. La expresión, *niño sancionado-expropiado*, constituye la síntesis acabada de esta segunda hipótesis.

Este control específico sobre la parte más vulnerable del universo infancia se asienta, por acción u omisión, en 5 pilares fundamentales: a) una doctrina, b) una instancia judicial, c) una instancia administrativo-ejecutiva, d) una subestimación del vínculo entre la condición material y jurídica de la infancia y e) una indiferencia generalizada.

2.a Una doctrina: la doctrina de la situación irregular

En el mundo jurídico, se entiende por doctrina, el conjunto de la producción teórica elaborada por todos aquellos de una u otra forma vinculados con el tema, desde el ángulo del saber, la decisión o la ejecución. Normalmente, en todas las áreas del derecho de adultos la producción teórica se encuentra homogéneamente distribuida entre los distintos segmentos del sistema, lo que estimulando la pluralidad de puntos de vista asegura eficaces contrapesos intelectuales a la interpretación de las normas jurídicas. Los avances en la doctrina aparecen invariablemente acompañados por contradicciones y discrepancias.

Radicalmente diverso resulta el panorama de la producción teórica del derecho de *menores* en el contexto de la doctrina de la situación irregular. La ideología, hasta hace poco hegemónica, de la *compasión-represión*¹, ha determinado una uniformidad asustadora de puntos de vista. Esta característica obedece, tanto al hecho de que la piedad siempre se manifiesta como dogma, cuanto a que prácticamente toda la producción teórica ha sido realizada por los mismos sujetos encargados de su aplicación (los jueces de menores). Esta situación explica el hecho, que pocas doctrinas sean más difíciles de definir que aquella de la *situación irregular*.

Se trata en realidad, de una doctrina jurídica, que poco tiene de doctrina y nada de jurídica, si por jurídico entendemos -en el sentido iluminista- reglas claras y preestablecidas de cumplimiento obligatorio para los destinatarios y para aquellos responsables por su aplicación. Esta doctrina, constituye en realidad, una colcha de retazos del sentido común que el destino elevó a categoría jurídica. Su misión consiste en realidad, en legitimar la disponibilidad estatal absoluta de sujetos vulnerables, que precisamente por serlo son definidos en situación irregular. En este sentido las hipótesis de entrada en el sistema carecen de la menor taxatividad.

Niños y adolescentes abandonados, víctimas de abusos o maltratos y supuestos infractores a la ley penal, cuando pertenecientes a los sectores más débiles de la sociedad, se constituyen en clientes potenciales de esta definición. Más aún, como en una especie de auto-ironía, las leyes de menores extienden los alcances de la disponibilidad estatal al resto de la infancia que se encontrare en peligro material o moral. En este contexto, la arbitrariedad no puede jamás constituir la excepción y si, el comportamiento rutinario de aquellos encargados de su aplicación.

2.b) Una instancia judicial: el juez de menores

Pocas figuras resultan más alejadas de la esencia de la función jurisdiccional que el propio juez de menores en el contexto de esta doctrina. En el derecho moderno, la figura del juez aparece como la cara opuesta de la arbitrariedad y la discrecionalidad. Dirimir imparcialmente conflictos mediante la sujeción estricta a la ley, constituye el imperativo categórico de su acción. Bajo la doctrina de la situación irregular, el juez de menores encarna una figura diametralmente distinta a la anterior. El juez de menores, representa la realización institucional de la ideología de la *compasión-represión*.

En todo texto clásico del derecho de menores, el comportamiento debido del juez está equiparado a la figura del *buen padre de familia*. Conviene recordar aquí, que entre las múltiples obligaciones de este último no figura la de conocer el derecho para su correcta aplicación. El carácter absolutamente discrecional de sus funciones lo coloca en la situación paradójica de estar técnicamente imposibilitado de violar el derecho. Además, la escasa o nula importancia otorgada a las materias bajo su jurisdicción lo exime, en la práctica, de someterse a instancias superiores de revisión. Su doble competencia tutelar y

penal (siendo que lo tutelar se constituye en sinónimo de todo), unido a la miseria de sus recursos técnicos y financieros, le otorgan poderes absolutos que en definitiva se traducen en nada.

Pero más allá de estas funciones simbólicas, en el contexto de las políticas neoliberales de ajuste, el juez de menores cumple una función real de enorme importancia. Sus intervenciones, sobre todo cuando de impacto y registradas por los medios masivos de comunicación, contribuyen a crear la ilusión frente a la opinión pública, de que *algo está siendo hecho para enfrentar el problema de los menores*.

