

*Observatorio de legislación  
y jurisprudencia*



# El menor en la mira del legislador

Comentarios generales al Proyecto de Ley Estatutaria (n.º 32 de 2004, y pliego de modificaciones), por medio del cual se expide la Ley de Infancia y Adolescencia

Se tramita en el Congreso un proyecto de ley estatutaria que pretende derogar el decreto 2737 de 1989, por medio del cual se expidió, en uso de facultades extraordinarias, el Código del Menor. Aquí, unos breves comentarios de tipo general.

1. Sea lo primero decir que parece haberse vuelto habitual el carácter transitorio de las leyes, contrario a su tradicional vocación de permanencia, hoy las leyes son efímeras y son desechadas poco tiempo después de su entrada en vigor, sin que hayan desplegado completamente su alcance por obra de un trabajo sereno de la jurisprudencia, y sin que sea posible determinar a ciencia cierta cuál ha sido su real envergadura e importancia; todo con desmedro, claro está, de la certeza que debe ofrecer el ordenamiento jurídico y de la confianza en el actuar del legislador. Pero sorprende aún más el fenómeno cuando ese breve término de duración se predica de un código, como en el caso presente; pues, más allá de las bondades y defectos que puedan presentar el Código del Menor vigente y el que aspira a reemplazarlo, un código en general, como una de las formas más acabadas que puede asumir la ley, representa sin duda una ordenación coherente y sistemática de toda una materia que se supone ha tenido un proceso de formación cuidadoso y meditado; es decir, se presume de un código ser producto maduro de la ciencia jurídica de un país, y el hecho de cambiarlo o derogarlo de un plumazo, después de haber estado en vigor por un período breve, es, cuando menos, un síntoma de la precipitud con la que se legisla en materias tan importantes.

2. Se alega que la urgencia de una nueva reglamentación se encuentra en la necesidad de actualizar las normas sobre el menor a los mandatos de la Constitución de 1991; además, se dice que lo que se pretende no es sólo un código que proteja al menor en situación irregular, como aparentemente lo hace el Decreto 2737 de 1989, sino que se dé paso a un verdadero *estatuto* de la niñez, que regule de manera completa, se podría decir exhaustiva, todos los aspectos de tal condición.

Sobre la necesidad de ajustar las normas de protección del menor a la nueva Constitución se puede decir que tal necesidad es relativa: de una parte, siempre existe la posibilidad de que el juez, por medio de una interpretación evolutiva, actualice las normas del código con el que trabaja a los mandatos constitucionales que hayan podido aparecer con posterioridad; un cambio abrupto e inopinado de legislación por una supuesta necesidad de ajuste de ciertas normas a los mandatos superiores no deja de ser un acto de extrema desconfianza en el juez y en su labor. Por otra parte, el juez siempre se podrá valer de los instrumentos que ofrece el ordenamiento, como por ejemplo, entre otros, la acción de inconstitucionalidad, para dar paso a ese pretendido ajuste. Además, en el caso colombiano, la acción de tutela se revela como un instrumento idóneo y eficaz para un cometido similar.

De otro lado, la definición y alcance de los derechos fundamentales, y de igual forma los temas relacionados con la familia, se han revelado como temas eminentemente jurisprudenciales, toda vez que, debido a la relevancia de los intereses que enfrentan o se ponen en juego, se acomodan mejor a la dinámica de la jurisprudencia que, en la resolución del caso concreto, puede ir afinando el verdadero sentido del ordenamiento y del querer social, lo que no sucede con las definiciones exhaustivas y finales de cualquier texto legislativo; así pues, en estas materias, unas normas fuertes como las constitucionales, complementadas con unas reglas básicas de tipo legal, se pueden acomodar mejor a la realidad que una ley, por muy completa que ella sea.

3. Sobre la necesidad de un estatuto especial para el menor, quizá no quepa hoy ninguna duda de su conveniencia, vistas las particularidades que frente al régimen común se pueden presentar (piénsese en los ejemplos paradigmáticos del derecho del trabajo o del derecho penal); cosa diferente es, sin embargo, pretender que en las modernas sociedades pluralistas el menor represente o constituya un grupo diferente de la sociedad misma; ser menor no es pertenecer a un gremio o a un grupo de presión o a una minoría, y tratarlo así sería marginarlo, desconocerle que es de la esencia misma de la sociedad. No se ponen en duda las buenas intenciones de los redactores del proyecto, pero el sabor que queda de su lectura es este, el de una ley revanchista, llena de supuestas conquistas y de reivindicaciones definitivas, que pareciera querer poner a la infancia a la defensiva respecto de la misma sociedad que esa infancia forma y constituye de manera principal.

