

LA SITUACIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL NIÑO EN AMÉRICA LATINA

Alessandro Baratta

Trataré de hacer algunas indicaciones acerca de cómo yo veo la situación de la condición del niño en América Latina con referencia a la Convención de las Naciones Unidas.

Dentro de la consideración del carácter de teoría del derecho, el deber jurídico tiene sentido en cuanto corresponde a una situación real posible pero no necesaria.

El derecho es una forma de regulación de lo que es, en la realidad social se puede calificar de contingente: o sea que puede ser y puede no ser, dependiendo no de la naturaleza sino de las acciones y las actitudes de las personas. Pero, a su vez, las acciones y las actitudes de las personas dependen de los grupos a los cuales pertenecen, del lenguaje y la cultura que utilicen y, en último término, de la estructura de las relaciones de poder y de propiedad entre grupos y naciones en lo que concierne a la forma de producción y de distribución de los recursos en una determinada sociedad y en el mundo.

Por esta razón, lo que es contingente en la realidad social, lo que puede ser o también no ser, se convierte en objeto de regulación jurídica. Este contingente sobrepasa, a menudo, el ámbito de las opciones de comportamiento de los individuos, sean miembros de la sociedad o funcionarios del Estado y tiene que ver, directa o indirectamente con la misma estructura nacional o internacional de las relaciones de poder y de propiedad.

A raíz del carácter contingente de la relación entre derecho y hecho, la producción y la implementación de normas jurídicas - en todo caso - reflejan una tensión entre ser y deber ser en la percepción de los actores implicados en el proceso de la realidad social, la cual es vista - desde una perspectiva más apropiada -, no como uno de los polos de la tensión sino como la misma sede de la tensión. Cuando me refiero a esta tensión entre ser y deber ser en el contexto de la realidad social, no entiendo la realidad social como el otro polo con respecto a la norma, el otro polo del "status quo" de una sociedad. La realidad social es algo más dinámico que el status quo. La realidad social es propiamente la misma sede de esta tensión entre lo que debe ser de acuerdo con normas vigentes y de lo que es el "status quo". O sea, la realidad social es el teatro de las percepciones, las acciones y las luchas de los actores y grupos sociales para definir como jurídicamente necesario lo que es natural o socialmente posible, para hacer efectivos, a través del uso o la amenaza de sanciones, estas definiciones, o para ejercer resistencia a ellas.

En las luchas para la definición y la implementación del derecho el objetivo es siempre, al mismo tiempo, el comportamiento individual de ciudadanos o funcionarios y el mantenimiento o transformación de la estructura ideológica y material de las relaciones sociales. Pero hay procesos de Política del Derecho en

los cuales están en juego más directamente las variables individuales del comportamiento y otros en los que están en juego más directamente las variables estructurales.

En el segundo caso estamos, sobre todo, en presencia de lo que en la tradición de la cultura occidental es vivido y reclamado como la afirmación de derecho justo, cuyos principios y reglas, se imponen a la legislación y a la soberanía de los Estados. La afirmación de la existencia, al lado del derecho interno positivo de los Estados, de un derecho justo, que abarca a todos los pueblos: *ius gentium*, forma parte de nuestro patrimonio cultural.

La historia de la idea de justicia es acompañada desde el origen del pensamiento occidental, al concepto de derecho natural. El derecho natural es el derecho justo por naturaleza o que corresponde a la naturaleza del hombre como ser racional.

Entiendo que estamos en el segundo caso cuando hablamos de normas como la Convención, que establecen los derechos humanos de la niñez a nivel internacional después de la ratificación por los Estados Partes.

Durante la larga tradición del derecho natural se establece la concepción de un deber ser jurídico. o sea de una necesidad jurídica que correspondería a una necesidad natural. La articulación de los derechos fundamentales de los individuos y de los grupos como base del moderno Estado de Derecho y como principio de una autolimitación del poder estatal deriva en buena medida de la tradición del derecho natural. De esta misma tradición deriva la articulación y las declaraciones en el ámbito de las distintas generaciones de los derechos humanos como contenido de un ordenamiento internacional, al cual el poder estatal está subordinado.