2.c) Una instancia administrativo-ejecutiva: los órganos estatales de asistencia a la infancia.

Agotado el modelo distribucionista de los años 50, la crisis fiscal del Estado que surge a fines de la década del 60, causó estragos irreversibles en las políticas sociales básicas, en especial en aquellas dedicadas a la infancia. Las viejas instituciones asistenciales, que hasta las primeras décadas de este siglo estuvieron en manos de la iglesia, pasaron gradualmente a la esfera pública estatal. La expansión de las políticas básicas en educación y salud, redujeron el alcance y sentido de dichas instituciones. En consecuencia, una atención *especializada*, marcó su acción institucional a partir de la década del 50. Niños y adolescentes portadores de deficiencias, madres adolescentes y un reducido grupo de jóvenes de comportamiento *antisocial* constituyeron su clientela privilegiada.

Cuando la resaca de las primeras políticas de ajuste fiscal, a comienzos de los años setenta, depósito en sus playas el nuevo producto de la época -el niño de la calle- sus reflejos estaban agotados. Algunas entidades ignoraron la nueva realidad siendo incapaces de modificar la vieja cultura institucional. Otras intentaron *modernizarse* en un remedo caricaturesco de los nuevos organismos no gubernamentales, ensayando programas alternativos de una dimensión cuantitativa tan reducida que no conseguían influir ni siquiera simbólicamente en la realidad circundante. Todavía hoy, no consigo entender respecto de que cosa dichos programas públicos pueden resultar alternativos. La única respuesta posible consista, tal vez, en afirmar su carácter de sucedáneo ideológico a la retracción de las políticas sociales básicas.

En cuanto a su vínculo con la justicia, casi sin excepción, la relación de estas instituciones aparece marcada por una conflictividad perversa, que poniendo en tela de juicio esporádicamente las decisiones individuales del juez, no legan jamás a cuestionar las normas jurídicas en que las decisiones de este último se sustentan.

Aquellas instituciones gubernamentales, que no han querido, podido o sabido transcender las prácticas asistencialistas resultaron, y en muchos casos resultan todavía hoy, aliados objetivos fundamentales para el mantenimiento del status quo jurídico. Además, y más allá de la buena voluntad de algunos de sus

técnicos, quien no entendió el carácter político-jurídico de las transformaciones necesarias, fue, sin embargo, paradójicamente *eficiente* para identificar la nueva clientela institucional. Como en una versión moderna de un rey Midas social, tuvieron y tienen éxito en convertir en *menor* a todo niño objeto de su protección.

2.d) Una subestimación del vínculo entre la condición material y jurídica de la infancia: el basismo de los organismos no gubernamentales.

La existencia de ONG es de relativa data en el campo de las políticas para la infancia. Una primera dificultad de comprensión surge del hecho que el término ONG intenta cubrir una realidad altamente heterogénea. Sin embargo, desde la perspectiva que nos interesa, me parece importante y posible establecer una primera y elemental distinción entre aquellos organismos que nacen estrechamente vinculados al estado, con la propuesta de ofrecer servicios sólo institucionalmente alternativos al sector gubernamental y aquellos que se caracterizan por un grado mayor de autonomía político-técnica.

En el caso de los ONG del primer tipo, su existencia y desarrollo está obviamente condicionada por la mera voluntad gubernamental. A su vez, dentro de los organismos del segundo tipo, se abre una amplia gama de posibilidades, que incluye desde la mera oferta de servicios, hasta la formulación de estrategias complejas destinadas a influir en la estructura jurídico-institucional de las políticas para la infancia. Un cierto basismo, muchas veces justificadamente alimentado por la desidia estatal, ha mantenido por mucho tiempo a estos organismos alejados de las instancias y estructuras encargadas de la toma real de decisiones.

Desbordados por la resolución de problemas inmediatos, muchos de estos organismos estuvieron incapacitados de percibir, que el contexto jurídico existente regulaba la calidad y cantidad de buena parte de los problemas cotidianos que debían ser enfrentados, a la par que impedía la reproducción amplia de experiencias exitosas realizadas en escala reducida.

