

EL DERECHO DE INFANCIA

Fabián Piñeyro

La ontología epistémica y teórica de la noción. Los presupuestos fácticos de la especificidad normativa. El derecho de infancia y su principio organizador.

La ontología epistémica y teórica de la noción

Por todos parece reconocible la existencia de un *objeto*, de un *campo*, de un conjunto de problemas que junto con una colección de artefactos teóricos vienen a conformar el derecho de infancia. Noción con la que se pretende simbolizar un territorio epistémico y un entramado de conceptos con los que lanzarse al ataque heurístico de aquel *territorio*.

Pero los contornos, las líneas que dibujan esta noción parecen poco definidos, por momentos imprecisos, a veces opacos. Es evidente que no existe acuerdo alguno respecto del elenco de asuntos con los que colmar el recipiente teórico y epistémico del derecho de infancia. Sus *temas* se confunden, se entrelazan, se superponen y a la vez se subsumen bajo el imperio epistemológico y teórico de constructos de orden simbólicos de más vieja raigambre y lustroso abolengo: el derecho civil, el derecho de familia y el derecho penal, apareciendo por momentos diluido el estatus epistémico y disciplinario del derecho de infancia. Este aparece entonces como un objeto de fronteras mal definidas, y en extremos porosas.

Cuando se alude al derecho de infancia con la pretensión de representar un cierto *territorio* fáctico-teórico y epistémico no caben los sobreentendidos. Cuando se habla de derecho de infancia no siempre se está *hablando* de la misma *cosa*.

La reflexión en torno a la dimensión epistémica del derecho de infancia destaca por su exigüidad. Este asunto no ha sido abordado de manera sistemática, dando lugar a un juego de sobreentendidos en el que todos los actores parecen *saber* qué es el derecho de infancia cuando en puridad es probable que cada uno de ellos manipule en el orden lingüístico unas relaciones de significados y significantes divergentes.

El objeto del derecho de infancia como toda res epistémica es el producto del hacer deliberado del sujeto cognoscente, de su pulsión y voracidad heurística, como toda construcción de esta índole exige perentoriamente de una ratio que la justifique, ese fundamento no es otro que la forma en que se expresa la ontología misma de los sujetos cuyas relaciones jurídicas esta disciplina viene a tratar de aprehender.

El estatus factico de sujetos en desarrollo en el que se encuentran las personas menores de edad explica, fundamenta, la especialidad del derecho de infancia tanto en el orden fenomenológico-normativo (derecho positivo) como en el plano epistémico, teórico y disciplinario.

La infancia, la adolescencia, son al decir de Espinoza¹, algunos de los modos que asume la sustancia humana. Estos modos conforman en cierta medida un *ontos* particular, una manera peculiar de ser y estar en el mundo, que condiciona las posibilidades de actuar, las capacidades de entender y determina la forma en que se perfilan los vínculos.

Sustancia cuya cualidad esencial es la conciencia que porta en potencia a la libertad. Elemento definitorio y definitivo del *hecho humano*², pero que se expresa, que asume unas inflexiones particulares en el decurso del tiempo, y es en esa medida, con esa precaución que se debe reconocer a la infancia y a la adolescencia como formas peculiares en las que se manifiesta el *ontos* humano.

Se trata por tanto no de un *ontos* distinto sino de las diferentes maneras que asume este *ontos*. Es eso, lo que se pretende expresar cuando se alude al niño o al adolescente como un sujeto de derecho. Las personas menores de edad, son *sujetos* cuyas capacidades para el dominio, para la aprehensión cognitiva y el control de los objetos no han alcanzado todavía su más pleno desarrollo. Pero deben de ser tratadas en todo momento como un fin en sí mismo sin que ello importe desconocer la facticidad de sus diferencias respecto de los adultos.

Los problemas que son el objeto del derecho de infancia devienen de la necesidad de establecer mecanismos *ius* normativos e institucionales que concreten el

¹ Baruch de Espinoza, *Ética demostrada según el orden geométrico*. Editorial Quadratta. Buenos Aires, 2005.