Ahora bien, en su reciente desarrollo, la concepción de la justicia y de los derechos humanos se autonomiza parcialmente de la tradición *iusnaturalista* y encuentra una nueva fundamentación en un concepto de necesidad, que difiere de la naturaleza ontológica y que más bien tiene que ver con una dimensión histórico-social. En esta nueva concepción la justicia y los derechos humanos adquieren un contenido dinámico y evolutivo que requiere de una interpretación de las necesidades del hombre y de los grupos humanos como posibilidades.

La definición del saber del deber ser jurídico de la justicia y de los derechos humanos ya no deriva de lo que es necesario por naturaleza o por la naturaleza del hombre, sino de las necesidades del hombre y de los grupos humanos que se pueden considerar como cumplibles en relación con el grado de desarrollo de las distintas sociedades o a nivel mundial.

En este sentido "necesidades reales" no son solamente las necesidades básicas, definibles desde el punto de vista de una estructura antropológica universal y permanente, sino aquellas potencialidades de existencia y de desarrollo de la vida de los individuos, los grupos y los pueblos que crecen -como tales-

también en dependencia de las satisfacciones de las necesidades que han sido posibles en una fase previa.

La tensión entre ser y deber ser es interpretada entonces como la tensión para superar las condiciones que producen, en una determinada fase de la historia de la sociedad, lo que Galtung define como la discrepancia entre la situación potencial y la situación actual de la calidad de la vida. Esto no está muy lejos, pienso, de lo que Marx y Engels definían, en la Ideología Alemana, como la potencialidad de una "manera humana" de satisfacer las necesidades conforme al desarrollo del saber social y de las fuerzas productivas.

La afirmación de la justicia y de los derechos humanos, en esta perspectiva histórico-social, corresponde al rescate de aquella potencialidad con respecto a la negación represiva de ella, o sea a la imposición, siempre retomando las palabras de Marx y Engels de una "manera deshumana" de satisfacción de las necesidades. Aquella, definen Marx y Engels, en la cual las necesidades de los unos se cumplen a costas de las necesidades de los otros.

Desde este punto de vista histórico-social, para retomar los ejemplos anteriores, también lo que es necesario natural y biológicamente como respirar, nutrirse y morir puede convertirse en objeto de una regulación jurídica nacional o internacional dirigida a proteger respectivamente, frente al ecocidio, el derecho a un medio ambiente sano y respirable; frente al desperdicio y la injusta distribución de la riqueza, el derecho de cada hombre y grupo humano a vivir y desarrollarse; frente a la violencia de la guerra, interna o internacional, el derecho de la persona humana a una muerte digna.

Cuando la tensión entre la situación jurídica y la situación de hecho, tiene su eje primeramente en las variables estructurales de esta correspondencia o de esta discrepancia, entre la potencialidad de cierta calidad de la vida y la realidad, cuando estas variables son más importantes aún que las variables del comportamiento individual, la producción de normas jurídicas y la lucha para su implementación, tienen el significado no solamente de control social de los comportamientos de ciudadanos y funcionarios, sino más aún de todo un proyecto social, que tiene como objetivo la cultura y las relaciones de poder y propiedad. Así por ejemplo, La Convención Internacional de los Derechos de los Niños y su ratificación por un país antes de producirse constituía un proyecto de Convención un proyecto de ley; después de que se ha constituido, se convierte, una vez aprobada y ratificada, en un proyecto de regulación pública, en un proyecto de sociedad.

Pero cuanto más trascendentes son las variables estructurales en el proceso de producción e implementación del derecho, tanto más grande puede ser la distancia entre la situación jurídica y la situación de hecho, entre el proyecto social y el status-quo social.

Por otro lado, cuando el proceso de producción del derecho se lleva a cabo en el nivel internacional y tiene como objetivo el cambio en la legislación pero

sobre todo en la praxis administrativa interna, la discrepancia puede producirse en el mismo mundo del derecho, tomando la forma de contradicciones entre la situación jurídica interna y la situación jurídica internacional.

