

## Introducción

En noviembre de 1989, al cumplirse diez años de trabajos preparatorios, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó por unanimidad la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. A la fecha, todos los países del planeta, con dos únicas excepciones -Estados Unidos y Somalia(3), han ratificado esta Convención. La región de América Latina y el Caribe ha sido pionera en el proceso mundial de ratificaciones de este tratado internacional, omnicompreensivo de los derechos humanos de todos aquellos que aún no han alcanzado los dieciocho años. Más aún, todos los países de América Latina y el Caribe no sólo han ratificado la Convención, sino que además la han transformado en ley nacional mediante un trámite de aprobación parlamentaria. En América Latina, particularmente en el contexto de la tradición jurídica napoleónica de derecho codificado, el proceso de transformación de la Convención en ley nacional ha generado una verdadera situación de esquizofrenia jurídica.

Esquizofrenia jurídica referida a la vigencia simultánea de dos leyes, que regulando la misma materia resultan de naturaleza antagónica: por un lado, la Convención y por el otro, las viejas leyes de menores basadas en la doctrina de la situación irregular. La inercia político- cultural, sumada a algunos problemas de técnica jurídica procesal determinaron que, en el plano judicial, se continuara con la aplicación masiva y rutinaria de las viejas leyes de menores, al tiempo que la aplicación de la Convención se convertía en un hecho excepcional y fragmentario.

Al descubrir, en forma empírica, la íntima conexión entre los problemas de la infancia y los problemas de la democracia y, en el marco del proceso popular de construcción de una nueva Constitución que indicaba con claridad el fin de un cuarto de siglo de autoritarismo militar, el embrionario movimiento de lucha por los derechos de la infancia se articuló en torno a la preparación de dos enmiendas populares a ser introducidas en la nueva Constitución (mecanismo previsto por la propia Convención Constituyente). El resultado fue la incorporación a la nueva Constitución Brasileira, aprobada finalmente en octubre de 1988, de dos artículos claves para todo el desarrollo de un nuevo tipo de política social para la infancia: la política social publica. El artículo 227, constituye una admirable síntesis de la futura Convención, que para la época circulaba en forma de anteproyecto entre los movimientos de lucha por los derechos de la infancia. El otro artículo decisivo fue el 204 ( particularmente en su inciso II) el que, legitimando la articulación de esfuerzos coordinados entre gobierno y sociedad civil, colocaba las bases explícitamente jurídicas para la reformulación de una política pública, ya no más entendida como mero sinónimo de política gubernamental, sino como el resultado de una articulación entre gobierno y sociedad civil(6)

En realidad, puede decirse que en América latina ha habido dos grandes etapas de reformas jurídicas en lo que se refiere al derecho de la infancia. Una primera etapa, de 1919 a 1939, que introduce la especificidad del derecho de menores y crea un nuevo tipo de institucionalidad: la justicia de menores(7). Una segunda etapa, de la cual este libro precisamente pretende dar cuenta, que comienza en 1990 y continúa abierta y en evolución hasta nuestros días.

Cumplida la primera etapa del proceso de reformas, desde 1940 a 1990, los pocos cambios jurídicos ocurridos han sido invariablemente intrascendentes: variaciones sobre un mismo tema para decirlo en una forma un poco más elegante. El proceso de cambio jurídico y social que los movimientos de lucha por los derechos de la infancia concretan en Brasil en 1990, (pero que reconoce antecedentes inmediatos y directos por lo menos desde 1986), constituye un ejemplo extraordinario de conjunción de tres coordenadas fundamentales: infancia, ley y democracia. En este caso, la experiencia demuestra que los diversos problemas de la infancia sólo pueden ser reconstruídos en una clave distinta a la "compasión-represión" cuando se intersectan con el tema de la ley y el tema de la democracia.

Esto significa un rechazo rotundo a considerar los temas de la infancia desde cualquier perspectiva fragmentaria y sobre todo corporativista. La nueva relación infancia-ley, implica una profunda revaloración crítica del sentido y naturaleza del vínculo entre la condición jurídica y la condición material de la infancia.

Pero las transformaciones de la segunda etapa de reformas legislativas (de 1990 en adelante) no se refieren solamente a un cambio profundo y sustancial en los contenidos de la ley. Se trata además, de un

cambio en los mecanismos de producción del derecho; de un nuevo derecho para **todos** los niños, no sólo para aquellos en "situación irregular". A partir de la experiencia del Brasil, todo el resto de las reformas legislativas (con mayor o menor nivel de participación social y con una mejor o peor técnica jurídica), dejaron de ser esotéricas y clandestinas reuniones de "expertos" que trabajan en los sótanos de los Ministerios de Justicia, para convertirse en inmensos laboratorios político-sociales de producción jurídica democrática.

