

# EVOLUCIÓN DEL DERECHO BRASILEÑO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

*Edson Seda*

## I. Introducción

La evolución normativa de las formas de tratamiento de niños y adolescentes por parte de la sociedad brasileña constituye uno de los capítulos más particulares de la historia del país en el siglo XX.

Y es así porque la relación del todo social con la parte más vulnerable de su población fue apenas un caso particular, un capítulo, de la conquista de la ciudadanía por grandes masas poblacionales, en la evolución del conjunto de las relaciones sociales brasileñas.

Como se sabe, nuestros mayores no pensaron Brasil exactamente como una nación de hombres libres e independientes del yugo con el que los países europeos acostumbraban someter a otros pueblos culminando el siglo XVI.

Por el contrario, fuimos colonizados "para mayor honra y gloria" de la corona portuguesa; y así la conquista de nuestra ciudadanía se confundió con nuestra propia evolución histórica en todos los sentidos.

Ya en el siglo XX nos encontramos regidos por leyes que encuentran su origen en las recopilaciones alfonsinas y manuelinas y por una visión de las relaciones individuo / sociedad / Estado basada en ellas.

Niños y adolescentes se encontraban considerablemente comprendidos en esas inmensas recopilaciones.

Una de las consecuencias del contexto en el que tuvo lugar nuestra formación histórica fue la preeminencia de lo que se convino en llamar entre nosotros el bachalerismo brasileño.

Este consistía en que los hijos de las "mejores familias" de la colonia portuguesa eran siempre conducidos a estudiar a Coimbra, fuente de nuestro saber en las cuestiones del Estado. Así, los bachilleres en Derecho desempeñaron un importante papel en el diseño de los padrones de relación individuo/sociedad/Estado.

En las cuestiones referidas al tema que nos ocupa, Brasil también tuvo la visión del "bachiller" como prevaleciente. De esta forma, mientras que en los países de formación anglosajona, por ejemplo, la relación del Estado y de la sociedad se daba con "niños" y "jóvenes", aquí el trato era con "menores".

Cuando este siglo asistió a la maduración de las ciencias de la psicología, de la pedagogía y de la sociología, los mentores de las nuevas ciencias sociales y

humanas encontraron la óptica del bachiller firmemente implantada en el terreno de las relaciones oficiales con la población infantojuvenil.

Esa perspectiva incluía aquel conocimiento transmitido al jurista por antiguos cultores de la medicina legal que proponían el examen bio-psico-antropológico, buscando rotular a los individuos según los tipos que caracterizaban a los "anormales".

Y, como veremos, fue largo y tortuoso el camino recorrido para que la "inteligentzia" brasileña alcanzara la plenitud de la visión integral de la infancia y de la adolescencia como hechos humanos globales, sólo abarcables en una perspectiva trans y multidisciplinaria, sea para conocerla, sea para con ella relacionarnos.

## **II. La consolidación de las leyes para "menores"**

La primera intervención legislativa brasileña, fruto de una preocupación en la vulnerabilidad social de amplias parcelas de nuestra población infantojuvenil, se dio en 1921.

En aquel año, en la elaboración de la ley 4242 del 5 de enero, que fijaba el presupuesto general de la República, el legislador ejerció una costumbre que iba a prevalecer por muchos años, de insertar materia extraña en la ley presupuestaria, y en ella introdujo la "autorización para organizar el servicio de asistencia y protección a la infancia abandonada y delincuente".

Ese procedimiento inauguró en la década del veinte la tendencia de sistematizar en el derecho positivo lo que en la primera década y en la del diez era tratado en términos de derecho consuetudinario, o sea, se cuidaban los niños y adolescentes como mandaban los usos y costumbres formados en el período del Imperio (1822-1889), de la Colonia (1500-1821), y de la formación del reino de Portugal (1128).

En 1917 entró en vigor el Código Civil brasileño, considerado monumento de nuestra jurisprudencia y de nuestra cultura. Lo que ese Código sistematizó en el ámbito del derecho de familia fue de hecho la consagración formal de los padrones constitutivos del derecho de los mayores, incluidas las "anormalidades patológicas".

Era un derecho de los mayores en dos sentidos: primero, el derecho de los que hacían las leyes y, evidentemente las hacían, a través de sus grupos hegemónicos en la sociedad. Segundo, el derecho positivo basado en los usos y costumbres de los antepasados.

No era entonces una época en la que los juristas pensarán al niño como un sujeto de derecho pleno y actual. Basta, hoy, con examinar el Código Civil tal como fue concebido en el final del siglo XIX y la primera década del siglo XX y promulgado en la década del diez, para verificar que los hijos (como también la

mujer) eran una extensión del hombre legislador pleno de derechos y señor del Derecho.

