

Ifejant (Lima).

Una aproximación hermenéutica a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Bácares Jara, Camilo.

Cita:

Bácares Jara, Camilo (2012). *Una aproximación hermenéutica a la Convención sobre los Derechos del Niño*. Lima: Ifejant.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/camilo.bacares.jara/2>

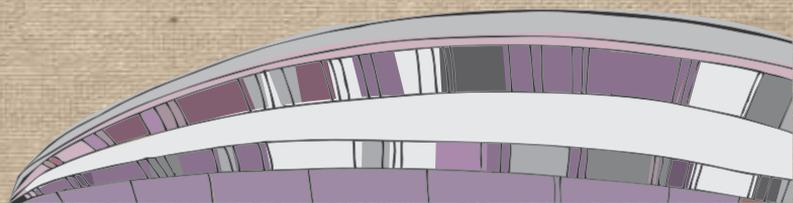
ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pxbf/aqa>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

UNA APROXIMACIÓN
HERMENÉUTICA
A LA CONVENCIÓN
SOBRE LOS
DERECHOS DEL NIÑO



CAMILO BÁCARES JARA

CAMILO BÁCARES JARA

UNA APROXIMACIÓN
HERMENÉUTICA
A LA CONVENCION
SOBRE LOS
DERECHOS DEL NIÑO

2012
IFEJANT

© Esta publicación ha sido editada por:

IFEJANT - Instituto de Formación para Educadores de Jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y el Caribe, «Mons Germán Schmitz»

Av. Tomás Guido N° 257

Lima 14, Perú

Telefax: (511) 266-1227

E-mail: ifejant2@amauta.rcp-net.pe
coordinación@ifejant.org.pe

www.ifejant.org.pe

Autor:

Camilo Bácares Jara

Responsables de la edición:

Equipo IFEJANT

Diseño de Caratula:

Dora Bardales.

Diseño y Diagramación:

Daniel Carpio Ruiz

Impresión

Editora Diskcopy SAC

Jr. San Agustín 497 - Surquillo

Teléfono: 445-5902 / 446-3035

E-mail: ventas@editoradiskcopy.com

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2012-14630

ISBN: 978-612-46335-0-8

Tiraje: 1,000 Ejemplares

Primera Edición

Lima - Perú

Noviembre 2012

“Se presume, por tanto, que los estados del alma son pertenencia exclusiva de la madurez, de la gente crecida, de las personas que ya son competentes para manejar, con más o menos propiedad [...] Cosas de adulto, que creen saberlo todo. A este adolescente, por ejemplo, nadie le preguntó cómo se sentía de humor y qué interesantes vibraciones le estaba registrando el sismógrafo del alma cuando, todavía noche, en una madrugada inolvidable, al salir de la caballeriza donde entre caballos había dormido, fue tocado en la frente, en la cara, en todo el cuerpo, y en algo más allá del cuerpo, por la albuca de las más resplandeciente de las lunas que alguna vez ojos humanos hayan visto”.

José Saramago-Las Pequeñas Memorias.

“En lugar de insultarlo, ¿por qué no intentas preguntarle qué es lo que nos quiere contar? Tú nunca lo escuchas de verdad [...] En lugar de hacerlo callar, podrías tratar de comprender lo que quiere decir. Está intentando expresarse”.

Amos Oz-Una pantera en el sótano

“Paco estaba con miedo, porque era la primera vez que venía a un colegio; nunca había visto a tantos niños juntos [...] Al entrar al salón se puso pálido. Todo quedó repentinamente en silencio y ese silencio le dio miedo a Paco [...] Paco Yunque no respondía nada. Este otro Paco le molestaba. Como éste eran seguramente todos los demás niños: habladores, contentos y no les daba miedo el colegio. ¿Por qué eran así? Y él, Paco Yunque, ¿por qué tenía tanto miedo? [...] Paco Yunque tenía ahora más miedo a Humberto Grieve que al profesor, que a todos los demás niños y que al colegio entero. ¿Por qué Paco Yunque le tenía miedo a Humberto Grieve? ¿Por qué este Humberto Grieve Solía pegarle a Paco Yunque?”.

César Vallejo-Paco Yunque

“Cuando se es niño no se usan palabras (y las palabras no están usadas). En esa época estaba muy lejos de los adjetivos, de los sustantivos. No podía decir, ni siquiera pensar: admirable, inmenso, potente. Pero era capaz de sentirlos”.