La década de los '80 para América Latina en general y su segunda mitad para Brasil en particular, coincide con la retirada, más o menos ordenada, más o menos caótica, de las dictaduras militares instauradas en la década del 70. En América Latina, el complejo, difícil y contradictorio retorno a la democracia coincide con el surgimiento y difusión de la Convención. Por primera vez, un instrumento con la forma de la ley capta seriamente la atención de los movimientos sociales, por otra parte, políticamente enfrentados, en general, a los gobiernos autoritarios. Sin embargo, la asimilación de este instrumento legal no fue fácil y no faltaron las críticas de distinto tipo. Desde aquellos que afirmaban que cualquier intento de juridificación de los derechos de la infancia significaba en la práctica negar o, por lo menos, poner una camisa de fuerza a sus derechos naturales, hasta aquellos que veían en la Convención otra más o menos sutil intervención del imperialismo. En realidad, los motivos profundos por los que la Convención logra finalmente imponerse con tanta intensidad esperan un análisis más detallado. Es posible, sin embargo, que su comprensión y aceptación como instrumento específico de derechos humanos haya jugado un papel fundamental en su instalación socio-jurídica definitiva. También, es probable que haya sido decisiva la intuición de algunos grupos de activistas sociales, en el sentido de que no es sólo la democracia la que garantiza la lucha por los derechos, sino que es también, y fundamentalmente la lucha por los derechos lo que garantiza la democracia(8). Fue, precisamente, esta "intuición" la que jugó un papel determinante en la primera incorporación constitucional de la Convención. En el Brasil de fines de los 80, fueron juristas con sensibilidad educativa y, sobre todo, educadores con una altísima sensibilidad jurídica, los que instalaron un tipo, felizmente heterodoxo, de lucha por los derechos en el campo del derecho. Articulación esta última que abre las bases para la urgente y necesaria reformulación de las relaciones entre pedagogía(9) y justicia, refundación que encuentra en el texto de Antonio Carlos Gomes da Costa -contenido en este libro- su mejor ejemplo, eximiéndome aquí de ulteriores reflexiones.

Como era de esperar, "sustancialistas" de diverso tipo y nostálgicos defensores del (des) orden jurídico anterior, quedaron respectivamente marginados y enfrentados a este proceso. Si los nostálgicos defensores del viejo orden jurídico -cultores varios del cadáver insepulto de la doctrina de la situación irregular- no necesitan ser ulteriormente explicados, sí me parece que aquellos que aquí denomino "sustancialistas" merecen una más detallada explicación. Denomino aquí con el término "sustancialistas" a aquellos que, desde diversas posiciones político-ideológicas, subestiman las capacidades reales, positivas o negativas, del derecho. Son los mismos que otorgan un carácter automático e ineluctablemente condicionante a lo que ellos, arbitrariamente, definen como condiciones materiales determinantes. En la práctica, son aquellos que nos alertan sobre la inutilidad de cualquier reforma que no sea "profundamente estructural". Son los portadores, conscientes o inconscientes, de la perspectiva que produce el efecto doblemente perverso de la pobreza. Una vez como productora de situaciones concretas de profundo malestar social y pérdida de la dignidad humana (en los pobres), y otra vez (en los no pobres) en su uso instrumental como burdo comodín que explica (y sugiere) las varias formas de la resignación. "Aquí no se pueden respetar los derechos humanos hasta que la pobreza no se erradique" es la frase hecha del simplismo, que mejor sintetiza la posición "sustancialista".

**Esta posición olvida que la historia crítica del desarrollo social enseña exactamente lo contrario: que son precisamente las formas de resolución pacífica y respetuosa de la dignidad humana de los conflictos sociales e individuales, las condiciones *sine qua non* (aunque no suficientes) para un desarrollo sustentable que permita una verdadera erradicación de la pobreza. Los varios ejemplos demuestran que ha sido una inversión masiva en educación (derecho habilitante para el ejercicio de otros derechos), lo que ha permitido el desarrollo y la erradicación real de la pobreza, y no lo contrario(10), deberían, por lo menos, inducir a los "sustancialistas" a una profunda revisión de sus dogmas, por otra parte, tan inútiles cuanto perjudiciales.**

El proceso actual de reformas legislativas pone en evidencia que es precisamente, en esa falta de comprensión de la naturaleza compleja de la relación derecho-realidad, donde radica un elemento fundamental para explicar la fragilidad de las instituciones y la democracia en América Latina. Es sobre la base de este razonamiento que, muy en especial en el campo de la infancia, la justicia resulta sustituida por la piedad y sobre todo por aquella bondad paternalista que tanto repugnaba a Kant(11).

El enfoque "sustancialista" se caracteriza por sostener, objetivamente, una tosca versión materialista del derecho, heredera del marxismo más vulgar. Así, al derecho, dimensión abstracta e ideológica, se le opone la acción concreta sobre la realidad social. El derecho, en este caso, debe ser "reflejo fiel de la realidad". Como Funes el memorioso, del maravilloso relato de Borges, cuyos recuerdos de un día eran tan minuciosos que duraban exactamente un día, el enfoque "sustancialista" exige que el derecho sea (para no ser abstracto e ideológico) un fiel reflejo de la realidad. Desde esa perspectiva, no es de extrañar que se perciba al derecho como algo en realidad superfluo. Para seguir con Borges, es la historia de aquel emperador chino que quería un mapa perfectamente fiel de su imperio. Miles de cartógrafos trabajaron durante años en la confección del mapa que acabó teniendo el mismo tamaño que el imperio y en consecuencia se transformó en completamente inútil(12).