Entretanto, al crearse el mundo formal de las relaciones jurídicas de los ciudadanos de la época, se formaba, entre las conciencias más lúcidas y sensibles, la percepción de que los más vulnerables, mismo mediante aquella imponente construcción normativa (y "pour cause"), continuaban vulnerabilizados. De ahí que, como nos informa Sergio Muniz de Souza, "ya en 1902, Lopez Trovao sometía a consideración del Senado el primer proyecto de ley especial para menores. A éste le siguió el de Alcindo Guanabara, presentado a consideración de la Cámara de Diputados en 1906 y renovado once años más tarde en el Senado".<sup>1</sup>

Es este el contexto en el que, en la "previsión presupuestaria" de una ley federal de 1921, surgió la norma que autorizaba al Gobierno a organizar un servicio de asistencia y protección destinado a la infancia que se volviera abandonada y delincuente.

Seguidamente el Gobierno encargó a José Cândido de Albuquerque Melo Matos, magistrado del antiguo Distrito Federal y primer Juez de Menores de Brasil, de ordenar la consolidación de las leyes "de asistencia y protección a menores". Aprobada por el decreto 17.943-A del 12 de octubre de 1927, se constituyó en el Código de Menores. Se trata de la máxima obra de la fase en la que el "bachiller", en su calidad de jurisconsulto, construía el cuadro normativo formal, como intérprete único de las clases hegemónicas que dictaban el Derecho.

Para los objetivos de este trabajo, es suficiente con precisar las características esenciales de esa legislación, vistas en la perspectiva histórica de la década del noventa, cuando se comienza a pensar al niño y al adolescente, en base a su "peculiar condición de persona en desarrollo".<sup>2</sup>

Se trataba de una legislación con las siguientes características:

- Niños y adolescentes son considerados por lo que no son, por lo que no saben, por lo que no tienen, por lo que no son capaces; y no por lo que realmente son, saben, tienen y por lo que, efectiva o potencialmente, son capaces.<sup>3</sup>
- Se dirige a aquella parte de la población infantojuvenil que tiene menos de 18 años y sea abandonada o delincuente. Es decir, se trata de una legislación incapaz de abarcar el todo de la realidad social de la infancia-adolescencia y por eso se dirige a la porción que carece de familia y de sociedad de la época.
- Es intervencionista, al introducir el Estado-Juez, de forma coercitiva, en las cuestiones relativas a la población infantojuvenil llamada abandonada o delincuente.

- Da amplísimos poderes a la autoridad judicial, a punto de convertirla en legisladora a través de providencias que imponen normas generales de conducta a la sociedad civil

- Melo Matos, como exponente de la vieja escuela de jurisconsultos brasileños, introdujo en su Código, en la década del veinte, algunos principios que anticiparían la evolución que el derecho del niño y adolescente alcanzaría algún día entre nosotros, a saber:

- el de la descentralización política, a través del cual el Código fijaba normas generales federales y dejaba que los Estados y Municipios fijaran, en la legislación local, normas adecuadas a sus peculiaridades;

- y el de descentralización administrativa, por el cual el Código creaba un sistema de vigilancia preventiva del abandono y de la delincuencia, afecto a varios agentes distribuidos entre Estados y Municipios.

Como se expondrá seguidamente, el Código de Melo Matos contenía potencialmente los elementos para una evolución del derecho del niño y del adolescente, pero los caminos que siguió en la historia de Brasil lo condujeron antes hacia un derecho del "menor", con todas las consecuencias que tal inflexión implica.

### **III. La consolidación de la dicotomía "menor" / "niño-adolescente"**

Hubo un momento de nuestra historia plenamente propicio para la evolución del derecho consolidado por Melo Matos. Por el contrario, se comprobó la afirmación de que el desarrollo histórico se hace a través de avances y retrocesos y por contradicciones que se fusionan a lo largo del tiempo en las resultantes del juego de las fuerzas sociales.

De hecho, instalado el régimen dictatorial de Vargas, denominado Estado Nuevo (1937-1945), una amplia reforma legislativa introdujo notables avances sociales en el derecho positivo brasileño. Es de esa época el decreto-ley 2024 del 17 de febrero de 1940 que "fija las bases de la organización de la protección a la maternidad, a la infancia y a la adolescencia en todo el país".

En síntesis, ese decreto-ley mandó crear en todo el país, de modo sistemático y permanente, para las madres y para los niños, "favorables condiciones que, en la medida necesaria, permitan a aquéllas una sabia y segura maternidad, desde la concepción hasta la crianza del hijo, y que a éstos garantice la satisfacción de sus derechos esenciales en lo que respecta al desarrollo físico, a la conservación de la salud, del bienestar y de la alegría, a la preservación moral y a la preparación para la vida".

Para ello, debían hacerse en las esferas federal, estadual y municipal las articulaciones necesarias entre los órganos administrativos, establecimientos o

servicios públicos, estimulando la organización de las instituciones particulares que se consagraran a aquella protección.