J.M.G Le Clézio-El africano

“¡Duérmete, niño! Ahora le voy a hablar a Justina para que te quiera. Te vas a dormir otro día con ella ¿quieres niño? ¿Acaso? Justina tiene corazón para ti, pero eres muchacho todavía, tiene miedo porque eres niño”.

José María Arguedas-Warma Kuyay

“Así que te quiere a ti, Susana. Dice que jugabas con él cuando eran niños. Que ya te conoce. Que llegaron a bañarse juntos en el río cuando eran niños. Yo no lo supe; de haberlo sabido te habría matado a cintarazos”.

Juan Rulfo- Pedro Páramo

Sin duda, a mi amigo y profesor Alejandro Cussiánovich Villarán; epitome del amor, la indulgencia y la esperanza; hazaña de humanidad en tiempos donde pulula el pisoteo y el ninguneo de los semejantes; consejero y apoyo de los NNA y los adultos; luz de los trasegares más difíciles...tantas cosas maravillosas eres...

A todos los Niños, Niñas y Adolescentes organizados y voceros de sus derechos que inspiraron este texto y a todas las infancias anónimas y silenciadas que viven en las Américas.

A mi papá, fiel y primer lector. Entre mis escaseces, las palabras son lo mejor que tengo para intentar homenajearte.

A la memoria de Guillermo Bácares, impulsor del enamoramiento de "Pedro Páramo".

A ti Anaya, gemela de onomástico: "I'll only say this once. I've never said it before. This kind of certainty comes but just once in a lifetime."

Agradecimientos	15
Prólogo	17
Introducción	23
<i>Cuatro premisas para un análisis hermenéutico de los derechos de los NNA</i>	28
<i>El contenido del texto</i>	35

PRIMERA PARTE CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA, POLÍTICA Y JURÍDICA DE LA CDN

Capítulo 1: Los derechos de los NNA son otra representación social	39
1.1 La infancia es una construcción social	39
1.2 La infancia con derechos también es un hecho socialmente producido	42
Capítulo 2: Los derechos del niño	45
2.1 Los derechos del niño son tanto derechos humanos como derechos específicos	45
2.2 La evolución histórica de los derechos humanos	46
2.3 La internacionalización de los derechos humanos: La aparición de la Declaración Universal de 1948	52
Capítulo 3: Las Declaraciones de los Derechos del Niño de 1924 y 1959: sus asideros intelectuales y los actores involucrados	56
3.1 El proteccionismo: el combustible de las iniciales experiencias nacionales e internacionales de protección jurídica de los niños	56
3.1.1 El primer documento internacional de derechos específicos para los NNA: la Declaración de 1924	58
3.1.2 El segundo episodio internacional de derechos específicos de los NNA: la Declaración de 1959	59
3.2 Algunas experiencias privadas de derechos antagónicas al proteccionismo y previas a la CDN	60
Capítulo 4: Las motivaciones y los actores creadores de la Convención de los Derechos del Niño	63

4.1 La tercera expresión internacional de derechos específicos de los NNA: una mirada a los hechos históricos que parieron a la CDN.	63
4.2 La verdad oculta del Año Internacional del Niño	66
4.3 Los primeros pasos hacia la construcción de la CDN: el escenario de una batalla ideológica que utilizó al niño como comodín	67
4.4 Los actores y creadores de la CDN: los Estados Unidos, la URSS y las ONG's	69

SEGUNDA PARTE
EL SURGIMIENTO DEL PARADIGMA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL Y UN
ESBOZO DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA DE LA CDN

Capítulo 1: Lo que era la situación irregular y lo que propone la protección integral	77
1.1 Con la ratificación de la CDN se ordena la transformación del Estado.	77
1.2 Los orígenes y significados de la Situación Irregular.	79
1.3 Las motivaciones que legitimaron la Situación Irregular	81
1.3.1 Necesidad de control social	81
1.3.2 Etnocentrismo y la biología del pobre	83
1.4 Las fórmulas legales e ideas sociales que permiten la aplicación de la Situación Irregular.	84
1.4.1 Los momentos definidos como irregulares para un NNA	85
1.4.2 Por qué el NNA en la Situación Irregular era un objeto de protección	87
1.5 La evolución histórica de la Situación Irregular en Europa y Suramérica	88
1.6 La aparición de la Protección Integral	89
1.6.1 Algunos elementos significativos de la protección integral.	90
1.6.1.1 Concepto de protección.	90
1.6.1.2 Consenso de derechos para el NNA	91
1.6.1.3 Desvanecimiento de la propiedad privada	91
1.6.1.4 Reconocimiento público y político del NNA.	91
1.7 La hoja de ruta de la Protección Integral para reformular al Estado en servicio de la Infancia	92
Capítulo 2: Los componentes principales de la CDN	97
2.1 El mandato del preámbulo	97
2.2 Los principios de la CDN: ¿Qué son?	101
2.2.1 Principio de la No Discriminación	103
2.2.1.1 Análisis textual del principio de la No Discriminación	104