En lugar de ser un programa de acción futura, y un instrumento para conseguir lo que todavía no es, si el derecho debe reflejar la realidad, entonces sólo puede y debe existir cuando ya no es más necesario. El resultado de este razonamiento (incorrecto y falso), consiste en confirmar la subestimación de la función del derecho: otra profecía en la cual los "sustancialistas" trabajan incansablemente para su autorrealización. Así, un derecho a la educación que refleje la "realidad" debe concluir, por ejemplo, que la educación de calidad es un derecho de aquellos niños cuyos padres tienen un nivel de ingresos que permita dicho tipo de educación.

**De este pensamiento inconexo, pero que tiene la fuerza de la inercia de las cosas y el apoyo del "sentido común", ha ido surgiendo un nuevo paradigma: es el paradigma de la ambigüedad(15).**

Frente a los paradigmas instalados y enfrentados de la situación irregular y la protección integral, el paradigma de la ambigüedad se presenta como una síntesis ecléctica, apropiada para esta época de "fin de las ideologías". El paradigma de la ambigüedad se encuentra muy bien representado por aquellos que, rechazando de plano el paradigma de la situación irregular, no consiguen acompañar -tal vez por la disminución significativa de las prácticas discrecionales y paternalistas en el trato con los niños- las transformaciones reales y potenciales que se deducen de la aplicación consecuente del paradigma de la protección integral, que considera al niño y al adolescente un sujeto de derechos, y no menos, de responsabilidades. En este punto me parece importante arriesgar una explicación que permita entender mejor el por qué de la aparición (y difusión) del paradigma de la ambigüedad.

Si consideramos el carácter de revolución copernicana del cambio de paradigma de la situación irregular a la protección integral, sobre todo en el sentido de disminución radical de la discrecionalidad en la cultura y prácticas de la "protección" (recuérdese que la historia es muy clara en mostrar las peores atrocidades contra la infancia cometidas mucho más en nombre del amor y la protección, que en nombre explícito de la propia represión), es necesario admitir que el derecho (la Convención) ha jugado un papel decisivo en la objetivación de las relaciones de la infancia con los adultos y con el Estado(16).

Esta objetivación (entendida como la tendencia opuesta a la discrecionalidad), que se expresa no sólo por un nuevo tipo de derecho, sino también por un nuevo tipo de institucionalidad, así como por novedosos mecanismos de cumplimiento y exigibilidad, transforma sustancialmente el sentido del trabajo de los especialistas "tradicionales"; desde los juristas hasta los pedagogos(17), para abarcar toda la variada gama de estos operadores sociales. Estas transformaciones se refieren, especialmente, a la reducción de la capacidad omnímoda para diagnosticar discrecionalmente la existencia y características de la "disfunción" social o individual; y muy especialmente, el sentido y características de las medidas, sean éstas jurídicas, terapéuticas o sociales. Las metáforas de la medicina cada vez dan menos cuenta de la nueva situación. El paso de considerar a los adolescentes en conflicto con la ley penal, de una vaga categoría sociológica que comete hechos antisociales (situación irregular), a una precisa categoría jurídica que comete infracciones penales, típicas, antijurídicas y culpables (protección integral), constituye un ejemplo bien representativo de esta situación(18).

El nuevo derecho de la infancia reduce drásticamente los niveles de discrecionalidad, no sólo jurídica sino también pedagógica. En este contexto es que se produce el rechazo abierto o solapado de los viejos especialistas al nuevo derecho y su adhesión más o menos espontánea y objetiva al paradigma de la ambigüedad (es obvio, que el concepto de viejo y nuevo se refiere aquí a una categoría político-cultural y no a una categoría cronológica).

**La prueba del carácter hegemónico durante por lo menos setenta años del paradigma de la situación irregular, resulta del hecho de que las discusiones y enfrentamientos entre los intérpretes de la ley (jueces) y los aplicadores de sus consecuencias (psicólogos, asistentes sociales, pedagógos, etc.), se daba invariablemente en los moldes y en el estrecho ámbito del paradigma hegemónico. El viejo derecho y la vieja pedagogía constituían, apenas, variaciones temáticas (y complementarias) de la cultura de la discrecionalidad(20).**

Lo que sucede es que sí, por una parte, resulta obvio y evidente que el nuevo derecho exige una profunda renovación en las filas de los operadores jurídicos (jueces, fiscales, defensores), no resulta tan clara la extensión y profundidad de la renovación, necesaria en el campo de los operadores sociales (pedagógos, asistentes sociales, psicólogos, etc). En este sentido, este libro (mucho más que este artículo) debe ser entendido también como una invitación a la refundación de un diálogo, articulado y respetuoso, entre los operadores sociales y los juristas. El "pacto de caballeros" entre la corporación médica y la jurídica que en la década de los 20 y 30 concluyó con una institucionalidad híbrida y ecléctica -la justicia de menores- está absolutamente agotado. Una justicia con las apariencias objetivas y abstractas de la ley, pero, con los contenidos y el funcionamiento real de la discrecionalidad médica, se encuentra en proceso de extinción. Pero como en la hermosa metáfora de Gramsci para describir a la crisis, también aquí lo viejo no ha terminado de morir y lo nuevo no ha terminado de nacer. Sin embargo, me permito aquí una (única) indicación referida a la dirección que implica la nueva relación entre el derecho y la pedagogía. Históricamente, y amparado en el concepto de interdisciplinariedad, la "vieja pedagogía" ha permeado cada milímetro del (no) derecho de menores. Psicólogos, psiquiatras y asistentes sociales, entre otros, han transitado y transitan con naturalidad en las instancias de la vieja (y nueva) justicia para la infancia. Tal vez ha llegado la hora de que operadores de la defensa técnica (abogados públicos o particulares) comiencen a transitar con la misma naturalidad en los espacios de tratamiento y rehabilitación. Para una pedagogía de las garantías (que es la única forma que puede asumir la pedagogía en el contexto del nuevo derecho de la infancia), la pertinencia jurídica del sujeto de una medida socio-educativa constituye el primer requisito para considerar, solo posteriormente, la bondad o maldad intrínseca de la medida pedagógica.