2.e) Una indiferencia generalizada: la omisión activa de la sociedad civil

Una combinación objetiva de factores vinculados a las 4 áreas arriba señaladas contribuyeron a mantener conciencias tranquilas en el contexto de un malestar social creciente. Las respuestas asistencialistas, lo que es lo mismo que decir fragmentarias, a problemas de honda raíz estructural, provocaron una percepción de los problemas de la parte más vulnerable de la infancia, como prioritariamente asociados a patologías de carácter individual. El problema de la infancia en situación de alto riesgo, no conseguía ser visualizado en la insuficiente o inexistente oferta de servicios, sino en la negativa o ignorancia a su utilización por parte de sus potenciales destinatarios.

3. El derecho

En los últimos años, estos cinco pilares de la indiferencia, la ignorancia y la incompetencia comenzaron seriamente a resquebrajarse. En el campo de la lucha por los derechos de la infancia, la década de los 80 conjugó en América Latina, dos hechos de central importancia. El proceso lento y difícil de redemocratización política y la discusión y aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. La movilización de la sociedad en general, y en particular de los grupos vinculados al tema de la infancia, produjeron alteraciones reales o potenciales en las cinco bases de sustentación antes mencionadas.

Antes de pasar al análisis de las transformaciones iniciadas por la Convención Internacional, me parece importante señalar algunas características de su impacto real en la región.

En primer lugar, no creo que existan dudas en relación a la ruptura radical que en términos de enfoque jurídico de la infancia representa la Convención. Se trata, de un instrumento decisivo y fundamental que torna ociosa cualquier discusión que ponga en duda la comprensión de la categoría infancia-adolescencia como sujetos plenos de derecho. La Convención nos coloca en este campo, parafraseando a Norberto Bobbio, en la necesidad de trabajar en la protección de los derechos consagrados, abandonando discusiones bizantinas acerca de su justificación (N. Bobbio, 1990, p.16).

Inmediatamente después de su aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en noviembre de 1989, la mayoría de los países latinoamericanos ya la han ratificado, promulgándola luego como ley nacional. La vigencia simultánea y antagónica de la Convención Internacional y los viejos textos basados en la doctrina de la situación irregular, ha creado una situación de esquizofrenia jurídica en buena parte de los países de la región.

La vigencia de la Convención ha determinado la existencia de cuatro situaciones diversas que creo necesario identificar:

1. Países donde el efecto de la Convención ha sido nulo, tanto en términos de la reacción del poder ejecutivo y judicial, cuanto en términos de movilización de la sociedad civil.
2. Países donde la Convención ha provocado iniciativas gubernamentales y no gubernamentales de reforma legislativa que se encuentran actualmente en curso.
3. Países que han realizado una adecuación formal y eufemística de la Convención, dejando inalterado el espíritu y la sustancia de la doctrina de la situación irregular.

4. Países que han realizado un proceso real de adecuación sustancial al espíritu y la letra de la Convención Internacional. En este caso, en el que sin ninguna duda debe ser incluido el Brasil, y también, a pesar de algunas limitaciones, la nueva legislación del Ecuador, el cambio radical de contenido de la vieja ley ha estado indisolublemente vinculado a un enorme proceso de movilización social. Tanto los juristas, cuanto las técnicas jurídicas han sabido articular y traducir las demandas de la comunidad que actúa en las esferas gubernamentales y no gubernamentales.

Creo además conveniente, hacer una mención adicional a la situación creada en aquellos países que han promulgado la Convención, manteniendo al mismo tiempo la vieja ley de menores basada en la doctrina de la situación irregular.

Algunos jueces de menores, han planteado el problema de la inaplicabilidad de la Convención -a mi juicio en forma totalmente errónea- alegando el carácter programático y no operativo de la Convención. Aún así, y salvo honrosas excepciones, la corporación judicial no ha desarrollado ningún esfuerzo para alterar la vieja ley y tornarla operativa. En definitiva, esta discusión acerca del carácter operativo o programático de la Convención, pudiera ser jurídicamente pertinente, pero se torna políticamente irrelevante. La inexistencia de casos concretos de aplicación de la Convención Internacional por parte de los jueces de menores, reafirma la necesidad imperiosa de emprender la ardua y difícil tarea de la reforma legislativa.

Tenemos ahora los elementos mínimos para volver a las modificaciones que, en los sectores ya analizados, introduce la vigencia de la Convención Internacional.