2.2.2 Principio del Interés Superior del Niño (ISN)	106
2.2.2.1 La no muy convincente interpretación de la prevalencia.	106
2.2.2.2 La interpretación del Bienestar	108
2.2.2.3 Los orígenes del ISN.	110
2.2.2.4 Qué entendemos por el ISN	112
2.2.2.5 Una lectura adicional desde la textualidad del ISN	115
2.2.2.6 La aparición y función del ISN en algunos derechos puntuales de la CDN	117
2.2.3 Principio de Supervivencia y Desarrollo	123
2.2.3.1 Proceso histórico y político de la Supervivencia y Desarrollo	124
2.2.3.1.1 La Cumbre Mundial en Favor de la Infancia de 1990	125
2.2.3.1.2 La Sesión Especial en Favor de la Infancia de las Naciones Unidas de 2002.	125
2.2.3.1.3 La Sesión Especial en Favor de la Infancia de las Naciones Unidas de 2007.	127
2.2.3.2 Fundamentos y razones de la priorización política de la Supervivencia y Desarrollo	128
2.2.4 Principio de Participación	136
2.2.4.1 Desarrollo histórico y político de la Participación: ¿acción espontánea de los Estados y la gobernabilidad global?	139
2.2.4.2 Un análisis del artículo 12: en busca de una definición de la participación.	146
Capítulo 3: Los derechos en la CDN: provisión, protección y participación . . .	169
3.1 Los componentes de un derecho infanto-adolescente	169
3.1.1 Conflicto-consenso-positivización	169
3.1.2 Deber-responsabilidad	170
3.1.3 Exigibilidad.	171
3.2 Un artículo no es lo mismo que un derecho: ¿Cómo leer los derechos de la CDN hermenéuticamente?	175
3.2.1 Algunas pistas para la realización de una hermenéutica para la aplicabilidad y exigibilidad de la CDN	177
3.2.1.1 Principios de la CDN.	177
3.2.1.2 Los contenidos del Preámbulo	177
3.2.1.3 Documentos especializados universales y regionales anteriores y ulteriores de la CDN	177
3.2.1.4 Recomendaciones y Observaciones del Comité de los Derechos del Niño	179
3.2.1.5 “El trabajo preparatorio de la Convención”	179
3.3 Una lectura del artículo 1: ¿De cuándo a cuándo se goza de derechos? . .	181
3.4 ¿Cuáles son los derechos consignados en la CDN?	183
3.4.1 Derechos de Provisión	185
3.4.1.1 Derecho a un nombre y una nacionalidad	185
3.4.1.2 Derecho a la identidad	186
3.4.1.3 Derecho a no ser separado de los padres.	186
3.4.1.4 Derecho a reunirse con la familia	187