En la refundación de las relaciones entre el derecho y la pedagogía caben a la perfección las palabras de Antonio Machado en el período inmediatamente posterior a la Guerra Civil Española: "tenemos que inventar hasta la verdad".

## **5 Derecho y autoritarismo**

El proceso de reformas legislativas que comienza a mediados de la década de los 80 en el Brasil, y se extiende hasta nuestros días a todos los países de América Latina, debe ser también entendido como un inmenso laboratorio para la democracia y para el derecho.

En la Europa de los años 80, muy particularmente en Italia y en menor medida en Francia, surge un movimiento de uso alternativo del derecho que proyectó en América Latina una cierta influencia en el plano intelectual y académico, aunque no en el plano de lo político. El ambiente político en el que nace y se desarrolla el movimiento del uso alternativo del derecho (en Europa) podría en forma esquemática sintetizarse como sigue. En un contexto de bloqueo de la situación política caracterizado por la inmovilidad del porcentaje electoral de los partidos progresistas, de una creciente producción intelectual crítica en el campo del derecho y de la profesionalización democrática de los operadores de la justicia (concursos públicos y carrera judicial), surge la propuesta de utilizar en una clave distinta a la tradicional, el derecho existente. La falta de una mayor base de sustentación política y la incapacidad o imposibilidad de políticas de alianzas, determinaron la inexistencia de condiciones para la transformación legislativa. Se trataba, en otras palabras, de usar, con un contenido progresista y transformador, la discrecionalidad propia de la función judicial. Es el intento de utilización crítica de un derecho -muchas veces-, razonablemente, democrático o el rechazo a las interpretaciones regresivas de las normas jurídicas procesales, impuestas y legitimadas por las varias caras de la emergencia (mafia, terrorismo, etc).

**Muy distinta es la situación en el contexto latinoamericano. En la América Latina de los 80, no sólo carecíamos de un derecho "razonablemente democrático", sino que contábamos con un derecho explícitamente autoritario y antidemocrático. Esta situación era, particularmente, evidente en las áreas del (no) derecho constitucional y del derecho penal. El derecho de menores, basado en la doctrina de la situación irregular, no constituye, por supuesto, un sub-producto de las dictaduras militares de los '70, pero se adaptó maravillosamente a su proyecto "social". La discrecionalidad omnimoda del derecho de menores legitimada en la bondad protectora de**

sectores débiles y sobre todo incapaces, constituyó una fuente preciosa de inspiración para el derecho penal y constitucional del autoritarismo. Es por eso que si hoy el proyecto de construcción de ciudadanía de la infancia descansa en la constitucionalización de su derecho, el proyecto regresivo del autoritarismo, de los 70 y los 80, de convertir a ciudadanos en súbditos, descansaba en la "menorización" de todo el derecho, muy especialmente el penal y el constitucional.

De las múltiples consecuencias negativas, producto de los autoritarismos de los años '70 y '80, una de ellas se refiere a su impacto negativo sobre la ya frágil cultura del derecho en América Latina. Sin lugar a dudas, el autoritarismo y sus secuelas exacerbaron todas las tendencias negativas que, sobre todo en el plano de las relaciones derecho-realidad, derecho-democracia y derecho-ciudadanía, imperaron e imperan desde la colonia hasta nuestros días.

Aún con el objetivo de destruir la democracia y la condición de ciudadanía, los gobiernos autoritarios no subestimaron las capacidades técnicas del derecho como instrumento eficiente de dominación(22).

**El derecho de menores -particularmente en su carácter de eficiente instrumento de control social, especialmente a través de su conocida "vocación" para la criminalización de la pobreza, convivió cómodamente con toda la política del autoritarismo y no sólo con su política social. La discrecionalidad omnimoda del derecho de menores, donde la legalidad consistía en la mera legitimación de lo "que crea más conveniente" el responsable de su aplicación, constituyó una fuente preciosa de inspiración para el derecho penal y constitucional del autoritarismo.**

El uso proficuo del derecho por parte de los gobiernos autoritarios confirmó a los "sustancialistas", en el momento de retorno a la democracia, la necesidad de relativizar las capacidades transformadoras del derecho y, sobre todo, relativizar la calidad del vínculo entre derecho y democracia. La necesidad de que el derecho sólo refleje la realidad parece ser la reacción de los que niegan por meramente ideológico un derecho distinto a la realidad; en otras palabras, de los que explícitamente niegan las posibilidades del derecho como instrumento pedagógico y propuesta democrática de transformación social.