² Sustancia que la cosmovisión tutelar no les reconocía a las personas menores de edad, a las que mediante una operación de reificación se les negaba toda posibilidad de autodeterminación, en definitiva su humanidad misma, deviniendo el niño y el adolescente en mero objeto de la tutela adulta, sea esta ejercida por el Estado o por la familia.

reconocimiento de la infancia y de la adolescencia como modos particulares de lo humano.

Los asuntos, las cuestiones cuyo abordaje en el plano cognitivo son el objeto primordial del derecho de infancia derivan todas de los dilemas originados por el precepto de tratar a los niños y a los adolescentes como un fin en sí mismo, sin desconocer las peculiaridades de estos modos de ser de la sustancia humana ni olvidar que en esos modos las capacidades para establecer fines propios resultan claramente más limitadas que en el modo adulto.

Esto define una colección de nuevos problemas, cuyo abordaje requiere la construcción de un nuevo marco epistemológico y disciplinario teleológicamente orientado a la resolución de los mismos.

Una disciplina es un conjunto articulado de categorías construidas con el ánimo deliberado de orientar una determinada labor intelectual y con el objeto de ordenar los modos de pensar y construir sentido, lo que en definitiva se puede definir como un conjunto de acciones cognoscitivas que tienen por horizonte la resolución de un elenco determinado de problemas.

Categorías que están orientadas a la construcción de sentido y que resultan también dadoras de sentidos concretos, que confieren significados y terminan en el campo de los saberes normativos por atribuir y distribuir valores.

Una disciplina es algo muy distinto a una parcela del saber,³ que representa un determinado segmento de la *realidad*, que preexiste al ataque del sujeto cognoscente tal como lo concibe el saber epistemológico de cuño positivista.

La disciplina como la realidad que pretende capturar es el producto de la actividad heurística del sujeto, por ello no existe en puridad una zona del derecho cuya titularidad epistémica pertenezca verbigracia al derecho de familia o al derecho de infancia, lo que existen son problemas, dilemas, cuya resolución demanda un determinado utillaje teórico y metodológico.

³ Bourdieu Pierre, Chamboredon, Jean-Claude y Passeron, Jean Claude. *El oficio del sociólogo*. Siglo 21 editores. Buenos Aires, Argentina. 2002

La construcción de una disciplina se estructura a partir de una argamasa de conceptos y nociones que son organizadas y elegidas por el sujeto cognoscente, por ello una disciplina es, también esencialmente, una perspectiva, una forma de mirar alguna parte de lo que se llama *realidad*, de ahí que un mismo acto jurídico, un mismo hecho, puede ser el objeto del derecho de familia, del derecho de infancia, del derecho civil. Ese asunto será analizado, pensado de distintas formas por cada una de estas disciplinas. Miradas parciales, pasibles de ser articuladas y compatibilizadas algunas veces y otras no tanto.

Esas opciones, de las que emerge una cierta construcción de sentido, llevan implícito casi siempre un juicio de estimación, una preferencia axiológica, conllevan una opción que en el universo de lo social tiene en todos los casos connotaciones manifiestamente políticas.

Como el resto de las disciplinas jurídicas, el derecho de infancia tiene un presupuesto axiológico, que corresponde explicitar, que no se debe camuflar, disimular, que ha de expresarse en aras de la claridad y de la honestidad intelectual.

Ese presupuesto no es otro que el precepto de que los niños y los adolescentes tienen que ser también al igual que los adultos tratados como un fin en sí mismo. Que la humanidad es una sustancia que va asumiendo distintos modos. Ello importa una nueva conceptualización en torno al lugar político jurídico de la infancia,⁴ que la incorpora como parte activa del pacto fundante de la convivencia social.

Como consecuencia de dicha opción y de la preocupación por atender la peculiar facticidad en que la sustancia humana se expresa en los modos de niños y adolescentes emerge el derecho de infancia. Modos que define una manera de estar en el mundo cuyas peculiaridades deben ser contempladas por el derecho en atención a incontrovertibles razones de justicia fundadas en elementales consideraciones de racionalidad práctica e instrumental.⁵

Es así como una disciplina en el orden teórico epistémico se constituye, a partir de la actividad intelectual del sujeto cognoscente de la que depende el propio estatuto ontológico del *problema*, este es al igual que la disciplina y en el mismo sentido que la misma *realidad*, una hechura del sujeto.