3.4.1.5	Derecho a la crianza y la educación por los padres	188
3.4.1.6	Derecho a atención y cuidados especiales de los NNA con habilidades diferentes	189
3.4.1.7	Derecho a la salud y los servicios sanitarios	191
3.4.1.8	Derecho a la salud en condiciones de internamiento	194
3.4.1.9	Derecho a la seguridad social	195
3.4.1.10	Derecho a un nivel adecuado de vida	196
3.4.1.11	Derecho a la educación	199
3.4.1.12	Objetivos de la educación	202
3.4.2	Derechos de protección.	203
3.4.2.1	Derecho a que se apliquen los derechos.	203
3.4.2.2	Derecho a ser orientado por los padres y madres y a ejercer los derechos.	205
3.4.2.3	Derecho a ser protegido de traslados y retenciones ilícitas al extranjero	207
3.4.2.4	Derecho a ser protegido contra toda forma de violencia y malos tratos	208
3.4.2.5	Derecho a ser protegido por el Estado por privación o ausencia de familia	208
3.4.2.6	Derecho a la adopción	210
3.4.2.7	Derecho a ser refugiado.	211
3.4.2.8	Derecho a pertenecer a una minoría étnica, religiosa, lingüística e indígena	213
3.4.2.9	Derecho a ser protegido contra la explotación económica y laboral	213
3.4.2.10	Derecho a ser protegido contra el uso, producción y tráfico de drogas ilícitas	216
3.4.2.11	Derecho a ser protegido de toda forma de explotación y abuso sexual.	216
3.4.2.12	Derecho a ser protegido de la venta, trata y secuestro	218
3.4.2.13	Derecho a ser protegido contra otras formas de explotación	218
3.4.2.14	Derecho a no ser sometido a torturas, tratos degradantes o inhumanos, a la pena capital, a la prisión perpetua y a la detención arbitraria o ilegal	219
3.4.2.15	Derecho a no ser reclutado por el ejército y a recibir protección cuando se ha sido víctima de conflictos armados	221
3.4.2.16	Derecho a la recuperación física-psicológica y a la reintegración social cuando se ha sido víctima de abuso y explotación	223
3.4.2.17	Derecho a recibir garantías especiales en la justicia especializada para menores de edad.	224
3.4.3	Derechos de participación.	226
3.4.3.1	Derecho a la libertad de expresión y a buscar y difundir ideas.	227
3.4.3.2	Derecho a la libertad de conciencia, religión y pensamiento	230
3.4.3.3	Derecho a la libertad de asociación.	231
3.4.3.4	Derecho a la protección de la intimidad.	232
3.4.3.5	Derecho a acceder y recibir información que promueva su bienestar	233

3.4.3.6	Derecho a la recreación y a participar de la vida cultural	234
3.4.3.7	Derecho a conocer ampliamente la CDN.	235
3.5	Consecuencias y rupturas provocadas por la CDN para los NNA	236
3.5.1	La CDN tiene un valor pedagógico en la busca de justicia por los NNA	236
3.5.2	La CDN afirma al niño como persona	237
3.5.3	Los derechos podrán ser eurocéntricos: ¿pero son una acción colonial?	237
3.5.4	Las restricciones textuales de los derechos entre NNA y adultos son similares.	238
3.5.5	Hay artículos que están limpios de controles y por ende se salvan de discrecionalidades.	238
3.5.6	Los derechos de la CDN son mejorables por medio de una interpretación hermenéutica	239
3.5.7	Los derechos de la CDN son mejorables por medio de una nueva especificación	239
3.5.8	Los derechos de la CDN son la base mínima para apurar la dignidad del NNA	240
3.5.9	Los derechos de participación son los más escasos, pero tienen la misma jerarquía que los demás	241
3.5.10	Con los derechos ya estipulados: lo que debería seguir son las políticas públicas	242
3.5.11	La CDN, así como define las responsabilidades del Estado con la infancia, también lo hace con la institución familiar.	245
3.5.12	La CDN postula al NNA como ciudadano.	246

TERCERA PARTE
RESISTENCIAS Y POSIBILIDADES
HERMENÉUTICAS DE APLICACIÓN DE LA CDN

Capítulo 1:	El seguimiento de la responsabilidad del Estado con la CDN a cargo de quién está: ¿será del Comité de los Derechos del Niño (UNCRC)?	253
1.1	Tres miradas al UNCRC: la pesimista, la condescendiente y la hermenéutica	253
1.2	Los orígenes de los Comités de Vigilancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	256
1.3	Las características, tareas y miembros del UNCRC.	260
1.3.1	El mecanismo evaluativo del UNCRC: el sistema de informes	263
1.3.1.1	Los informes iniciales de los Estados Suramericanos	263
1.3.1.2	Los informes periódicos de los Estados Suramericanos	265
1.3.1.3	El sistema de informes está en crisis: incumplimiento numérico y cualitativo de los Estados.	266
1.3.1.4	Los informes alternativos de las ONG´s al UNCRC	269