## **6 Infancia y Democracia**

El nuevo derecho de la infancia-adolescencia en América Latina constituye en los hechos (y valga el juego de palabras, en el derecho) una desmentida rotunda a las profecías del realismo "sustancialista". Desde el Estatuto de Brasil de 1990, hasta la nueva ley de infancia de Nicaragua aprobada en el parlamento en marzo de 1998, todas las leyes gestadas por los movimientos de lucha por los derechos de la infancia han sido profundamente negadoras de la realidad. Si se hubiera realizado el "*check reality*" pregonado por el "realismo sustancialista", las recurrentes políticas de ajuste estructural y las erráticas políticas de seguridad producto de la alarma social por la delincuencia juvenil, hubieran determinado que todas estas leyes fueran no tanto (y sólo) inútiles sino además imposibles. En este libro se encuentran, también para desmentir al "realismo sustancialista", las leyes, proyectos y anteproyectos "imposibles" de dieciséis países que se atrevieron a construir normas jurídicas que no reflejan la realidad sino que son mucho mejor que la realidad misma (se excluye de esta afirmación al Código de Menores de Colombia, y por eso el número de países se reduce a dieciseis). Leyes que, si bien nadie piensa como instrumentos **mágicos, ni mucho menos suficientes para cualquier cambio profundo en las condiciones materiales de la infancia, han servido para ser entendidos como condición *sine qua non* de la mejora de la situación de niños y adolescentes y sobre todo de la calidad de nuestra vida democrática.** Proyectos de ley que acabaron siendo, en la feliz expresión de Antonio Carlos Gomes da Costa, verdaderos proyectos de sociedad. Tal vez sea conveniente recordar aquí que, en este continente de paradojas, los que menos hacen son precisamente los hombres "prácticos y pragmáticos", y no hacen nada porque emplean todo su tiempo en explicarnos "científicamente" el carácter ineluctable de lo existente; porque lo que es, es lo único que puede ser y lo que no es, lisa y llanamente no puede ser. Tal como lo afirma Alessandro Baratta, en este desprecio de la utopía, entendida particularmente en su dimensión de lo que "todavía no es", se encuentra la explicación de una parte no poco importante de los problemas de nuestra democracia. De los niños - continua afirmando Baratta- que no han perdido esta capacidad,

**porque todavía su mundo de vida, no ha sido colonizado por la razón cínica; tenemos, sin exageraciones ni demagogias, muchísimo que aprender(23).**

El movimiento del nuevo derecho de la infancia no sólo espera un balance crítico (que ojalá sea externo a su lógica, a su cultura y a su funcionamiento), sino además una profunda reflexión relativa a sus potenciales consecuencias y a su carácter contaminante positivo (y si fuera el caso negativo) sobre el resto del derecho.

### **7 Derecho y realidad: el "aporte" del masoquismo institucional**

Si en algún lugar el pensamiento regresivo tuvo (y en buena parte tiene todavía) un carácter hegemónico es en el campo del derecho. Hace ya algunos años (cuando imperaban en América Latina gobiernos abiertamente autoritarios), me ocupé específicamente del tema sosteniendo que la hegemonía jurídica constituía (también) para los grupos dominantes, una forma de recuperar el desgaste, consecuencia de las relaciones abiertas de dominación que se ejercían en el plano de lo político(24). Pero si la afirmación anterior explica en parte las causas de la hegemonía jurídica, dice en cambio muy poco acerca de su contenido y manifestaciones concretas.

En pocas áreas de la vida social la hegemonía jurídica regresiva se ha manifestado con más fuerza (y eficacia) que en el área de la "política social para los más necesitados". Más aún, no me parece exagerado reiterar que desde 1919, las leyes de menores han conducido, ideológica y materialmente, la política para los niños pobres en América Latina. Aunque resulta paradójico, la hegemonía jurídica del pensamiento regresivo se manifiesta (también) en la subestimación que del derecho y lo jurídico hacen sectores que políticamente se autoperceben como progresistas y -sin duda alguna- como modernizadores. Esta perspectiva, pero sobre todo este problema en América Latina, remite a la muy poco explorada con seriedad y detenimiento, relación entre derecho y realidad. Es así que la cultura garantista y democrática encuentra un obstáculo político-cultural considerable en algunas manifestaciones -recurrentes- del pensamiento "sustancialista" propio del paradigma de la ambigüedad.

La formulación de políticas, o lo que es peor, de propuestas legislativas en función de las deficiencias, de las omisiones, de las violaciones, en definitiva, de lo que no es, en vez de en función de lo que debería ser, ha tenido y tiene consecuencias negativas gravísimas sobre la cultura de los derechos y sobre la propia democracia (*mutatis mutandi* algo bastante similar puede decirse de las leyes y políticas que solo se refieren a los excesos intolerables). Las leyes "protectoras" del niño trabajador constituyen, como ya se ha mencionado, un buen ejemplo de un error elevado al rango de política jurídica y social. De hecho, las leyes "protectoras" tienden objetivamente a legitimar, consolidar y, sin duda, también a reproducir en forma ampliada las violaciones y omisiones que la propia ley protectora pretende paliar.

Relativizar también normativamente, una violación a los derechos consagrados en una norma jurídica de rango superior (ejemplo, la Convención o la propia Constitución), implica objetivamente renunciar al derecho como un instrumento eficaz que señale el camino para reducir y eliminar injusticias flagrantes y desigualdades intolerables. En este contexto, flexibilizar en forma "realista" la legislación para "proteger" al niño trabajador, por ejemplo, no se diferenciaría política o conceptualmente en nada, de suavizar las normas que castigan la violencia policial, utilizando el argumento de su alta frecuencia.

