

NIÑOS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS SOCIALES DE DERECHOS Y DEBERES

Emilio GARCÍA MÉNDEZ*

* Argentino, Abogado, Doctor en Derecho por la Universidad de Saarland, Saarbrucken, República Federal de Alemania, Asesor Regional de Derechos del Niño de la Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe (TACRO), en Colombia, fue Investigador del Instituto Inter-Regional de Naciones Unidas para Investigaciones del Delito y la Justicia (UNICRI-Roma).

NIÑOS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS SOCIALES DE DERECHOS Y DEBERES

Emilio GARCÍA MÉNDEZ

Quisiera comenzar con una breve aclaración y con la exposición de algunas premisas. Premisas, tentativas y provisorias, (ya que por suerte no puedo olvidar la insistencia de Borges en afirmar, que el concepto de texto definitivo pertenece o a la religión o al cansancio).

Espero que estas premisas iniciales puedan ser útiles para una mejor comprensión de un tema que, como el de los derechos de la infancia, todavía es considerado por algunos, como marginal o ajeno a problemas centrales del derecho y la política. Y más aún, como un tema de segunda categoría cuando analizado desde la perspectiva de los derechos humanos.

En este punto, me parece necesario aclarar que el uso que hago aquí del término infancia, equivale al concepto de niño con que la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CI), designa a todos los seres humanos que no han alcanzado los 18 años de edad. Por otra parte, el uso de los términos niños y adolescentes, posee hoy en América latina un preciso significado jurídico. A partir de 1990, prácticamente todas las nuevas legislaciones de la infancia sustancialmente adaptadas a la CI, establecen una distinción (a mi juicio altamente positiva) entre niños y adolescentes. Así, son considerados niños todos los seres humanos hasta los 12 años

incompletos (en algunos países este concepto de niñez puede extenderse hasta los 13 o 14 años), por su parte son considerados adolescentes, aquellos seres humanos desde aquel límite hasta los 18 años incompletos. Esta distinción por fajas etarias, posee implicaciones actuales y potenciales, decisivas, sobre todo en relación con dos conceptos centrales para los temas que estamos analizando: me refiero a los conceptos de **participación y responsabilidad**.

Realizada esta aclaración expongo aquí las premisas antes mencionadas:

1. la muy escasa literatura histórico-crítica sobre la infancia coincide sin excepciones en confirmar el carácter recientísimo de cualquier consideración jurídica que perciba a la infancia como sujeto de derechos;
2. el concepto de infancia como sujeto de derechos es no sólo reciente sino además preciso, sobre todo en relación con el mucho más ambiguo concepto de infancia como sujeto social;
3. el tema de la infancia como sujeto de derechos, está estrechamente vinculado con el tema de la ciudadanía;
4. a su vez, el tema de la ciudadanía está indisolublemente vinculado con el tema de la democracia;
5. un filósofo y jurista italiano que últimamente se ha ocupado en forma específica y detallada de estos temas de la infancia, ha hecho notar en forma muy perspicaz que nadie que se ocupe con seriedad del tema de la infancia desde la perspectiva de sus derechos, puede obviar el tema de la democracia. Sin embargo, son realmente muy pocos aquellos que, ocupándose con seriedad del tema de la democracia, se ocupan de la infancia como asunto específico¹;
6. el concepto "sujeto de derechos", evoca en forma inexorable el concepto jurídico (aunque no sólo jurídico) de autodeterminación;
7. nada más ajeno a la historia de la infancia, que el concepto de

1 Cfr. Alessandro Baratta "Infancia Democracia", multigráfico, inédito, 1997.

autodeterminación. El único “derecho” que la infancia ha tenido es el no-derecho de la protección;