⁴ En el sentido que le da la Convención sobre los Derechos del Niño artículo primero.

⁵ KANT, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Traducción de J. Rovira Armengol. La Página, S.A. Editorial Lozada. Buenos Aires, 2003.

Disciplina y objeto se fraguan mediante una colección de actos profundamente imbricados, esta dúplica es interdependiente en su *ontos* y también en sus dinámicas. Interacciones que tienen como único operario al sujeto cognoscente.

Dinámicas orientadas a la definición de una cierta *verdad* siempre provisoria y cuya validez descansa exclusivamente en las buenas razones que la fundamentan.

Como disciplina de lo normativo el derecho de infancia se articula en un presupuesto de naturaleza axiológica, que se funda en conclusiones de racionalidad práctica, las que en el caso del *ius* de infancia se derivan del reconocimiento de la condición de persona y del estatus de sujeto de los individuos menores de edad.

El derecho de infancia en tanto disciplina deontológica es la consecuencia de una opción moral. Su estatus epistemológico, su propia ontología, sus alcances, sus mismos límites y horizontes están determinados por la referida opción política jurídica.

En esto en nada se diferencia de cualquiera de las otras disciplinas del derecho, hijas también de preferencias morales y de opciones políticas, producto de la actividad teórica del sujeto y fundadas sobre el basamento de iguales consensos morales intersubjetivos.⁶

De la misma forma que el derecho penal moderno encuentra su génesis en la opción político-jurídica de limitar y racionalizar el despliegue del poder punitivo que de facto ostenta la comunidad por sobre el individuo, o el derecho civil en el estatuto de privilegio concedido al mercado como instancia reguladora de lo que se produce, cuánto se produce y cómo ello se distribuye, o el derecho de familia en la preferencia por el matrimonio monógamo, como instancia productora de identidades, de solidaridades y articuladora de vínculos y sentidos de pertenencia, el derecho de infancia deviene de la opción político-jurídica de que las personas menores de edad deben ser tratadas como fines en sí mismos.

Esas opciones definidas en el orden axiológico-político condicionan los modos de ver, perfilan las construcciones de sentido y establecen la naturaleza, “*los pesos*” relativos de los nudos cognitivos a ser desatados, en definitiva determinan la mirada, operando no solo sobre lo que se ve sino también sobre el sujeto que mira. Estas opciones son por ello productoras de distintas y peculiares *subjetividades cognoscentes*. Así se define y se

⁶ RAWLS, John. *Sobre las libertades*. Introducción de Victoria Camps. Paidós/ I.C.E.- U.A.B, Barcelona, 1996.

articula jerárquicamente el elenco de las *preocupaciones* a cuyo servicio se ponen la teoría y el método.

Mediante su propia praxis teórica el sujeto cognoscente *se produce a sí mismo*, proceso de autoelaboración cuyo resultado condiciona toda labor heurística como *ser transido de nada*⁷, el sujeto se constituye y en ese mismo acto define el elenco de problemas y los ordena jerárquicamente.

El problema es, como ya se dijo, al igual que la realidad, producto del hacer del sujeto, es por tanto, en su dimensión ontológica pasible de ser calificado como un artefacto.

La construcción de este artefacto es el momento siguiente y necesariamente posterior a la comprensión de un asunto, es la concienciación de un objeto, de una sensación, la que constituye *algo* en un problema. La existencia de este justifica y torna necesaria a la vez la edificación de un conjunto de categorías teóricas y de un utillaje metodológico peculiar para su comprensión y más ambiciosamente para su resolución.

Es el reconocimiento de la infancia y de la adolescencia como modos en los que se expresa aquella sustancia que tiene por cualidad esencial la conciencia de sí y la constatación de las peculiaridades fácticas en que la misma se expresa al asumir aquellos modos, la génesis del derecho de infancia como problema, como inquietud subjetiva, como dilema.

El núcleo a la vez factico y conceptual que organiza y estructura al derecho de infancia como problema no es otro que cuánta libertad habrá de reconocérsele a una persona menor de edad y en qué momento eso ha de hacerse.