**De modo similar que la relación derecho-pedagogía, también la percepción social de la relación derecho-realidad en América Latina exige un análisis crítico renovado.**

**La percepción social dominante respecto de la relación derecho-realidad es, sobre todo, la historia de sombrías profecías que -generalmente- se autorrealizan. La percepción "popular" proporciona algunos ejemplos que merecen una atención mucho más seria que la dispensada hasta ahora. Del "se acata pero no se cumple" al "para los amigos todo, para los enemigos la ley" (frase esta última que se atribuye a Getulio Vargas, pero que en realidad podría ser de tantos otros), existe una maciza continuidad negativa que, curiosamente, casi nunca se pone de manifiesto en los análisis que explican los problemas y fragilidad de nuestras democracias. Al análisis de las funciones específicas del derecho como mecanismo coactivo de integración social en el contexto de los gobiernos autoritarios(25) no le ha seguido, hasta ahora, un análisis similar en condiciones democráticas.**

El pensamiento "sustancialista" ha contribuido a consolidar la visión de una relación perversa entre derecho y realidad. La percepción dominante de la relación entre condiciones materiales y condiciones jurídicas de la infancia, ofrece un ejemplo que merece una mención más explícita y profunda.

La experiencia de los procesos de reforma legislativa de estos últimos años (cuya historia y análisis crítico está contenido por primera vez en forma completa en esta publicación) demuestra que mientras en un país conviven condiciones materiales de la infancia graves y preocupantes (desnutrición, mortalidad infantil, detenciones ilegales y arbitrarias, etc.) con condiciones jurídicas similares, es decir, con leyes viejas y desprestigiadas (negadora del derechos, carentes de garantías o incluso técnicamente vergonzosas), la "opinión pública" (que como se sabe, muchas veces es la menos pública de las opiniones), tiende a ignorarla, en este caso, correspondencia entre derecho y realidad. Sin embargo, apenas un país donde las condiciones materiales de la infancia son graves aprueba una ley democrática en su proceso de producción y garantista en su contenido, comienza un proceso brutal de exigencias de naturaleza casi milagrosas a la nueva ley.

El hecho de que la nueva ley proponga condiciones materiales mucho mejores que las existentes es suficiente para su condena como utópica. Pero utópica, no en el sentido positivo de E. Bloch, quien entiende la utopía como "lo que todavía no es", sino utópica en el sentido de despreciablemente imposible. Utopía negativa que se refiere -generalmente - a la impracticabilidad de la ley por la ausencia (total) de recursos de todo tipo, especialmente financieros. Como si las asignaciones presupuestarias, por otra parte casi siempre "sensibles" al clientelismo electoral, fueran inmunes a cualquier tipo de presión social.

En este contexto, hay un "sentido común latinoamericano" que se aproxima mucho a lo que - con una cierta ironía, aunque no mucha - podría denominarse masoquismo institucional. La reacción inmediata frente a una buena ley se expresa, muchas veces, en la frase "esta ley es demasiado buena para nosotros, esa es una ley para Suiza o para Suecia".

Una visión como esta comete -como mínimo- un doble error. En primer lugar, subestima tanto el potencial carácter pedagógico de la ley, cuanto su condición de instrumento decisivo en la construcción de ciudadanía, sobre todo cuando es utilizado como herramienta técnico-política de cambio. En segundo lugar, este "realismo" antiutopista da por descontado el carácter inmodificable que ha asumido el capitalismo salvaje del ajuste estructural: desmonte de la política social y control férreo de las consecuencias del darwinismo social instaurado. **Esta percepción no sólo es incorrecta. Desde cualquier perspectiva consecuente con la consolidación plena de una verdadera democracia, además es falsa. La subestimación del papel estratégico del derecho en un proceso positivo de cambio social no es principalmente consecuencia de la fragilidad de la democracia y sus instituciones. Es la fragilidad de la** democracia y sus instituciones que son el resultado de la subestimación de las capacidades del derecho como forma democráticamente privilegiada de asegurar la justicia y la paz social. Por ello no me parece exagerado afirmar que, si no detenemos en el plano político, jurídico y cultural, los avances "realistas" del "sustancialismo", corremos el riesgo de regresar a la situación imperante antes de la Revolución Francesa, cuando el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales dependía -explícitamente- de las condiciones materiales(26). Es decir, a una situación (ideal para los "sustancialistas"), en la que el derecho reflejaba fielmente la realidad.