8. el sentido real de la protección a la infancia o de la infancia, se constituye como eufemismo para construir y legitimar una semántica y unas prácticas, que son la negación real del concepto de autodeterminación;
9. en este contexto, el concepto opuesto al de autodeterminación, es el concepto clave para entender el carácter histórico (por lo menos hasta la CI) de la relación entre los niños y el estado y los niños y los adultos²: este concepto es el concepto de **discrecionalidad**;
10. a su vez, toda la retórica de la protección constituye un eufemismo para legitimar las prácticas y el discurso de la discrecionalidad;
11. los eufemismos, en general, y muy especialmente en este contexto, constituyen una pieza central en la conformación de la semántica de la discrecionalidad. La afirmación del filósofo francés Jacques Derrida, en un viejo y hermoso texto sobre el *Apartheid*, en el sentido de que no podría existir racismo sin sus correspondientes palabras, se deja extrapolar *-mutatis mutandi-* perfectamente a esta situación³;
12. en una especie de efecto dominó invertido, la incapacidad política de la infancia, que se deriva de su carácter de ciudadanía incompleta, construye y legitima su incapacidad civil, la que a su vez construye y legitima su incapacidad de hecho. Lo verdaderamente interesante en este caso, es el posible carácter circular de este razonamiento. En otras palabras, esta frase admite ser construida en sentido inverso, exactamente con el mismo resultado.

2 Para un análisis detallado de la CI como instrumento que reformula la relación de la infancia con el estado y los adultos, cfr. Miguel Cillero, “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”, multigrafiado, Santiago de Chile, 1997.

3 Cfr. Jacques Derrida, “Racism’s Last Word”, “Critical Inquiry”, No. 12, 1985, citado por Richard Bernstein, en, “La Nuova Costellazione, Gli orizzonti etico-politici del moderno/postmoderno”, Feltrinelli, Milano, 1994.

En forma sintética y esquemática, el proceso de construcción de la incapacidad de la infancia, se deja explicar con tres hipótesis centrales:

- I. La historia de la infancia es la historia de su control. Es claro que, según sea el tipo de infancia de que se trate, diverso será el sujeto activo del control. Para decirlo en términos breves, el estado o los adultos, según sea el caso.
- II. Tal como lo plantea Phipippe Aries en su maravilloso y ya clásico libro sobre la historia de la infancia⁴: “Antes del Siglo XVII La Infancia no existe. Esta afirmación sobre la “inexistencia” de la infancia, no significa, obviamente, afirmar que antes del siglo XVII no existían sujetos bajitos de 5, 6 ó 7 años. Lo que en realidad Aries quiere decir es que, antes del siglo XVII, estos “sujetos bajitos” no eran considerados como una categoría social diferenciada respecto de los adultos. Utilizando como fuente heterodoxa de prueba, la pintura de la época, Aries muestra como de no existir (la infancia) con anterioridad al siglo XVII, ya en el siglo XVIII la infancia es “descubierta” y pasa a ocupar el centro del retrato familiar⁵.
- III. A partir de esta hipótesis de Aries, es posible formular, como sigue, una tercera hipótesis: La infancia va a pagar un precio muy alto por su “descubrimiento”. Me refiero a la existencia de un pacto perverso implícito, entre esta categoría social, recién descubierta y el mundo de los adultos. Reconozco tu existencia, pero por lo que no tienes, por lo que no sabes, por lo que no eres capaz. En otras palabras, el “descubrimiento” de la infancia es el descubrimiento de su incapacidad.

A la incapacidad hay que protegerla, siendo que este tipo de protección resulta casi siempre un mero sustituto verbal de la caridad. Por su parte, el ejercicio de la caridad implica asumir la discrecionalidad como comportamiento institucional y/o personal rutinario. Hasta aquí, lo que desde la perspectiva actual puede ser entendido como la pre-historia de la incapacidad de la infancia. Sobre esta incapacidad “organaria” esencialmente

4 Cfr. Philippe Aries, “Geschichte der Kindheit”, dtv wissenschaft, Munich, 1985.

5 ibid, pp 92 y 55

política y cultural se asentará, obviamente en forma hegemónica, una incapacidad derivada, de corte médico-jurídico: la doctrina de la “situación irregular”, sintetiza admirablemente este conjunto de incapacidades⁶.

Abandonamos la pre-historia y entramos en la historia moderna de la incapacidad de la infancia.

El llamado “derecho de menores”, cuya mera mención evoca en forma automática la imposibilidad del ejercicio autónomo de los derechos, constituye el hilo conductor donde es posible (y necesario) reconstruir la historia moderna de la incapacidad de la infancia. Como una forma de rechazar posibles intromisiones e interferencias, sobre todo por parte de otras ramas del derecho, el derecho de menores se autopercibe y se proclama, mucho más que como específico, como autónomo⁷.