Se creaba en el Ministerio de Educación y Salud, el Departamento Nacional del Niño, directamente subordinado al Ministerio de Estado.

Se pretendió con esa medida ir más allá de las disposiciones adoptadas por la legislación de quince años atrás. En ésta, se regulaba la protección de los "abandonados y delincuentes"; en aquélla, se adoptaba la protección integral. Sería por lo tanto el paso al frente histórico y necesario para la concretización del derecho del niño y del adolescente.

Pero el decreto-ley, en vez de actualizar la ley "de menores", la mantuvo intacta, estando en vigencia ambas a la vez. En consecuencia, la porción más eficaz de cada una se volvió norma de la realidad y debilitó los aspectos mutuamente contradictorios. En las relaciones individuo-sociedad-Estado aplicadas a la población infantojuvenil, Brasil consolidó una dicotomía que nos haría retrasar el salto cualitativo en nuestra evolución histórica en ese terreno hasta la década del noventa.

#### **IV. La impasse del derecho frente a las ciencias humanas y sociales**

Consideremos, en la perspectiva de cincuenta años después, la situación del "bachiller" legislador de la década del cuarenta. Se nota claramente que éste, no cuestionado hasta entonces, pasó a confrontarse con un nuevo abanico de criterios para escoger el padrón normativo requerido por el movimiento histórico del país, ya entonces en acelerada transformación .

En el caso brasileño, la década del treinta presidió la política económica de sustitución de importaciones, posterior al crack de la economía mundial de 1929, que condujo al Brasil "destinado" a exportar materias primas, a industrializarse y urbanizarse rápidamente.

Paralelamente a esa verdadera hecatombe en el mundo de la producción y del consumo de bienes necesarios a la vida y sujeto a las leyes de la oferta y la demanda, los ciudadanos brasileños iniciaron la reversión demográfica del país de los entonces dos tercios viviendo en el campo con un tercio en las ciudades, para los dos tercios urbanos contra un tercio en el campo de la década del ochenta.

Al mismo tiempo, el país comenzó a implantar sus Universidades, ya que hasta entonces la enseñanza universitaria se daba a través de Facultades e Institutos aislados. Maestros europeos fueron traídos para el perfeccionamiento de la enseñanza superior brasileña, con el consiguiente desarrollo de la antropología, de la sociología, de la psicología, de la pedagogía, de la economía, de la medicina y de disciplinas afines en el campo de las ciencias humanas y sociales.

El caso del decreto-ley 2024 de 1940 es extraordinariamente ejemplificador. Frente a las evidencias reveladoras de las ciencias del comportamiento, sea del individuo, sea de la sociedad, el legislador perplejo acató las innovaciones que ellas condicionaban pero mantuvo el viejo patrón normativo consagrado en el ámbito de las tradicionales ciencias jurídicas, especialidad de los siempre y merecidamente reverenciados juristas.

Es así que esa legislación determinó que fueran "instituidos, en las diferentes unidades federativas, centros de observación destinados a la internación provisoria y al examen antropológico y psicológico de los menores cuyo tratamiento o educación exigieran un diagnóstico especial".

Tales centros estaban previstos en un párrafo de un artículo que determinaba a los órganos de la administración federal, estadual y municipal, que "cooperaran, de modo regular y permanente, con la justicia de menores, a fin de que se asegurara al niño, colocado por cualquier motivo bajo la vigilancia de la autoridad judicial, la protección más plena".

Viendo desde el ángulo privilegiado que la perspectiva histórica nos da hoy, se identifica con cristalina certeza que los poderes conferidos por el Código de Menores a la autoridad judicial de interferir ampliamente en el mundo de las relaciones sociales de la comunidad, hizo de esos "centros de observación" instituidos por el decreto-ley 2024, la matriz de un gigantesco "sistema de atención a menores", consolidado veinticuatro años después por la ley federal 4513 y llevado al paroxismo treinta y nueve años después por la reforma del Código de Menores llevada a cabo por la ley 6697 del 10 de octubre de 1979.

Conviene notar que la matriz generada en el período autoritario del Estado Nuevo se erigió en sistema nacional en el nuevo período autoritario del régimen militar instaurado después de 1964.

Para completar este panorama falta señalar que los principios geniales que Melo Matos introdujo en el código de 1927 (descentralización política y administrativa) fueron desestimados por el régimen político de los años treinta. Fueron, de forma más completa, repetidos en el decreto-ley 2024. Sin embargo, esta parte de la legislación se tornó inviable frente al paternalismo y el asistencialismo de la política pública brasileña subsiguiente. Pero una vez prevalecerán las prácticas históricamente inscriptas en los patrones de relacionamiento entre los ciudadanos y nuestras autoridades.