Las aterradoras cifras que a diario se muestran, según las cuales en el campo de la protección de la infancia está casi todo por hacerse y el menor sigue desprotegido, abandonado, maltratado, carente de educación, de vivienda, sumido en la pobreza, imponen, a todos, el compromiso de actuar. La política legislativa, al lado de las políticas sociales y económicas, se revela de inmediato como un área de posible actuación, pero una legislación importante, como lo es la de la infancia, necesita de tiempos y de espacios también importantes.

4. La preponderancia del derecho sustancial es cosa que no se discute, aún más tratándose de los derechos del menor; sin embargo, el cuidado en la redacción de las leyes no es un aspecto secundario, y con más razón cuando se trata de leyes que aspiran a tener un papel protagónico dentro del ordenamiento. No que la técnica legislativa imponga el uso o el rechazo de ciertas palabras o expresiones o de cierto tipo de construcciones idiomáticas en el proceso de creación de las leyes: afirmar tal cosa sería pecar de un formalismo inútil; pero la redacción confusa o el uso continuo e insistente de ciertas expresiones, como lo hace el proyecto de ley estatutaria que se comenta, dejan la sensación de precipitud o de falta de atención en la redacción de la ley.

Muchas de las normas del proyecto presentan una redacción incorrecta o confusa, y de nada vale decir que su sentido es claro para excusar tal falta; además, el proyecto, quizá redactado a varias manos, parece no haber tenido una unificación final de estilo, lo que le resta, sin duda, seriedad.

a. A veces se trata de falta de sintaxis, por ejemplo:

Artículo 7.º En la aplicación de las normas de la presente ley [...] se tendrá en cuenta el interés superior del niño. También se tendrá en cuenta frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la prevalencia de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Artículo 30. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de su familia.

Artículo 202. La adopción produce los siguientes efectos: 1. Adoptante y adoptivo adquieren los derechos y obligaciones de padre, madre e hijo o hija.

Estas son sólo algunas normas, tomadas casi al azar, pero los ejemplos abundan: entre otros, pueden verse los artículos 17, 40, 50, 121, 173, 182, 187, 202, 208, 209, 210, 252 y 277.

b. Si se mira desde un punto de vista relacionado exclusivamente con el manejo del lenguaje, sin entrar a cuestionar, por no ser este el lugar, la llamada *perspectiva de género*, sorprende que, a pesar de ser esta una verdadera obsesión de los redactores, no se haya prestado la debida atención a la cuestión, cuando se trataba de resolver el obstáculo idiomático.

De esta manera, desde el artículo 1.º se dice que el fin de la ley es la protección de niños, niñas y adolescentes; pero ese afán de ecuanimidad ya en el artículo 6.º encuentra su primer tropiezo cuando se dice que todos los niños, niñas y adolescentes recibirán *igual trato de sus padres y/o madres*; el redactor escribió *de sus padres*,

pero inmediatamente se percató de la situación y añadió *madres*, plasmando una redacción chocante y carente de sentido. En los artículos siguientes aparece, en prevalencia, la sola expresión *padres* para referirse tanto al padre como a la madre (arts. 7.º, 10.º, 12, 14, 27, 30, 39, etc.), aunque *padre* y *madre* siguen apareciendo en otras normas (arts. 26, 47, 70, 82, 194 y 208, entre otras), lo que refleja, se repite, cuando menos, la falta de unificación de criterios de redacción.

Pero no solo, el proyecto habla en general de *adolescentes* sin especificar el género; sin embargo hay ocasiones en las que especifica, como cuando habla, y es cosa obvia, de *las adolescentes* en estado de embarazo (arts. 161, 162 y 163, p. ej.). Mas sin embargo, en algunos casos, principalmente en lo relacionado con el menor trabajador y con el menor que infringe la ley penal, se habla exclusivamente de *los adolescentes*, sin especificar la diferencia de género (arts. 108, 109, 110, 112, 113, 114, 118, 121, 124, 295, 328, 345, 388, 409, 415, 428, 435, etc.): así, el fin pedagógico que pregonaba el código, en esta área, se desvanece.

En fin, en muchas partes se habla del *Director del ICBF* (art. 226, p. ej.) o del *defensor de familia* o de un *abogado* o de un *trabajador social* (art. 226), cuando en otros lugares (art. 265) se habla de *servidores y servidoras públicas*. Por si fuera poco, el proyecto llega al punto de discriminar, él mismo, a los profesionales en relación con el género: así, el inciso 2.º artículo 277 dice: "Las Defensorías de Familia son equipos multidisciplinarios integrados por el Defensor de Familia y al menos, un Psicólogo(a), un Trabajador(a) social, un Nutricionista, un Secretario y un Citador". En este mismo sentido es emblemático el artículo 452 que dice que "Los centros de ejecución de las medidas privativas de la libertad tendrán además del personal administrativo, de seguridad y de servicios generales del caso, un equipo interdisciplinario especializado en asuntos de adolescencia, que incluya como mínimo a un asesor jurídico, un médico, una enfermera, un psicólogo, un trabajador social y un pedagogo".