3.1. La doctrina: La Doctrina de las Naciones Unidas de la Protección Integral de la Infancia

A pesar de no ser cronológicamente el primer texto, la Convención Internacional ha contribuido decisivamente a consolidar un cuerpo de legislación internacional que ha asumido la denominación de *Doctrina de las Naciones Unidas de Protección Integral de la Infancia*. Con esta denominación nos referimos a:

- La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.
- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores.
- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los jóvenes privados de libertad.
- Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.

Este cuerpo de legislación internacional modifica total y definitivamente la vieja doctrina de la situación irregular. Ya en otras oportunidades, he hecho mención concreta y específica a que la doctrina de la protección integral incorpora en forma vinculante para los países signatarios todos los principios fundamentales del derecho a la nueva legislación para la infancia. En otras palabras, esta nueva doctrina de legítima política, y sobre todo jurídicamente, el viejo derecho de *menores*, colocando paradójicamente en situación totalmente irregular. Enormes son todavía, los esfuerzos de difusión a ser realizados para su cabal comprensión por parte del mundo jurídico.

De la vigencia de la doctrina de la protección integral, es posible deducir algunas pautas básicas y esenciales para la reforma legislativa.

El reconocimiento del niño y el adolescente como sujeto pleno de derechos constituye el punto neurálgico del nuevo derecho. La prohibición tajante de arrestos ilegales o arbitrarios, reconociendo el principio constitucional de que ningún habitante de la república podrá ser detenido si no es en flagrante delito o por orden escrita y fundamentada de autoridad competente, debe necesariamente producir un impacto fundamental en la forma como las políticas para la infancia fueron concebidas hasta ahora.

3.2. La instancia judicial: el nuevo juez de la infancia y la juventud

Como ejemplo pionero incluido en la legislación más avanzada de la región, El Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil, jerarquiza la función judicial devolviéndole su capacidad plena y específica de dirimir conflictos de intereses de naturaleza jurídica a un nuevo tipo de juez.

La nueva legislación para la infancia se torna un instrumento complejo que exige un profundo conocimiento del derecho. La fundamentación rigurosa de las medidas adoptadas y una correcta y ponderada interpretación de la ley, constituyen los parámetros de acción del juez para la infancia. La división de competencias y responsabilidades con el Ministerio Público, así como la obligatoriedad de la presencia del abogado (ECA art. 207, Código de Menores de Ecuador art. 170), colocan las bases mínimas para que la arbitrariedad sea sustituida por la justicia.

3.3. La instancia administrativo- ejecutiva: del asistencialismo a la política de las garantías

El nuevo contexto jurídico plantea desafíos extraordinarios a los viejos órganos de asistencia. La ratificación y promulgación de la Convención, les impone la obligación moral y jurídica de trabajar junto con los movimientos sociales y el mundo jurídico, en una reforma legislativa que traduzca sustancialmente el contenido de la Convención. A su vez, luego de la reforma -y reconocidas a la infancia las garantías constitucionales básicas- las políticas de protección especial no puede más ser alimentadas coactivamente. Roto definitivamente el

ciclo perverso de la detención, rotulación, confinamiento y deportación institucional, dos líneas de acción concreta se dibujan en forma nítida.

La infancia en riesgo, producto de las diversas situaciones de abandono, comienza y debe ser percibida como resultado directo de la omisión o inexistencia de las políticas sociales básicas. El *niño de la calle* constituye antes que nada el *niño sin escuela*. La frase pionera y premonitoria de Antonio Carlos Gómez da Costa, el niño de la calle como "una isla cercada de omisiones", posee hoy todos los elementos para ser comprendida y analizada en su total extensión y profundidad.

La asistencia no puede más ser cómplice de la omisión generalizada.

Para los otros, los adolescentes en conflicto con la ley, la asistencia debe transformarse en una política estricta de garantías que colabore a confirmar a la categoría adolescente infractor como una precisa categoría jurídica y nunca más como una vaga categoría sociológica.

3.4. Los organismos no gubernamentales como fiscales de los derechos de la infancia

Poco puede pedirse sobre las transformaciones debidas en este campo y mucho en cambio sobre los hechos efectivamente ocurridos. El proceso de movilización en torno a la Convención, provocó una nueva relación de los movimientos sociales con la esfera de lo jurídico. El peso condicionante negativo para el trabajo cotidiano de la doctrina de la situación irregular, colocó a los movimientos sociales en forma natural y espontánea en la ruta de la reforma legislativa. En el revés de una infancia postergada se dibujaban con claridad los derechos a asegurar y proteger.