Es cierto que a fines de los años ochenta y en el presente, junto con el proceso de democratización y de pacificación en el área latinoamericana y con el logro que ha supuesto la Convención Internacional de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas de 1989, y su ratificación en los distintos países, la distancia entre la situación jurídica internacional y la nacional ha disminuido a raíz de la ratificación de la Convención por parte de la mayoría de los países del área.

Sin embargo se añade ahora, en el derecho interno, la contradicción entre la norma interna resultante por la ratificación de la Convención y las partes de la legislación y de la praxis administrativa interna, todavía no derogadas pero, incompatibles con la Convención misma. Se puede resolver desde un punto de vista de la unidad del ordenamiento jurídico de la Constitución misma de la República Argentina en su punto positivo. Lo que significa que la Convención ha puesto entonces fuera de la legalidad internacional e interna, a buena parte de la legislación de la praxis administrativa de los estados ratificantes. Esto es un fenómeno universal que se produce en toda América Latina y en muchas otras partes del mundo, no es que el hombre en esto ha resuelto todos los problemas. Yo pienso, con todo respeto por el país que me hospeda, que también en esta República Argentina existe falta de correspondencia entre la Convención con respecto al Régimen Penal de la Minoridad y la Ley de Patronato.

Es enorme en América Latina, después de años de su entrada en vigor, la distancia entre la situación real y la situación ideal de la niñez, dibujada por la Convención. No existen todavía las condiciones sociales, institucionales y estructurales pero sobre todo las condiciones culturales para un acercamiento. Así, solamente Brasil, ha producido, con el Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, una de las legislaciones de menores más adelantadas del mundo, y que, con el Art. 227 de su Constitución se ha anticipado en un año a la Convención, en sus principios básicos. Aún así, 25 millones de niños se encuentran en condición de grave pobreza y de abandono, continúa el exterminio de niños de la calle, en lugar de realizarse la obra de reintegración social que el Estatuto impone.

No obstante, es posible considerar la tensión que con respecto a los derechos de la niñez, existe entre la situación jurídica y la situación de hecho, como un momento necesario y muy importante del proceso de transformación de la realidad social en América Latina. La firma de la Convención y el proceso de ratificación representan una condición no suficiente, pero necesaria en la lucha para la transformación de la realidad.

Para apreciar el significado de esta afirmación podríamos considerar la historia y la situación actual de los derechos humanos de la niñez refiriéndonos a la

dinámica particular y a la interacción de los tres componentes, o las tres clases de actores implicados en el proceso: el aparato estatal, la sociedad civil o sea lo que podemos llamar en términos generales el movimiento social, y el mundo jurídico oficial. Emilio García Méndez ha realizado un dibujo muy eficaz, desde este punto de vista, de los noventa años en los que se ha llevado a cabo el proceso de definición de los Derechos Humanos de la niñez: desde el nacimiento del primer Tribunal de Menores en Illinois en 1899, hasta la Convención de 1989. De acuerdo con otros autores, él define este proceso como "una larga marcha que puede ser resumida con el pasaje de la consideración del menor como objeto de la compasión-represión, al niño y al adolescente como sujeto pleno de derecho".

En efecto, con el movimiento llamado de los "Reformadores" y el desarrollo de la autonomía de la justicia de menores, se afirmaba, entre los dos siglos, la idea de una serie de prerrogativas peculiares del menor, que imponen privilegios y excepciones en su protección jurídica, así como en el control de su desviación.

Los límites de esta fundamentación originaria del derecho de menores continúa afectando todo el proceso hasta los últimos años. Estos límites son sobre todo dos: por un lado la consideración del niño como objeto (de protección privilegiada y de control especial) y no como sujeto pleno de derecho. Por el otro lado, la sobreposición del concepto de menor irregular al de menor en situación irregular consecuencia de la todavía persistente teoría positivista de la peligrosidad social. Se trata de la confusión entre la situación llamada irregular y la situación en que únicamente se considera al menor cumpliendo actos previstos como delitos por la ley penal del país.