Así como la incapacidad exige protección y la protección empuja hacia la discrecionalidad, la discrecionalidad se opone radicalmente a la existencia de áreas de dominio autónomo de la persona.

Desde esta perspectiva, cualquier garantía jurídica, independiente de su contenido, es una traba objetiva a la discrecionalidad, constituye un error, una disfunción o un estorbo. O lo que es peor, las cuatro cosas al mismo tiempo.

No me parece que quepa ninguna duda sobre la autoproclamada “autonomía” del derecho de menores, el “derecho” de menores es profundamente autónomo, sobre todo y muy especialmente en relación con

6 El término doctrina de la “situación irregular”, se refiere a la ideología que inspira a todo el derecho de menores, desde su aparición en América Latina en la década del 20 de este siglo. La expresión “situación irregular”, se refiere a la caracterización jurídica que automáticamente se practica sobre la infancia vulnerable, caracterización jurídica que permite la intervención omnimoda del estado, a través de la figura del juez de menores. Para mayor información sobre esta doctrina, cfr. Emilio García Méndez, “Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina, De la Situación Irregular a la Protección Integral”, ed. Forum Pacis, Ibagué, Colombia, 1997 (2da. Edición).

7 Para una explicación detallada de la “autonomía” del Derecho de Menores, desde la propia perspectiva de la doctrina de la situación irregular, cfr. Rafael Sajón y Ubaldino Calvento, Introducción a “Legislación Atinente a Menores en las Américas”, edición del Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1977 (en especial pp IX y ss).

el derecho constitucional. La tan mentada autonomía del derecho de menores, no cumple otra función que la de legitimar la negación de todos los derechos que las Constituciones de América latina desde mediados del siglo XIX, consagran no sólo para los ciudadanos, sino también para todos los seres humanos sin excepción.

Como inspiración filosófica, la Convención Internacional constituye la negación global de esta ideología tutelar cuya palabra de orden puede resumirse con el término “hipocresía”.

Como texto jurídico, la CI se opone en forma específica y detallada al “derecho” de menores.

Como instrumento específico que consagra los derechos humanos de la infancia, la CI sienta las bases para la construcción plena de su ciudadanía, proceso este que, sin embargo, es necesario recoger en toda su complejidad como veremos un poco más adelante.

Continuemos todavía un poco, explorando otras implicaciones que encierra el tema de la incapacidad. A partir de este abanico de incapacidades, que los distintos saberes supuestamente sólo reconocen, aunque en realidad como se ha visto se trata de incapacidades pacientemente construidas a través de los siglos, se generan los eufemismos que regulan todo el tratamiento de la “minoridad”. Eufemismos construidos, en parte sobre la ignorancia y en parte sobre la hipocresía, pero muy particularmente sobre la explosiva y peligrosa mezcla de la ignorancia hipócrita.

El concepto de infancia como sujeto de derechos ocupa en la historia del derecho un lugar tan o más reciente que el rayo láser en la historia de la medicina. Ser sujeto de derecho, no debería significar en principio otra cosa que ser sujeto de la ley. Sujeto de la ley entendido como lo opuesto a ser sujeto de una voluntad discrecional. Sin embargo, autonomizado de las trabas (que en forma de garantías supone el contenido del derecho constitucional), el derecho de menores “resuelve” en forma negativa la dicotomía: sujeto de la ley versus objeto de la discrecionalidad.

El derecho de menores crea leyes “protectoras”, cuyo contenido esencial consiste en institucionalizar la voluntad omnímoda de un juez que debe actuar como “buen padre de familia”, si el conflicto involucra a un menor,

o la voluntad omnímoda de un padre, quien debe actuar con la autoridad y discrecionalidad de un juez, si se trata de un niño o un adolescente⁸.

Como se ve, la metáfora del buen padre de familia tiene un sentido doble y porqué no decirlo profundo, para la ideología tutelar. En el primer caso, regula las relaciones de una parte de la infancia con las instituciones del estado, en la otra regula las relación de la otra infancia con los adultos.