Del efectivo ejercicio de la libertad, del autodomio, de la autodeterminación, depende la propia condición humana como particular forma de estar en el mundo. Pero el niño está desarrollando las capacidades necesarias para ejercer ese autodomio, en esto radica *el drama* del derecho de infancia. Dilema que en el orden del derecho positivo se ha expresado mediante la consagración en la Convención sobre los Derechos del Niño del principio denominado de la autonomía progresiva de las personas menores de edad.

El reconocimiento de la infancia y de la adolescencia como modo de lo humano debe ser entendido y solo puede ser comprendido como un aspecto esencial de la modernidad como proyecto emancipatorio cuyo programa colocó al individuo como el núcleo

⁷ SARTRE, Jean Paul. *El ser y la nada*. Alianza editorial. Madrid, España. 1989.

organizador del debate axiológico, de la reflexión político-jurídica y del fundamento mismo del orden social.

De la comprensión de la infancia y de la adolescencia como formas particulares de la sustancia humana deviene el imperativo que las personas menores de edad han de ser tratadas como un fin en sí mismo y que por tanto ha de reconocérseles autonomía para la *autoproducción de su propia identidad subjetiva*. Ello importa, como se ahondará más adelante en esta obra, una remodelación profunda de las relaciones del niño con su familia, la comunidad y el Estado y es el signo del pasaje de una identidad heredada a una identidad autoinstituida.

La concretización de tamaña pretensión emancipatoria importaría un avance de alcances inimaginables en la marcha hacia el horizonte de la democratización efectiva de la convivencia social, devenida del pasaje de subjetividades instituidas a subjetividades autónomamente producidas; de una humanidad negada en su esencia a una humanidad realizada en su esencia. Daría paso a la emergencia de una nueva *socialidad*. Implicaría el tránsito efectivo del orden jerárquico al orden democrático. Por ello es fácilmente *comprensible* la virulencia con la que se expresan las resistencias.

El derecho de infancia y su principio organizador

La noción que organiza y articula tanto en los órdenes teóricos como epistémicos al derecho de infancia es el denominado *principio de la autonomía progresiva*; como tal condensa el núcleo esencial del problema que le confiere al derecho de infancia su estatus disciplinario.

Principio que es la expresión normativa del reconocimiento de la infancia y de la adolescencia como modos peculiares que asume la sustancia humana en su devenir a lo largo del tiempo y que incorpora en sí mismo la especial facticidad de esos modos.

La autonomía deviene del precepto de que los niños y los adolescentes han de ser tratados como fines en sí mismos y la progresividad de la necesidad de atender las peculiaridades de estos modos de lo humano, por ello este principio condensa la esencia misma del dilema primordial de la escena principal de eso que conviene llamar derecho de infancia.

A este principio se articulan de forma subordinada otros, como el del interés superior o el de la especificidad penal que, tanto en los órdenes políticos como epistémicos, sirven a la

concretización del axioma fundante del derecho de infancia, aquel que dispone que los niños han de ser tratados como fines en sí mismos sin desconocer las peculiaridades de los modos de infancia y adolescencia.

En términos ontológicos *el principio del interés superior* es una exigencia de justificación que pesa sobre aquellos sujetos normativamente habilitados para sustituir la voluntad del niño, subrogación cuya legitimidad está condicionada a si dicha sustitución importa o no una vulneración al principio de que los niños y adolescentes deben ser tratados como un fin en sí mismo.

El principio del interés superior solo podrá ser invocado cuando antes se haya acreditado que, como consecuencia de las peculiaridades de los modos de infancia y adolescencia, una persona menor de edad no se encuentra en condiciones de tomar en su sentido ontológico *una decisión por sí misma* respecto de cualquier asunto que interese primordialmente a su esfera personal.

Por su carácter subordinado al principio de la autonomía progresiva, tanto en el plano lógico como en el axiológico, dicha exigencia de justificación debe ser entendida como un mandamiento dirigido a quienes vayan a sustituir la voluntad del niño o del adolescente, para que prefieran aquellas decisiones que condicionen en la menor medida posible el destino personal del niño o del adolescente, posibilitando que estos, en un futuro, puedan *constituirse* en los artífices genuinos de su peripecia vital, en tanto de ello depende el efectivo ejercicio de la condición de persona. A esto remite el axioma de que todo individuo ha de ser tratado como un fin en sí mismo.