El Departamento Nacional del Niño creado por ese decreto-ley desempeñó un papel importante en el campo de la política materno-infantil, en forma notoria cuando el Ministerio de Salud se separó del Ministerio de Educación. En la práctica cada uno, corporativamente, fue para su lado, creando compartimentos estancos en las políticas públicas brasileñas de educación, de la salud y de "menores", esta última siempre bajo la égida de los Juzgados de Menores, que cumplieron funciones judiciales, legislativas (por providencias "erga omnes") y hasta mismo ejecutivas, por largo tiempo.

Y en tanto, el espíritu y la letra del Código y del decreto-ley apuntaban a la integración, a la complementariedad, a la cooperación mutua entre esas áreas del servicio público y más que eso, disponían sobre el estímulo a la acción de los particulares, todo bajo los principios de la descentralización política y administrativa.

Los centros de observación, generados, mantenidos y multiplicados por esas contradicciones, como se verá seguidamente, pasaron a cumplir un trágico papel histórico en el Brasil de los últimos cincuenta años.

## **V. El impacto de la minoridad sobre la infancia y la adolescencia**

La ley para "menores", conviviendo con la ley para la infancia y la adolescencia hizo de esa dicotomía un campo fértil para que el viejo enfoque del bachiller de Derecho, en vez de asimilar el conocimiento producido por las ciencias humanas y sociales en un enfoque transdisciplinario, a ellas yuxtapusiese su propio y tradicional conocimiento (notoriamente en el campo de las "anormalidades").

Los pediatras (que pasaron a cumplir un importante papel en la política pública brasileña a partir de la acción del Departamento Nacional del Niño), los educadores, los psicólogos, los científicos políticos y sociales, al trabajar con los niños y adolescentes, pasaron cada vez más a educar al país a ver lo que ellos eran, sabían, tenían, o lo que ellos eran capaces.

Pero el mundo jurídico continuó viéndolos como "menores" y, por lo tanto, identificándolos como incapaces, los que no son, los que no saben, los que no tienen.

Hasta el año 1964, la dualidad de tratamiento inviabilizó el SAM (Servicio de Asistencia a Menores del Ministerio de Justicia). Luego la filosofía instaurada a partir de la concepción de los "Centros de Observación" del decreto-ley 4024 llevó a aquella repartición pública a constituirse en un sistema segregacionista que se deshumanizó en la exacerbación de "asistencia y protección" a los incapaces, que no eran, no sabían o no tenían.

En base a los principios de descentralización que integraban tanto la ley para "menores", cuanto la de la infancia y de la adolescencia, los Juzgados, con la fuerza que les era inherente como órganos del Poder Judicial, pasaron a asumir funciones que, bajo el enfoque de cualquiera de las ciencias del comportamiento, humanas y sociales, naturalmente incumbían a la acción participativa de la sociedad como a los órganos públicos del Ejecutivo.

Fue así que el país dejó de andar por el camino de la pedagogía social, en el que las poblaciones son progresivamente educadas para el ejercicio de la democracia y de la conducción participativa en los negocios públicos de la comunidad, incorporando los principios basados en la producción universitaria de la psicología, pedagogía, de las ciencias biológicas, políticas y sociales. Pasó

a ser regido, en lo que se refiere al comportamiento social de niños y adolescentes, por las "portarias" de los Jueces de Menores.

O sea, no sólo el niño y el adolescente (vistos como "menores" y por lo tanto incapaces) eran tutelados por el Poder Judicial, sino también, en lo que a ellos refería, también la sociedad los colocó bajo la misma tutela, ahí incluidas todas las demás autoridades, los padres y las madres de familia.

La ley que regía la materia se dirigía a los abandonados e infractores, pero en la práctica, los de familia bien constituida, todas las familias y la sociedad en general pasaron a estar bajo control judicial permanentemente.

La política de vigilancia sobre la sociedad en esas cuestiones era legislada (a través de portarias), ejecutada, controlada y fiscalizada por la autoridad judicial, razón por la cual, en torno de ella, se instituyó la peculiar corporación de los "Comisarios de Menores" que ejercían sobre la sociedad un poder derivado del Poder Judicial

## **VI. La consolidación de la minoridad en detrimento de la infancia y la adolescencia**

En los fines de la década del cincuenta, con los estudios mundiales para la preparación y después con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos del Niño,<sup>4</sup> toda esa peculiar construcción "jurídica" fue cuestionada.

Surgieron varios proyectos de reforma del Código de Menores y, con el fracaso del SAM (Servicio de Asistencia a Menores), se presentaron propuestas para el cambio de la política entonces vigente.

Se encontraban los estudios en el área civil bien adelantados, cuando tuvo lugar el movimiento militar de 1964, poniendo fin a todo lo que en la esfera gubernamental se había desarrollado con amplio debate de la opinión pública.