1.3.1.5	La bisoña voz de los NNA en el UNCRC: la experiencia del MNNATSOP.	269
1.3.1.6	La evaluación de los informes estatales y alternativos por parte del UNCRC.	272
1.3.2	El UNCRC: un órgano sin capacidad de coacción y sanción a los Estados.	273
1.3.2.1	El UNCRC no puede obligar a los Estados a que faciliten un sistema de información a tiempo y verídico	274
1.3.2.2	El UNCRC no puede obligar a los Estados a estar de cuerpo presente en las sesiones públicas de examen de los informes	274
1.3.2.3	El UNCRC no puede obligar a los Estados a activar derechos de provisión para salvar vidas y sacar a los NNA de la pobreza	275
1.3.2.4	El UNCRC no puede obligar a los Estados a derogar leyes anti CDN	276
1.4	La posición hermenéutica: ¿una posibilidad de corregir las falencias de control del UNCRC?	277
1.4.1	Elementos desapercibidos y desaprovechados alrededor del UNCRC útiles para la exigibilidad y el control político de los derechos de los NNA.	278
1.4.1.1	Los informes de los Estados generan datos oficiales útiles para la exigibilidad política	278
1.4.1.2	Los informes nos dan un diagnóstico base para postular un escenario futuro de la infancia a nivel nacional y regional	280
1.4.1.3	Las recomendaciones del UNCRC dan una guía para hacer ante la falta de imaginación política	281
1.4.1.4	Las Observaciones Generales del UNCRC complementan la hermenéutica de la CDN y pueden aportar a una reestructuración del Estado en pro del bienestar de la infancia	282
1.4.1.5	El UNCRC puede emitir Declaraciones y aunar esfuerzos para comprometer a los Estados en los Seminarios Subregionales sobre la implementación de las observaciones finales del UNCRC	285
1.4.1.6	El UNCRC tiene la posibilidad de exigir al Secretario General de Naciones Unidas estudios relativos a la infancia y sus derechos.	287
1.4.2	¿Pueden existir formas verídicas de control y sanción a las violaciones de la CDN?	288
1.4.2.1	El fenómeno de la justiciabilidad: un intento por controlar constitucionalmente las violaciones a la CDN ¿Cómo? Y ¿Por qué?	292
1.4.2.2	Dos escenarios históricos para la justiciabilidad en contra de leyes nacionales violatorias de la CDN.	294
1.4.2.3	La justiciabilidad en la promoción de los derechos de provisión de los NNA.	297
1.4.2.4	Algunas reflexiones finales del uso de la hermenéutica en la exigibilidad política y jurídica	298

Capítulo 2: Las resistencias y los obstáculos que enfrenta la CDN. 300

2.1 La CDN: un paradigma sin grandes logros que aún no entra en crisis. 300

2.2 Las resistencias a la aplicabilidad y desenvolvimiento de la CDN 303

 2.2.1 Resistencias políticas. 303

 2.2.1.1 Abulia política de los gobiernos de turno. 303

 2.2.1.2 Debilitación del Estado de Derecho por política internacional del Banco Mundial 307

 2.2.2 Resistencias económicas 311

 2.2.2.1 Débil inversión presupuestaria para garantizar los derechos de los NNA. 311

 2.2.2.2 La deuda externa 314

 2.2.3 Resistencias culturales 316

 2.2.3.1 Cultura de la prescindibilidad. 316

 2.2.3.2 Cultura de la privatización 318

 2.2.3.3 Cultura de la propiedad 320

 2.2.3.4 Cultura de la potencialidad. 321

 2.2.3.5 Cultura de la peligrosidad 323

 2.2.4 Resistencias epistemológicas 325

 2.2.4.1 Crisis de conocimiento de la CDN 326

 2.2.4.2 Crisis de la interpretación de la CDN 328

 2.2.5 Ideas finales respecto de la aplicabilidad de la CDN 331

A modo de conclusiones 332

Bibliografía 339

ÍNDICE DE CUADROS

CUADRO 1. Proceso de ratificaciones de la CDN en Suramérica.	78
CUADRO 2. Aparición histórica de la legislación minorista en Europa.	88
CUADRO 3. Aparición histórica de la legislación minorista en Suramérica . . .	88
CUADRO 4. Cronología de las reformas legislativas en Suramérica.	93
CUADRO 5. Cronología de las Declaraciones y Convenciones de derechos específicos en Naciones Unidas	257
CUADRO 6. Lista actual de miembros del UNCRC	261
CUADRO 7. Cronología de presentación de informes iniciales de los Estados Suramericanos al UNCRC	265
CUADRO 8. Cronología de presentación de informes periódicos de los Estados Suramericanos al UNCRC	265
CUADRO 9. Observaciones generales realizadas por el UNCRC a la fecha .	283
CUADRO 10. Seminarios subregionales implementados por el UNCRC	285
CUADRO 11. Evolución de la TMM5 en Suramérica	301
CUADRO 12. Estimación de recursos económicos necesarios para el cumplimiento de las metas principales acordadas en la Cumbre Mundial en Favor de la Infancia de 1990	304
CUADRO 13. Gasto social como porcentaje del PIB en Suramérica	312
CUADRO 14. Evolución de la Deuda Externa en Suramérica de 1970 al 2001	315
CUADRO 15. Percepción en los hogares de España de la edad ideal para que las opiniones de los NNA empiecen a ser tomadas en cuenta.	317