## 8 Globalización, infancia y derechos humanos

**La década de los '90, ha sido una década de cambios muy profundos en todos los ámbitos imaginables. El proceso de globalización ha modificado radicalmente el compromiso histórico entre Estado y mercado(27); más precisamente, se ha roto la inserción en el mercado de trabajo como fundamento de la ciudadanía, base esta última del funcionamiento de la democracia moderna(28).**

**Pero si por un lado el fundamento de la ciudadanía no esta mas primordialmente referido a un cada vez mas volátil mercado de trabajo, en el ámbito de la democracia su fundamento - sobre todo luego del descrédito con el que las democracias "populares" marcaron a cualquier proyecto de soberanía popular- se ha ido desplazando cada vez con mas fuerza al plano de los derechos fundamentales del hombre(29).**

**La comprensión de los efectos reales de la globalización , sobre todo en el plano social, exige el abandono de cualquier forma de aproximación maniquea al problema. Además, si las bases de la ciudadanía y la democracia se encuentran en un proceso profundo de reformulación, la categoría infancia esta lejos de ser una variable independiente o pasiva respecto de dichas transformaciones. La Convención no es solo una carta magna de los derechos humanos de la infancia-adolescencia; es además, la base jurídica concreta para refundar un concepto de ciudadanía mas acorde con los tiempos.**

Si por un lado, la "mano invisible del mercado" se encargó de destruir la "certeza" del trabajo como fundamento de la ciudadanía, por el otro, " la mano visible del derecho, " se esta encargando de destruir la otra "certeza" que equiparaba y restringía el concepto de ciudadanía al mero ejercicio de algunos derechos políticos. Baste por ahora este ejemplo para mostrar el carácter profundamente contradictorio de las tendencias que emergen del proceso de globalización.

**En el extraordinario artículo contenido en este libro, Alessandro Baratta explica como la Convención constituye al mismo tiempo causa y efecto de una nueva refundación del pacto social. Si, como es sabido, el pacto social de la modernidad se basó, muy particularmente, en la exclusión de los no ciudadanos (no propietarios, extranjeros, mujeres y niños), con cada crisis y ruptura de dicho pacto original, la presión social y el derecho jugaron un papel fundamental en la ampliación de sus bases de sustentación. Me parece importante recordar aquí que el "derecho" que ha jugado un papel fundamental en los movimientos de refundación del pacto, no ha sido solo el derecho constitucional, sino también el civil y el de "menores", término este último con el que en realidad todavía se denomina a los diversos estatutos de incapacidad de la infancia.**

Del mismo modo que para la mujer(30), también la incapacidad política de la infancia esta precedida por una incapacidad civil, la que a su vez se basa y legitima en una larga serie de incapacidades "naturales", que el derecho de menores solo se tomo el trabajo de "reconocer" y otorgar estatus "científico".

Pero si el derecho autoritario cumplió un papel fundamental en la legitimación de las técnicas de exclusión, es necesario conocer ese derecho un poco mas, no solo en su contenido sino también en su forma. Si el contenido del derecho autoritario se deja reconocer por cualquiera en forma clara y explicita, no sucede lo mismo con su forma . La forma autoritaria del derecho remite a su casuismo concreto, que en el caso del derecho de menores se refiere a la protección específica de personas pertenecientes a determinadas categorías (niños abusados sexualmente, maltratados, de la calle, trabajadores, privados de libertad, etc)(31). Por el contrario, la forma emancipatoria y constructora de ciudadanía para todos hace referencia al carácter abstracto y general de la ley.

Norberto Bobbio expresa en forma meridianamente clara esta "sutil" diferencia entre forma y contenido cuando afirma:

*"Que la función igualadora de la ley dependa de su naturaleza de norma general que tiene por destinatarios no solo un individuo sino una clase de individuos que puede ser constituida de la totalidad de los miembros del grupo social, esta fuera de discusión. Justamente a causa de su generalidad una ley, cualquiera que esta sea, y por lo tanto independientemente de su contenido, no consiente, al menos en el ámbito de la categoría de sujetos a los cuales se dirige, ni el privilegio, es decir las disposiciones a favor de una sola persona, ni la discriminación, es decir las disposiciones en contra de una sola persona. Que luego existan leyes igualitarias y leyes inigualitarias es otro problema: un problema relativo no a la forma de la ley, sino a su contenido"(32).*

**Si el derecho de menores cumplió un papel (regresivo) fundamental, entre otras cosas por legitimar las excepciones a las garantías que el derecho constitucional ofrece a todos los seres humanos, un nuevo tipo de derecho constitucional inspirado en la Convención abre las puertas para una nueva reformulación del pacto social, con todos los niños y adolescentes como sujetos activos del nuevo pacto. Valga como ejemplo técnico jurídico el histórico artículo aprobado hace muy pocos meses -marzo de 1998- por la Convención Constituyente del Ecuador, consagrado en la nueva Constitución Nacional. Desvinculando el concepto de ciudadanía de la estrecha comprensión que lo reduce a un mero sinónimo de derecho al sufragio, el artículo 13 de la Constitución Política del Ecuador establece:**

***" Son ciudadanos todos los ecuatorianos y como tales gozan de los derechos establecidos en esta Constitución, que se ejercerá en los casos y con los requisitos que determine la ley".***

Estoy convencido de que la importancia de esta nueva refundación del concepto de ciudadanía difícilmente pueda ser subestimada.

De su sentido original, revolucionario en relación al viejo orden feudal que solo reconocía súbditos, pero excluyente de toda categoría distinta del macho, blanco, propietario y no extranjero, el contenido real del

concepto de ciudadanía puede ser entendido también como un termómetro de la democracia. Tal como acertadamente lo sugiere Luigi Ferrajoli(33), la idea y practica de los derechos humanos constituye sin duda el instrumento mas eficiente para cerrar progresivamente la brecha que separa a los derechos de (todos) los hombres de los derechos de (algunos) ciudadanos. Precisamente por ello, no es ocioso -ni mucho menos "ideológico"- entender la Convención y toda la serie de leyes y proyectos que en este libro se analizan, como instrumentos específicos de derechos humanos de todos los niños y los adolescentes. En este caso, la tarea de reconstrucción de la dignidad humana es doble. No se trata solo de cerrar la brecha entre "hombres" y ciudadanos; se trata además de cerrar la brecha -para comenzar jurídica- entre niños y "menores". En este sentido y sin ninguna exageración, este segundo proceso de reformas legislativas debe ser entendido (también) como la Revolución Francesa que con doscientos años de atraso llega a todos los niños y adolescentes.