5. El proyecto acusa desorden y cada materia amerita reparos puntuales, que son tantos, sin duda, como aciertos se pudieran señalar. Sin embargo, se insiste en decir que una ley importante, como la presente, debe ser sopesada cuidadosamente y, sobre todo, debe tener claro que en el afán de ofrecer garantías no se puede faltar a la precisión conceptual indispensable para que la ley tenga un verdadero carácter científico.

Valgan dos ejemplos breves. Dice el proyecto en la exposición de motivos (1.1) que lo que se busca con la ley es *reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos* [lo que] *implica una nueva forma de mirarlos*; lo que se quiere, se insiste, es definirlos como personas (1.4), y este pretendido nuevo reconocimiento del menor como sujeto de derechos o como persona es, para los redactores del proyecto, uno de los ejes de la ley (2.4.1).

Que los niños sean sujetos de derechos, o personas, nadie lo discute, y así es en el derecho colombiano desde el Código Civil de ANDRÉS BELLO (y ya antes) en donde se consagró (art. 90) que por el simple hecho del nacimiento se es persona para todos los efectos que la ley asigna a tal calidad. La persona es definida por la doctrina como todo centro de imputación de derechos y de obligaciones, y como tal, el menor, desde su nacimiento, es considerado como un sujeto capaz de ejercer derechos y de asumir obligaciones. Quizá la única novedad del proyecto de ley es la de utilizar la expresión sujeto de derechos; esta expresión, creada por la pandectística alemana, a pesar de no tener hasta ahora consagración legal, ha sido recogida por la doctrina y la jurisprudencia colombianas (y en general de los países de tradición romano germánica) ya de antiguo, y es usada indistintamente con el concepto de persona, concepto con el que coincide plenamente. Los menores en el derecho colombiano siempre han sido considerados personas o sujetos de derechos, con todas las consecuencias que ello implica; repetirlo quizá sea una forma de enfatizar, pero no es ninguna novedad.

Cosa distinta es la capacidad que, como bien enseña la doctrina, puede ser capacidad de goce, es decir de ser titular de derechos, calidad que es predicable de todos los sujetos, y capacidad de ejercicio, consistente en la posibilidad de realizar por sí mismo actos jurídicamente relevantes, cosa esta que, por supuesto, no se predica del menor, ni es tampoco lo que el proyecto de ley pretende: el menor es incapaz para realizar ciertos actos, y de ahí que deba obrar por intermedio de representante. Sin embargo, no está por demás recordar que, como también lo señala la doctrina, los menores están en posibilidad de desarrollar directamente ciertos actos o actividades con consecuencias jurídicas, y no porque se trate de una excepción a su incapacidad general, sino porque en tales casos la capacidad o incapacidad del sujeto no tiene ninguna relevancia, es indiferente, como en el caso ejemplar del ejercicio de los derechos fundamentales. Así pues, la incapacidad de ejercicio del menor no se toca con la esfera que comporta para ese menor el ejercicio de sus derechos fundamentales.

6. Un segundo ejemplo en el que el proyecto de ley acusa imprecisión conceptual, y que puede, a la postre, crear serias dificultades al intérprete, con menoscabo de la tutela efectiva de los derechos del menor, es el artículo 209. Dice en efecto el artículo: *"Del consentimiento. El consentimiento es la expresión de voluntad libre y orientada de los padres, dada ante el defensor de familia, sea de manera conjunta o de uno de ellos a falta del otro, para dar en adopción a un hijo menor de edad. Para que el consentimiento sea válido se deben cumplir los siguientes requisitos: 1. Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga objeto y causa lícitos"*.

Es cosa sabida, señalada por el Código Civil (art. 1502) y repetida por la doctrina, que para que se pueda predicar la validez de un negocio jurídico se deben cum-

plir los requisitos de la capacidad, el consentimiento libre de vicios, el objeto lícito y la causa lícita; los vicios del consentimiento tradicionalmente se han identificado en el error, la fuerza y el dolo. Pues bien, decir que para que el consentimiento sea válido debe tener objeto lícito y causa lícita, como si estos fueran vicios del consentimiento, es confundir las nociones más elementales de la materia, por lo que sobra cualquier comentario adicional. Falta de precisión conceptual que le resta seriedad al proyecto.

Una ley de infancia necesita reflexión, prudencia, paciencia y moderación, no precipitud.

[ÉDGAR CORTÉS]