Autónomo del derecho constitucional, el derecho de menores se construye como un derecho que no es ley (en su sentido de voluntad abstracta), de un juez que no es juez, de un proceso que por supuesto no es un proceso y sobre todo de un sujeto, que si algo no es, es ser sujeto. De aquí en adelante nada debe sorprender. Este festival del eufemismo es el resultado de un pacto siempre frágil y provisorio entre el saber (poder) médico y el saber (poder) jurídico.

La apariencia de las formas jurídicas, con el contenido de la discrecionalidad que caracteriza a las intervenciones médicas, es el resultado final de este engendro. Engendro que legitimado en la excepcionalidad de su objeto (excepcionalidad que se asienta en resaltar permanente lo que los niños tienen de diverso respecto de los adultos (madurez) y no sobre el resto de los atributos que poseen en común, conquista aún todavía apoyos o por lo menos tolerancias, objetivamente cómplices, incluso entre destacados juristas no sólo progresistas sino, en general, firmemente garantistas. Hecho este último que confirma, dicho sea de paso, el carácter hegemónico de la ideología tutelar.

La Convención Internacional constituye la más clara, extensa y profunda ruptura con la ideología y práctica del proteccionismo tutelar, que encuentra en la doctrina de la situación irregular su expresión ideológica más consistente. La Convención ha sido definida frecuentemente como una verdadera revolución copernicana, que transforma al "menor en ciudadano"⁹. Este concepto de minoridad, supone en la práctica la existencia de una cultura profundamente negadora, no sólo de la ciudadanía de la infancia, sino también de su condición de persona. Por eso no resulta exagerado

8 En su sentido no técnico-jurídico, es decir con su uso social el término menor está cargado de un contenido peyorativo y estigmatizante.

9 Esta expresión pertenece al conocido pedagogo brasileiro Antonio Carlos Gomes Da Costa.

afirmar, que la CIDN constituye una revolución francesa que llega a los niños con doscientos años de atraso.

El carácter nítido de la distinción entre los derechos del hombre y el ciudadano, tal cual aparece consagrado en la "Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789", se ha ido relativamente opacando (para mal o para bien), debido al uso políticamente difuso e indiferenciado que, separado de su base jurídica, se ha hecho del concepto de ciudadanía.

La persistencia en un uso que podríamos convenir en denominar político-cultural del concepto de ciudadanía, exige, si realmente no queremos recaer en los eufemismos del pasado, una seria reconstrucción del alcance y significado del concepto de ciudadanía que tome en cuenta con seriedad su dimensión estrictamente jurídica¹⁰.

Desde la Revolución Francesa hacia acá, se ha entendido que los derechos del "hombre" se refieren a aquellos derechos inherentes a la persona humana, mientras que los derechos del ciudadano implican adicionalmente un determinado *status* político jurídico que específicamente significa la capacidad plena para ejercer la titularidad activa de los derechos de la persona. Desde el punto de vista de la Revolución Francesa, todos los ciudadanos son personas, pero no todas las personas son ciudadanos. Pero además, desde mucho antes de la Revolución Francesa, sabemos que no todos los seres humanos son personas. Los niños y hasta no hace mucho tiempo las mujeres (situación que todavía hoy parcialmente persiste) hacen parte de esta categoría de no personas, a la cual obviamente corresponde un no-derecho en los términos en que hemos visto que funciona el "derecho" de menores. Sirva como ejemplo el hecho, que en el código civil napoleónico de 1804, el ejercicio de los derechos civiles resulta independiente de la condición de ciudadano, aunque obviamente no de la calidad de persona¹¹.

La necesidad de una reflexión más profunda sobre los usos y significados del concepto de ciudadanía se vincula con el hecho histórico, que en un

10 Cfr, el excelente trabajo de Luigi Ferrajoli (al que por otra parte seguimos fielmente, sobre todo en lo que atañe a la dicotomía derechos del hombre/derechos del ciudadano) "Dai diritti del cittadino a i diritti della persona", en, "La Cittadinanza, Appartenenza, identità, diritti", edición a cargo de Danilo Zolo, Ed. Laterza, Bari, 1994.