Consideremos la nueva protección de la niñez para ilustrar el avance representado en este proceso con respecto a la superación de aquellos dos límites.

La Convención con respecto a los primeros límites se ocupa en diversas normas del niño (o sea de la persona entre 0 y 18 años) como sujeto de derecho en sentido pleno, y no solamente, entonces como persona incapaz representada por los adultos a los que pertenece la competencia y el deber de cuidarlos. Esto significa, con la sola limitación sustancial debida a las fases diferentes del desarrollo de su competencia expresiva y lingüística que el niño es respetado como portador de una percepción autónoma de sus necesidades, de su situación y de la situación alrededor de él, portador de pensamiento, conciencia y religión; como sujeto del cual depende libremente la comunicación y la asociación con otros sujetos.

La Convención le otorga, en efecto, el derecho a expresar sus opiniones libremente, en todos los asuntos que le afectan (Art. 11) el derecho a ser escuchado por las autoridades judiciales y administrativas (Art. 12), el derecho a la libertad de expresión, a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo (Art. 13); el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión (Art. 14); la libertad de asociación y reunión pacíficas (Art. 15): el

derecho de acceso a la información (Art. 16); de pertenecer a minorías étnicas, religiosas lingüísticas o indígenas y de tener su propia vida cultural; a profesar y practicar su religión y servirse de su idioma (Art. 30); a participar libremente en la vida cultural y artística en condición de igualdad (Art. 31) ¿Con quiénes? Con los adultos.

Como fundamentación de estos derechos la Convención asegura de manera muy amplia los derechos económicos y sociales del niño a la vida, el desarrollo, la educación y la formación profesional (Arts. 27, 28, 29 y otros) en particular el derecho a la educación, a la práctica de los derechos humanos y de los mismos derechos del niño (Art. 29, 1b y Art. 42); el derecho a la salud (Art. 29) y a la seguridad social (Art. 26), el derecho a la protección en caso de conflictos armados (Art. 38); los derechos del niño refugiado (Art. 22), del niño impedido (Art. 23 y Art. 25); del niño abandonado, semiabandonado y con familia uniparental y el derecho a la recuperación e integración tras abuso, tortura y conflictos armados (Art. 20 y Art. 39).

Con respecto al segundo límite histórico en el proceso de desarrollo de los derechos del menor la Convención -anticipada en este punto por otros recientes documentos internacionales como son en particular las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores de 1984- asegura una serie de derechos al menor acusado o sentenciado por infracción a leyes penales, distinguiendo conceptualmente a esta situación de la situación de desprotección que es la base de medidas de protección y no de sanción.

Cabe observar que, en este caso, algunos aspectos problemáticos de la actual situación de la justicia de menores en América Latina y en el resto del mundo, desde mi óptica, todavía no se encuentran superados de manera del todo satisfactoria en la propia Convención. Por ejemplo la Convención parece autorizar, legitimar, por cuanto bajo los principios de excepcionalidad, el régimen de internación de menores tanto infractores como desprotegidos. Pero el límite histórico principal: o sea la confusión entre infracción de leyes penales por parte del menor y "situación irregular", o sea desventaja social, pobreza y abandono, confusión que se había convertido y todavía se convierte en la criminalización de la pobreza y el abandono, se encuentra decididamente superado. No se puede hoy mantener la vieja doctrina de la situación irregular sin ponerse frontalmente como transgresor ideológico o práctico de la Convención, es decir, de una ley de todos los países, incluso de la Argentina que la ha ratificado.