Una manifestación palpable de esta tendencia es el nacimiento, sobre todo en el Brasil de un nuevo tipo de ONG, los Centros de Defensa de los Derechos de la Infancia.

La adecuación sustancial de la Convención Internacional (el ECA) promovida y realizada con el concurso activo de los movimientos sociales, permitió superar, también desde el ángulo de la sociedad civil organizada, un horizonte asistencialista sin futuro ni proyección. La reproducción amplia de las mejores experiencias realizadas en escala reducida, sólo fue y será posible en el contexto anteriormente descrito.

Un nuevo desafío surge para los movimientos sociales: encarar la ardua y difícil articulación con los gobiernos para el diseño y fiscalización de un nuevo tipo de políticas públicas. En Brasil, los *Consejos de los Derechos del Niño y Adolescente*, proporciona sustentación política y legitimidad jurídica para el desarrollo de esta utopía concreta.

3.5. Una sociedad civil de todos y para todos

En forma similar al proceso dolorosamente aprendido acerca de que las aventuras autoritarias en América Latina no son posibles sin la complicidad de la sociedad civil, estamos aprendiendo que los ilegales y por sobre todo inútiles operativos de *limpieza de las calles* tampoco serían posibles. De aquí, se desprende la necesidad de un vasto trabajo de esclarecimiento destinado a demostrar la imposibilidad de una sociedad realmente democrática y moderna con una infancia postergada en sus necesidades vitales. Estoy convencido que esto mismo afirmaba hace poco el Sr. James Grant, Director General de UNICEF, al decir "la democracia es buena para la infancia". En otras palabras, no hay política para la infancia fuera de la política.

En Brasil, esta propuesta alcanzó el rango del principio constitucional de la prioridad absoluta, hagámoslo cumplir para todos y sobre todo por todos.

4. A modo de conclusión

Dos tareas de naturaleza diversa figuran hoy con prioridad en la agenda de todos aquellos preocupados por los derechos de la infancia. Producir cambios legislativos en consonancia sustancial con la doctrina de la protección integral y, donde dicha tarea ya fue realizada, defender y profundizar las conquistas alcanzadas.

La reforma de la ley constituye un paso absolutamente fundamental, siendo, sin embargo, sólo el comienzo de una nueva etapa en los esfuerzos por mejorar las condiciones de vida de nuestra infancia y adolescencia.

Es bueno recordar, que la oposición a la lógica de percibir las necesidades en términos de derechos, no provendrá solamente de aquellos sectores tradicionalmente catalogados como afines al pensamiento conservador. La cultura de la *compasión-represión*, suele manifestarse también bajo formas aparentemente progresistas.

El proceso de abolición de la esclavitud en los EEUU del siglo XIX, tuvo la particularidad de generar una oposición generalizada entre sectores con puntos de vista aparentemente irreconciliables. Un hilo sutil de desprecio y subestimación por los derechos, unió durante un largo período, a quienes presagiaban el colapso definitivo del sistema de producción como consecuencia de los cambios instaurados, con aquellos que sostenían que la incapacidad ontológica de los esclavos les impediría sobrevivir a una libertad para la cual no estaban preparados.

El pasaje del *revés al derecho* no es mágicamente irreversible. De nuestra voluntad, optimismo y capacidad dependerá su instalación definitiva en la conciencia social.

Notas

¹He hecho referencia en muchas oportunidades a la formación de la ideología de la *compasión-represión*, queriendo significar con ello la existencia de una cultura, que no ha querido, podido o sabido, ofrecer protección a los sectores más vulnerables de la sociedad, si no es declarado previamente algún tipo de incapacidad y condenándolos a algún tipo de segregación estigmatizante. Cfr. P por todos. E. García Méndez (s/f).

Bibliografía

Bobbio, Norberto (1990). *L'età dei diritti*. Torino, Einaudi.

Boswell, John (1991). *L'abbandono dei bambini in Europa Occidentale*. Milano, Rizzoli.

García Méndez, Emilio (s/f). *A história da criança como história do seu controle, en Liberdade, respeito, dignidade*, FCBIA, Governo do Brasil, Brasilia (1991). *La Convención Internacional de Derechos del Niño: de la situación irregular a la protección integral*. Brasilia, multigrafiado; (1992). *Infancia y adolescencia en la Argentina actual: pautas político-jurídicas para la reforma legislativa*. Brasilia, multigrafiado.