Aprovechando el material hasta entonces producido por los grupos que discutían la cuestión, el primer gobierno militar aprobó la ley 4513 que, en vez de dirimir de una vez por todas la dicotomía creada en 1940, creó la Política Nacional de Bienestar del Menor.

Como no podía dejar de ocurrir, la nueva política "del menor" dejaba su ejecución al sistema construido en torno de los Juzgados de Menores. Continuaron las contradicciones, pero ahora con mucho recurso de la esfera federal que se encargó de ocupar el espacio que le era naturalmente destinado por la centralización del régimen vigente.

Se limpió y moralizó el SAM y se sofisticaron los "Centros de Observación" a los que se refería el decreto ley 4024, ahora denominados "Centros de Observación y Clasificación". Se crearon modelos de instituciones cerradas, concebidas en Río de Janeiro, que fueron reproducidas en todo el territorio nacional.

Los liderazgos comunitarios, los estudiosos y especialistas que en las últimas décadas habían asimilado el conocimiento básico producido en la Universidad fortalecieron el nuevo sistema, teniendo como base el Centro Piloto de FUNABEM (Fundación Nacional de Bienestar de Menor), en Quintino Bocayuva, Río de Janeiro.

En ese contexto, el Congreso Nacional resolvió aprobar la reforma del viejo Código preparada por un grupo de juristas. Pero, en lugar de que la reforma se dirigiera hacia los grandes principios que apuntaban al futuro en la obra de Melo Matos, hizo recrudescer la función tutelar del Poder Judicial sobre la sociedad, exacerbando la dicotomía con la que la sociedad y el mundo jurídico oficial concebían a los brasileños de primera edad (que a la vez reflejaban como, bajo esa óptica, era vista la sociedad con todas sus "anormalidades" fruto de una "patología social").

Veamos las características principales de esa legislación, que es de 1979:

- Creó la figura del "menor en situación irregular" (que pasaron a ser los infractores, los privados de condiciones de vida, las víctimas de malos tratos, los que se encontraran en peligro moral, los privados de representación o asistencia legal, o los que presentaran desvíos de conducta);
- amplió la función legislativa del magistrado, atribuyéndole el poder de determinar medidas de orden general a la sociedad, a través de la institución llamada "portaria";
- facultó a cualquiera del pueblo y encargó a las autoridades administrativas (en la práctica, la policía y el comisariado de menores) a conducir al magistrado a los "menores" encontrados en la referida situación irregular;
- dio al magistrado amplios poderes para practicar actos "ex officio", de los que surge la caracterización del Juez como autoridad que asume totalmente funciones que pedagógica, funcional y democráticamente deberían ser distribuidas entre varios estratos de la sociedad y de la administración pública;
- en el caso de infractores, hizo del magistrado la autoridad que perseguía los hechos, denunciaba o acusaba, defendía, sentenciaba y fiscalizaba sus propias decisiones, o sea, el nuevo Código instauró el proceso inquisitorio para los que le eran sometidos;
- también para los infractores, permitió la aplicación de medidas a meros acusados, sin pruebas, y sólo mandaba instaurar el proceso contradictorio, cuando la familia del acusado designara abogado. Los pobres se quedaban sin defensa.

En el orden práctico, esa legislación impidió la participación de la sociedad en la conducción de las cuestiones públicas relacionadas con niños y adolescentes, por estar ella, la sociedad, sometida a la tutela judicial. Sin esa participación

desaparecía el requisito principal de la configuración de un Derecho respetuoso de los derechos.

Hasta el mismo Poder Ejecutivo quedaba tutelado, razón por la cual tampoco FUNABEM pudo librarse de la camisa de fuerza que había transformado el SAM en un órgano reciclador de la criminalidad juvenil, al ser obligado a mantener centenas de infractores reunidos en grandes reformatorios.

El FUNABEM y sus congéneres estatales, FEBEMs, hechos a su imagen y semejanza, se transformaron en grandes depósitos de recogidos por la Justicia de Menores, sin que sus especialistas en ciencias humanas y sociales pudiesen influir en el camino adecuado de las soluciones pues estaban tutelados por el Poder Judicial.

El saber del jurista se sumaba al saber de los especialistas de las ciencias biológicas, humanas y sociales, por fuerza de la aplicación estricta de la ley 6697. Se consultaba a los equipos técnicos, por ejemplo, si "había cesado la peligrosidad" de determinado "menor"; donde los referidos especialistas no veían peligrosidad alguna, entonces, también en forma de ejemplo, se enfrentaban apenas con un adolescente extremadamente creativo, experimentado y sufrido con las discriminaciones sociales y que precisaba justamente de simples oportunidades en la escuela en la cultura, en el deporte, en el esparcimiento, en la profesionalización, en su propio ambiente de vida, aunque fuera pobre y carente. El magistrado no estaba sujeto a pareceres de ese tipo y, también en forma ejemplarizadora, mantenía el juicio de peligrosidad, prolongando una internación que era dañosa para el adolescente y mucho más para la sociedad.