11 *ibid.* P. 266

sentido estricto que es el sentido jurídico, cumplida su función inclusiva revolucionaria contra el orden feudal, el concepto de ciudadanía se transforma –paradójicamente– en pieza clave de un nuevo orden, democrático, pero profundamente basado en la exclusión. No propietarios, extranjeros, mujeres y niños precisan de un representante –el estado, el patrón o el páter familias según sea el caso– para ejercer sus derechos, por interpósita persona o por interpósita institución.

Es precisamente esta dialéctica de la exclusión sobre la que se basa el nuevo orden, la que ha estado y esta todavía hoy presente en el conjunto de tensiones no resueltas entre ciudadanía y democracia. Tensión que en el pasado se refería en forma clara a no propietarios, extranjeros y mujeres y que hoy, justamente por la reconstrucción del niño como sujeto de derecho que realiza la CI, involucra de pleno derecho a la categoría infancia. Antes de la CI, ni siquiera se percibía a la infancia como objeto de exclusión.

Por lo demás, la CI supera cualquier perspectiva dicotómica de la infancia entendida como sujeto social versus sujeto de derecho. En la era de los derechos humanos toda persona por el mero hecho de serlo resulta automáticamente sujeto de derechos. Obviamente desde la CI para acá, en términos jurídicos el carácter de persona de la infancia no está más en discusión. En otras palabras, no sólo en el derecho sino además en la práctica, la infancia ha adquirido el *status* de persona, el desafío consiste ahora en la marcha progresiva hacia la conquista de sus derechos ciudadanos.

Si es cierto lo que afirma N. Bobbio, en el sentido de que el problema actual de los derechos humanos, no es tanto el de su fundamentación y sí el de su implementación, la brecha entre derecho y realidad, remite directamente a la persistencia de la distancia entre derechos de la persona y derechos del ciudadano. Brecha cada vez más difícil de legitimar y defender desde, lo que podría denominarse, la perspectiva y los argumentos de la incapacidad.

Pensar la infancia como sujeto de derechos, consiste en especificar el sentido y alcance de sus **derechos humanos. Entendiendo estos últimos, en primer lugar y fundamentalmente, como instrumentos aptos para cerrar progresivamente la brecha entre derechos de la persona y derechos del ciudadano.**

No caben dudas, que en este contexto el término “progresivamente” se vincula con fuerza a la neta distinción jurídica entre niños y adolescentes a la que me referí al comienzo de este texto.

En la extensión y democratización del uso de las nuevas técnicas idóneas para la garantía de los derechos (técnicas que se caracterizan por una disminución radical de la intermediación política-burocrática, se llamen ellas, acciones de tutela, recurso de amparo, mandato de seguridad, etc.) están quizás, las claves de superación positiva de las exclusiones propias de las históricas promesas incumplidas del liberalismo.

Si es verdad, que es sólo con más democracia que se superan los problemas de la democracia, entonces también debería ser verdad que sólo con más ciudadanos se superan los problemas de la ciudadanía.

El uso genérico e indiscriminado del término “crisis”, ha provocado una profunda devaluación de su alcance y significado. Sin una especificación detallada, el uso de este término, oculta y oscurece más de lo que aclara y revela. En este contexto, la crisis de la ciudadanía remite a la tensión entre las prácticas y políticas (no sólo económicas) de exclusión y los movimientos sociales que “tomándose en serio sus derechos” pugnan por consolidar un proceso de expansión cualitativo y cuantitativo de la ciudadanía. Desde la perspectiva de los derechos humanos, la cuestión de la infancia es mucho más compleja que la simplificación reduccionista a la que parece pretenden reducirla los extremos del arco ideológico: compasión Vs. retribucionismo.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, la cuestión de la infancia como sujeto de derechos, constituye todo lo contrario a un problema de corte sectorial o corporativo. El desmonte y delegitimación de la cultura de la incapacidad, constituye una pieza central, aunque no exclusiva, en este proceso.

No me parece exagerado concluir afirmando, que el problema de la ciudadanía de la infancia, constituye un aspecto medular del futuro de la ciudadanía de todos.