El Estatuto brasileño recoge de manera ejemplar en el Estatuto del Niño y del Adolescente de 1990, en este campo, los principios de la Convención asegurando la distinción sustancial y procesal entre medidas de prevención, como respuesta a la desventaja social del menor, y medidas socio-educativas, como respuesta a la infracción de normas penales, y admitiendo aún, en este caso, que el juez recurra a una de las medidas de prevención. O sea que considera a las medidas de prevención como un conjunto de derechos que han sido ilícitamente negados, por una parte, y medidas socio-educativas como

respuesta a la infracción de normas penales. Se admite entonces una verdadera y propia responsabilidad penal del menor que es mucho mejor declararla así tal como es para salir de todos los eufemismos que han rodeado hasta ahora la real función punitiva con respecto de menores infractores y no infractores, sino solamente abandonados. En este campo, efectivamente, se sale de un paradigma que no se puede mantener ni científica ni legalmente hoy en día, como es el paradigma de la situación irregular. También permite el Estatuto brasileño al juez (que es la única autoridad competente autorizada) intervenir cuando hay infracción dentro de todo el contexto de las reglas del proceso debido y de los principios del derecho penal liberal que se aplica a los adultos. También puede el juez adoptar, en lugar de una medida socio-educativa, una de las medidas de prevención que pienso que son el espíritu de este Estatuto. También el espíritu de la Convención admite que al menor infractor destinatario de una medida socio-educativa - que es una sanción - también se pueda añadir contemporánea o posteriormente medidas de protección para fortalecer los roles en el caso de una situación de desprotección originaria a la misma infracción.

Lo importante es que los dos campos, el de la prevención y en respuesta a la infracción, quedan absolutamente como competencia primero de la autoridad administrativa y local y segundo como competencia discursiva de orden judicial del juez.

Grave es sin embargo la permanencia en la Convención de alguna legitimización de una respuesta sancionatoria al comportamiento del menor infractor basada en la internación y la privación de libertad. Pero la Convención asegura de manera satisfactoria, en este campo, el respeto del principio de legalidad y la presunción de inocencia del menor, así como su protagonismo en el proceso donde se encuentre en posición de acusado, así como las garantías de sus derechos humanos, de su dignidad personal y de su reintegración social durante o después de la detención (Art. 25, Art. 37 y Art. 40).

La Convención tiene fuerza vinculante para los Estados Partes, que también se comprometen a presentar periódicamente a un Comité de los Derechos del Niño, elegido por los mismos Estados Partes (Art. 43) informes sobre los medios que hayan adoptado para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención y sobre el proceso en el goce de esos derechos. Los informes se entregan por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas (Art. 44).

La Convención de 1989 recoge, en un conjunto orgánico y detallado, principios y normas de protección de la niñez, que en los noventa años precedentes se encontraban expresados en más de ochenta documentos de derecho internacional que se ocuparon de la protección de la niñez de forma general o en ámbitos específicos.

El único texto universal anterior a la Convención fue la Declaración de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959, de la Asamblea de las Naciones Unidas.

Sin embargo esta era una Declaración aceptada por los gobiernos, la cual no obstante, no tenía fuerza legal vinculante para los Estados, como la tiene la Convención. Los principios fundamentales de esta Declaración, insertados en el Preámbulo de la Convención eran: la protección especial del niño, la no discriminación y el derecho del niño al desarrollo físico y moral.

Pero quizás, no hay mejor síntesis de los principios que impone la Convención en su conjunto, que la que nos proporciona el texto del Art. 227 de la Constitución brasilera de 1988 antes referido: "Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, derecho a la vida, salud, alimentación, educación, pasatiempo, capacitación profesional, cultura, dignidad, respeto, libertad y la convivencia familiar y comunitaria, además de ponerlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y agresión".

Después de la entrada en vigor de la Convención, el más importante documento internacional en relación a la protección de la niñez es la Declaración y el Plan de Acción adoptados por setenta y dos jefes de estado y de gobierno reunidos el 29 y 30 de setiembre de 1990 en New York, en la Cumbre de la Infancia, con el objetivo de promocionar nuevas iniciativas a favor de la infancia en la comunidad internacional.

El significado y la intención de la Cumbre, en la presente y trágica coyuntura mundial de la situación de la niñez (cada día mueren en el mundo miles y miles de niños por pobreza y enfermedades) pueden ser expresados con una formulación del State of World's Children Report, redactado por el UNICEF en la Cumbre misma: "Una renovación de los esfuerzos para proteger las vidas y el desarrollo de los niños y para poner fin a las manifestaciones más duras de la pobreza, sería la mejor inversión que la raza humana puede hacer para proveer su futura prosperidad económica, estabilidad política y desarrollo integral".