## **9 Memoria del futuro: la infancia una cuestión de justicia**

Durante siete décadas (1919-1990), las leyes de menores fueron mucho mas que una epidermis ideológica y mero símbolo de un proceso de criminalización de la pobreza. Las leyes de menores fueron un instrumento determinante en el diseño y ejecución de la política social para la infancia pobre. Las leyes de menores fueron un instrumento (legal) determinante para legitimar la alimentación coactiva de las políticas asistenciales. La policía -en cumplimiento de las leyes de menores y simultáneamente en flagrante violación de los derechos y garantías individuales consagradas en todas las Constituciones de la región- se convirtió de hecho en el proveedor mayoritario y habitual de la clientela de las llamadas instituciones de "protección" o de "bienestar".

Hasta la aparición del Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil en 1990, la "legalidad minorista" y las políticas asistencialistas caminaron en la misma dirección. Es solo a partir de 1990, que la ley y el asistencialismo tomaron caminos opuestos. También por este motivo es que las nuevas leyes de la infancia no reflejan simplemente la realidad, sino que son mucho mejor que ella.

En los últimos años asistimos en América Latina a una disminución considerable en la calidad y cantidad de las políticas sociales básicas (salud y educación), que incluso ciertos formalismos no logran disimular. Para dar solo un ejemplo, el acceso prácticamente "universal" a la educación primaria se ha obtenido a través de dos "variables de ajuste" que, por otra parte, a mediano plazo solo han contribuido a agravar ulteriormente la situación : la reducción de las horas de clase y el salario de los maestros. A la disminución de las políticas sociales básicas le ha seguido un aumento de las llamadas políticas asistenciales o compensatorias, fenómeno que en forma equivocada algunos (yo mismo entre ellos) han atribuido apresuradamente a la mera disminución del volumen del gasto social. Pero si por un lado asistimos a esta tendencia preocupante y negativa desde el punto de vista de construcción de ciudadanía, por el otro, el nuevo derecho para la infancia ha tendido invariablemente (para decirlo en forma esquemática y resumida) a la separación neta entre problemas sociales y problemas específicamente vinculados a la violación de la ley penal. De un (no) derecho de la compasión-represión, se ha avanzado hacia un derecho de las garantías.

Es precisamente en este ultimo punto donde se interseca el tema de la infancia, no solo con el tema de la ley, sino muy especialmente con el tema mayor de la democracia.

Lo que sucede es que el deterioro y disminución de la calidad y cantidad de las políticas sociales básicas no se deja explicar por meros motivos económicos. Mas allá de las dificultades crecientes para la determinación del volumen real del gasto social, la tendencia señalada anteriormente se verifica incluso en la -paradójica- situación de aumento del gasto social. "El gasto social se ha vuelto sumamente sensible a los ciclos electorales" se afirma elegantemente en un excelente artículo sobre el tema(34). Es que el aumento de la cobertura de las políticas asistenciales y la disminución de las políticas sociales básicas parece explicarse con una lógica mucho mas política que económica. También aquí el concepto de discrecionalidad resulta central para entender este fenómeno. Mientras las políticas sociales básicas tienden a ser percibidas como una obligación del Estado de las cuales los ciudadanos, en cuanto tales, se sienten acreedores de un derecho, las políticas asistenciales resultan mucho mas percibidas como prerrogativas de un gobierno (cuando no de un partido) frente a las cuales el ciudadano se transforma en cliente y el servicio en dádiva.

**Posiblemente resulta mas claro ahora entender que cualquier reducción de los ámbitos de la discrecionalidad resulta directamente proporcional al aumento de los espacios reales de la democracia. La historia y la experiencia confirman que no existe un solo ejemplo consistente que demuestre que la discrecionalidad (predominio de cualquier tipo de condición subjetiva) haya efectivamente funcionado (tal como debería ser, si nos atenemos a su discurso declarado) en beneficio de los sectores mas débiles o vulnerables. En conclusión, la focalización, que es la**

**forma "técnicamente natural " que asumen las políticas asistenciales, cuando no resulta estrictamente necesaria, se convierte no solo en parte de los problemas que aquejan a la política social sino, lo que es aun mucho peor, en un serio problema para el propio desarrollo democrático.**

Sólo si tomamos en consideración los siglos transcurridos en la historia de la "protección" de la infancia, no resulta difícil darse cuenta de que el proceso de construcción de su ciudadanía apenas esta comenzando con ejemplos que sería un grave error subestimar, como el de la reciente Constitución ecuatoriana. El enfoque esquizofrénico de la compasión-represión perdura todavía hoy en muchas cabezas y en algunas pocas leyes; de lo que no cabe duda en cambio es de que el presente y el futuro de la infancia ya son una cuestión de justicia.