Así, otro no podría haber sido el destino del gigantesco sistema construido bajo la égida de la política de "menores", pues era obligación de la policía y del comisario llevar coercitivamente a todo menor que encuadrara en la llamada situación irregular al magistrado, y éste no tenía otra opción que la de, a su vez, conducirlo a los centros de Clasificación, los sucesores de los famosos Centros de Observación instituidos por el decreto-ley 4024 de 1940, "locus" privilegiados de estudio y de segregación de individuos afectados por "patología social".

El equipo del Centro a su vez, tenía que hacer "estudios" en los casos que, en rigor, nada tenían para ser estudiados, pues se trataba de chicos, chicas, muchachos y muchachas que deberían estar en escuelas de la red oficial, centros de recreación en el barrio donde vivían, programas comunitarios de carácter cultural, deporte o esparcimiento, u oficinas comunitarias de profesionalización; nunca deberían haber sido llevados coercitivamente a un centro cerrado para "estudio y observación" donde muchas veces eran mantenidos por meses o años a *fio* (violando derechos).

La ley 6697 del 10 de octubre de 1979 y la ley 4513 del 1 de octubre de 1964, combinadas, generaron el absurdo de bloquear la exigencia de los servicios

públicos para niños donde las autoridades fallasen, porque ordenaban que la población infantojuvenil víctima por la ausencia o la insuficiencia de esos servicios públicos, fuera enviada a depósitos que la confinaban.

Esa ley fue profunda y largamente cumplida, pero, como regla, no ofrecía la posibilidad de solución para el caso individual concreto y desestimulaba la corrección del mecanismo ausente de la política pública brasileña referida a niños y adolescentes, al considerar que, con la falta de esa política, el niño era caso "del Juez" y hacia él, naturalmente en cumplimiento de la ley, era encaminado.

Con el fin del régimen militar de 1964, los sectores lúcidos conscientes y competentes de la sociedad civil brasileña asumieron la iniciativa del cambio y ya en la campaña de reconstitucionalización del país levantaron la bandera de acabar con la absurda dicotomía brasileña entre la minoridad, preconizada por cierta corriente de juristas, y el reconocimiento ontológico de que la infancia y la adolescencia eran estados humanos a ser protegidos por el mundo del derecho en su peculiar condición de personalidades en desarrollo.

O sea, lo que buscábamos, era simplemente la aplicación del sentido común, mostrando que el conocimiento del jurista es nada más que la asimilación del conocimiento científico de su época y su transformación en técnicas legales, bajo la primacía del mundo ético imperante.

## **VII. La asimilación de la infancia y la adolescencia por el derecho positivo brasileño**

Fue así que se incluyó en la Constitución brasileña de 1988 el artículo 227 que, combinado con el artículo 204, instituyó formalmente en el derecho positivo brasileño, el Derecho del Niño y del Adolescente.

Fruto de un amplio debate público en la fase de reconstitucionalización del país, y en una memorable campaña por un Estatuto para la población infantojuvenil (a ser tutelada a través de mecanismos legales, por la familia, por la sociedad y por el Estado), el nuevo Derecho es de carácter constitucional.

La Constitución era el pacto que la sociedad hacía consigo misma, dirimiendo sus divergencias, sus contradicciones, componiendo opciones partidarias en un estatuto político, magno, que se colocaba por encima de todas las leyes del país, principalmente la ley 6697.

Entonces, la lucha de los liderazgos comunitarios, de los movimientos por los derechos de las minorías, por la ciudadanía de los discriminados, la lucha de los especialistas en las cuestiones infantojuveniles de los juristas, de los educadores, etc., hizo a la asamblea constituyente elevar al nivel del más alto estatuto político de la Nación la exigencia de que:

- la sociedad no podía ser tutelada como ocurría hasta entonces, pero debía tutelar sus relaciones con niños y adolescentes;

- el niño, al ser tutelado en relación al conjunto de derechos y deberes que debía mantener para con la sociedad, debía ser respetado en su "peculiar condición de persona en desarrollo";

- la ley debía prever reglas claras, objetivas, con mecanismos eficaces, para hacer valer esos dos principios;

- esas reglas debían prever formas, medios y modos para que la sociedad participara en la formulación de las políticas públicas dirigidas a niños y adolescentes en el control de las acciones desencadenadas por esas políticas, en todos los niveles;

- la autoridad judicial debía ser preservada en su función judicial, eliminando las excrecencias legales que la transformaron, en el viejo Derecho, en legisladora y generadora de la falta de políticas públicas del país en relación a niños y adolescentes;

- niños y adolescentes no debían ser considerados en situación irregular, cuando fueran víctimas de las políticas públicas; al revés, los responsables por esas políticas debían ser considerados en situación irregular, cuando ellas no fueran ofrecidas, o lo fueran en forma irregular, o se configuraran omisiones culposas;