Pero ¿cuál puede ser el eje de una realización de esfuerzos eficaces para acercar la situación real al desarrollo normativo ideal alcanzado en la definición jurídica de los derechos humanos de la niñez en América Latina?

Las experiencias de los últimos años permiten afirmar que ni los Estados para sí mismos, ni el mundo jurídico oficial tienen la capacidad y la voluntad política suficientes para realizar esfuerzos eficaces. Sin un fuerte movimiento social, que tenga sus raíces en la sociedad civil no hay chance para una efectiva implementación de los principios y las normas de la Convención en la legislación y la praxis administrativa de los Estados. Experiencias en distintos países demuestran que el movimiento social puede convertirse, cuando existe, en un movilizador de las instituciones estatales, que puede contar con sus juristas así como animar la acción desde el mundo jurídico oficial. Las experiencias demuestran que la acción de los servicios públicos y de los juristas puede ser eficaz solamente si logran acercarse a la gente y contar con una adecuada participación de la sociedad civil.

También la eficacia de la acción de los organismos internacionales operantes en el área con programas que directa o indirectamente conciernen a la protección de la niñez requiere que empiecen a incluir como eje y elemento estratégico el concepto de Derechos Humanos. Por qué el tema de los derechos dentro de una actividad que normalmente estaba considerada en un marco más o menos asistencialista?

La premisa teórica de esta elección se basa en la continuidad conceptual de necesidades reales y de Derechos Humanos, o sea en la posibilidad de una lectura de las necesidades en términos de derechos. Se trata de un planteamiento que ha llegado a ser central en la investigación ético-política de nuestros días: favorecer el surgimiento de condiciones que permitan al portador de necesidades, al usuario de servicios (la comunidad), percibirse y organizarse como un sujeto de derechos, encontrando así su propia capacidad de negociación con los servicios públicos.

Descentralización de los servicios estatales, participación de las comunidades y coordinación interinstitucional son principios de una práctica no sólo de la teoría de la implementación de los derechos de los niños en la necesaria experimentación a nivel local, a nivel micro. Cambios institucionales y legislativos, transformaciones en las relaciones sociales y en la producción y distribución de la riqueza, participación de la sociedad civil y la realización del derecho al desarrollo de los pueblos son los principios de una acción que, a nivel nacional y regional recoja, respalde y multiplique las experiencias locales, las experiencias micro, exitosas.

Estoy convencido de que solamente siguiendo estos principios, creo, se podrá evitar que el trabajo social, a nivel local, y el trabajo jurídico y administrativo, a nivel nacional, se queden dentro de lo que Antonio Carlos Gomes da Costa un gran experto de los derechos de la niñez brasileño, llama un "gracioso artesanado". Se trata entonces de evitar que se reproduzcan los patrones de una visión asistencial del trabajo social y de una concepción tecnocrática de la acción institucional. Lo que daría lugar a reducir la fuerza vinculante de la Convención a un puro valor simbólico, y la práctica de los derechos de los niños a una nueva ocasión de retórica oficial.

Conclusión

En primer lugar, la protección de los derechos de la niñez como prioridad absoluta en el empeño del estado y de la sociedad civil. En segundo lugar, la protección del niño frente al involucramiento en los conflictos bélicos y a sus consecuencias. En tercer lugar, el derecho del niño a ser escuchado como portador de una visión de la realidad y de un mensaje suyo. Este es principalmente un mensaje de amor y de esperanza.

Lo que significa que, desde el frente de los derechos humanos de los niños, la humanidad en esta área del mundo, así como en el mundo entero está apostando por su supervivencia material y cultural.

La implementación efectiva de la Convención sobre los derechos de los niños supone, entonces:

- En primer lugar, el reto para el cambio en la producción y en la distribución de la riqueza en la sociedad del área y en el mundo entero, el reto para el desarrollo de una sociedad justa y libre.
- En segundo lugar, el reto para la paz en el área y en el mundo.
- En tercer lugar, el reto para el triunfo.