- niños y adolescentes victimizados debían recibir tratamiento diferenciado de aquellos que fueran sus propios victimizadores. En este último caso, la referida diferenciación no debía ignorar el respeto a la "peculiar condición de persona en desarrollo" de cada uno, fijando reglas específicas para el trato con los autores de infracciones particularmente graves;

- el niño que realizara un acto que si cometido por adolescente pudiera llegar a considerarse como infracción a la ley penal, debía recibir tratamiento diferencial del adolescente en similar situación;

- al adolescente, en caso de autoría de infracción, debía serle reconocida la presunción de inocencia y garantizársele amplia defensa en un proceso contradictorio; y finalmente

- el viejo principio de descentralización política y administrativa preconizado por Melo Matos debía ser efectivizado con garantías legales.

Pasados nueve meses de la promulgación constitucional, nuevamente después de un intenso y extenso debate público en el que todas las corrientes tuvieron oportunidad de manifestarse, el Congreso Nacional brasileño aprobó y el Presidente de la República sancionó el nuevo Estatuto del Niño y del

Adolescente, a través de la ley federal N° 8069 del 13 de julio de 1990, que entró en vigor el 14 de octubre del mismo año.

Este Estatuto finalmente consagra el Derecho del Niño y del Adolescente por el cual, como se vio, la sociedad brasileña viene debatiendo genéricamente desde la edición del decreto-ley 4024 de 1940 y específicamente desde octubre de 1959, cuando la Organización de Naciones Unidas promulgó la Declaración Universal de los Derechos del Niño.

A partir de esa fecha, la minoridad es un aspecto de cada una de las ramas jurídicas donde son definidas las mayorías, sea ella civil, a los 21 años, la criminal, a los 18 años, la cívica, facultativamente activa a los 16 años y obligatoria a los 18 años, etc.

El legislador brasileño finalmente resolvió la vieja y ya agotadora dicotomía en la que habíamos debatido por casi toda nuestra evolución histórica en el siglo XX. Y lo hizo definiendo constitucionalmente que la infancia y la adolescencia eran estados humanos ontológicos que debían ser respetados como "peculiar condición de la persona en desarrollo", que ninguna ley podía alterar.

La minoridad asume así su debido lugar: se trata de un estado humano que surge cuando la ley fija la convención para las mayorías. Ser niño y adolescente es un estado de la naturaleza que el derecho objetivo reconoce en su Estatuto y protege para que los derechos inalienables de la persona humana sean respetados. Ser menor es un estado jurídico convencional que la ley constitucional o la ley ordinaria pueden alterar, según las conveniencias de las relaciones formales en relación a la vida civil, a la práctica del delito, a la relación capital/trabajo, a la vida cívica, etc.

Es el mundo del derecho positivo asimilando aquellos aspectos de la realidad sobre los cuales mucho tuvieron que decir las ciencias biológicas, humanas y sociales. El jurista, finalmente, firmó el estatuto de su mayoría científica. Lo que él tiene que decir sobre niños y adolescentes no es mejor ni peor de lo que digan sus colegas de las ciencias biológicas, humanas y sociales. Todos ellos ahora están adscriptos a complementar sus abordajes al ser humano. El nuevo compromiso es el de una visión multidisciplinaria. Más que eso, transdisciplinaria.

## **VIII. El estatuto del niño y del adolescente**

Está dividido en dos partes. En el libro I, dispone cómo puede ser exigido, por parte de las familias, de la sociedad y del Estado, la atención de los derechos del niño y del adolescente expresados en la siguiente fórmula inscrita en el artículo 227 de la Constitución Federal:

"Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al esparcimiento, a la profesionalización, a la

cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia comunitaria, además de colocarlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión".

Lo que está sintéticamente contenido en esa prescripción es desdoblado analíticamente en el primer libro del Estatuto y, como norma programática bien constituida, es exigible tanto en la formulación de políticas públicas, cuanto al ser reclamado para el caso concreto. En el libro II se describen los mecanismos accionables por cualquier ciudadano, por las asociaciones civiles, por las autoridades, por el Ministerio Público, por los Consejos Federal, Estadual y Municipal, cuando no hubiere oferta, o existiere una oferta irregular de servicios públicos que garanticen cada uno de esos derechos analíticamente dispuestos en el referido libro I del Estatuto.

El libro II, para no repetir del viejo Derecho la imposibilidad de gozar en forma eficaz de los derechos, prevé mecanismos, al alcance de la sociedad civil, para hacer valer tales derechos.

Trata de la política de atención, de donde rescata el principio de descentralización político-administrativa como quería Melo Matos, al cual no fueron fieles los reformadores del Código de 1979. Sólo que aquí el principio es mucho más comprensivo, como lo requieren las condiciones sociales del país más de seis décadas después.

Trata también de las entidades de atención a los derechos del niño y del adolescente así como su fiscalización; dispone sobre las medidas de protección cuando tales derechos sean amenazados o violados; detalla las medidas de protección; trata acerca de la práctica de infracciones por niños o adolescentes, refiriéndose a los derechos individuales, a las garantías procesales, a las medidas socio-educativas; implanta el instituto de remisión previsto por la normativa internacional sobre el asunto; y reglamenta las medidas pertinentes a los padres o responsables.

Instituye el Consejo Tutelar, como entidad municipal interdisciplinaria destinada a atender niños y adolescentes amenazados o violados en sus derechos, en substitución a la atención que, en estos casos, era efectuada en los Juzgados mientras estuvo vigente el viejo Derecho.

Trata del acceso a la justicia, de los servicios auxiliares de ésta, de los procesos, de la investigación de la infracción atribuida al adolescente, de la investigación de irregularidades en entidades de atención, de la investigación de infracciones administrativas a las normas de protección al niño y al adolescente, de los recursos, del Ministerio Público, del abogado, de la protección judicial de los intereses individuales difusos y colectivos.

Finalmente, define crímenes e infracciones administrativas contra los derechos del niño y del adolescente.

El Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil es un diploma jurídico que consolida las normas anteriores a su vigencia, consagrando todo lo que la experiencia mostró ser compatible con la elevación de la responsabilidad social, sea del niño y del adolescente, sea de las entidades que les prestan servicios, sea de la familia y de las autoridades. En lo que se refiere a las autoridades en general, el Estatuto contiene normas que ponen en las manos de los ciudadanos, de las familias, de las entidades en general, del Ministerio Público y de la magistratura, instrumentos jurídicos capaces de mover la máquina pública para la corrección de los desvíos, sea en el caso particular, sea en el ámbito de las políticas públicas.

Al instaurar formalmente el nuevo derecho, el Estatuto, detallando analíticamente las normas constitucionales sobre la materia, abre amplio espacio para la evolución de la pedagogía social. Movidado por los grupos y movimientos dirigidos a este asunto, ese derecho estimulará el ejercicio de derechos y deberes de cada ciudadano y de la comunidad en general. Su aplicación, a lo largo del tiempo, es un instrumento de mejora de la sociedad.

En relación a su destinatario final, el Estatuto dispone su conjunto normativo de tal forma que para cada niño o adolescente será siempre exigible un responsable, sea por la sumisión a la patria potestad, sea por el instituto de tutela, sea por el ejercicio de la guarda, en familia substituta o en institución especializada (ésta siempre fiscalizada por el Consejo de los Derechos del Niño y del Adolescente del Municipio, siendo su dirigente equiparado al guardador). La aplicación del Estatuto, a lo largo del tiempo, es un instrumento de progresiva extinción de la triste figura de los "chicos de la calle".

Bajo la denominación de un estatuto de derechos, en verdad se encuentra un complejo derechos/deberes exigible a todo sujeto de derecho, sea adulto, adolescente o niño. Los deberes del niño y del adolescente son ejercidos a través de su sumisión a la patria potestad, a la tutela, a la guarda, como base para su inscripción en las agencias de servicios públicos y en programas de protección especial, en los cuales evidentemente estarán sometidos a reglas y preceptos. Solamente tales mecanismos garantizarán la eficacia del deber fundamental de todo ciudadano, adulto o niño, que es cumplir con las leyes de su país. Con el Estatuto en la mano, la sociedad brasileña aprenderá, finalmente, a cuidar de esas cosas relativamente simples, más tratadas tan complicadamente por las burocracias oficiales.

Con la creación de los Consejos de Derechos del Niño y del Adolescente, principalmente los municipales, cada comunidad pasa a ser responsable por la identificación local de los que estuvieran fuera de esas condiciones básicas, de modo de suplirlas y organizar la política pública adecuada para que sus servicios funcionen atendiendo siempre a los derechos a que se refiere la fórmula constitucional, en la forma prescrita por el Estatuto.

Con el Estatuto del Niño y el Adolescente, la familia, la sociedad y el Estado brasileño tienen ahora un instrumento legal para cobrarse mutuamente los

deberes constitucionales de cada uno de ellos para con la población infantojuvenil.

Familia, sociedad y Estado. Preparar cada una de esas esferas para usar el Estatuto como instrumento de mejora de las relaciones sociales, es el nuevo proyecto histórico de la Nación brasileña para el inicio del tercer milenio.

## **Notas**

Idioma original: portugués

1. **Muniz de Souza, Sergio**, *A lei tutelar del menor*, Agir, RJ, 1958
2. Tal como lo señala la Constitución Federal de Brasil de 1988
3. **Gomes da Costa, Antonio Carlos**, *Del menor al ciudadano*, RJ, 1991
4. **Naciones Unidas**, 1959