Agradecimientos

Cualquiera que rebase la escritura de 300 páginas podría sugerirse a sí mismo que son resultado de su empeño individual y lucidez personal. Algo que si bien tiene rastros de verdad, en su gran mayoría representa una mentira garrafal. La narrativa, tanto literaria como científica, se produce en contextos sociales y a costa del rompimiento o reforzamiento de los lazos con la gente. Por lo tanto, las letras, aunque con recurrencia se olvida, son de pertenencia pública y tienen una génesis de la misma índole.

En mi caso personal, esa premisa sí que se cumple. Todas estas páginas fueron escritas rodeado de un cierto número de personas, o por el contrario aliado con la soledad, sin dejar de ocupar una silla y un escritorio en un mismo lugar: la íntima biblioteca del Ifejant. De este modo, quisiera agradecer a los compañeros de esa institución por sus gentilezas y afabilidad: a Elvira, Pilar, Carmen, Nadia, Esther, Lizeth, Yakelin, Emilia, Dora, Geraldine, Julio, Jaime e Ismael, pero muy particularmente a los docentes de los Cursos a Distancia: Neiser, Enrique, Alejandro y Tabita, que vieron cómo, poco a poco, esta empresa que partió de la nada fue tomando cuerpo con el transcurrir de los meses. Es justo decir, sin temor a equivocarme que muchas de las palabras e ideas contenidas en este texto son de coautoría de una de sus docentes. Tabita Lozano por medio de sus experiencias, recuerdos, lecturas e intereses aportó condimentos fundamentales y cruciales a cada capítulo que fui escribiendo.

Como es lógico, el documento no estuvo listo en un dos por tres. Se benefició de algo muy poco usual. En vez de encerrarse y prohibirse a lecturas externas, fue sometido en muchos espacios y lugares a verificaciones, discusiones, debates y reflexiones. Algo que es clave, pues a veces, a pesar de las planeaciones, termina por cumplirse el pronóstico del estadounidense E. L. Doctorow: *“Uno escribe para descubrir sobre qué escribe”*. Es por esto, que me parece correcto dar las gracias al coordinador y a los estudiantes de la Maestría en Política Social con Mención en Infancia de la Universidad Nacional del Centro del Perú del año 2011, me refiero a Ricardo, Ruth, Eddy, Eva, Nilda y Daniel, que estudiaron junto a mí las sombras y aciertos que pudiera tener el presente documento. De igual modo, a los estudiantes del Aula Virtual, en especial, a la jueza Sonia Meneses por leer de a poco y con fatiga mis primeras impresiones sobre la CDN, que sin saberlo ella, y sin saberlo yo, terminarían convertidas en una larga disertación referida a los derechos de los NNA.

Asimismo, quisiera agradecer a los niños, niñas, adolescentes y jóvenes organizados que día a día ejercen su derecho a la participación y a la asociación, en especial a los exdelegados de la RedNNA, Percy Pisco, Sadith Sarmiento, Santos Alejos y del MNNATSOP, Abel Daza, a quienes conocí en mi permanencia en el Perú, pues son la prueba fehaciente de la respiración de la dignidad, a pesar del olvido del Estado y de la moratoria política en la que se empecina hundirlos la sociedad adulta.

Finalmente, no me queda más que agradecer a mi mamá por sus llamadas telefónicas y motivaciones para terminar lo que empecé. A Mika por escuchar lo que había escrito y lo que me faltaba por escribir en ese tenebroso viaje a Armero. A Diego y Julián, que con franqueza y sinceridad cada vez que nos vimos me preguntaron si lo iba a lograr. Y sí, lo logré.

Tenemos entre manos un libro que recoge desde una perspectiva crítica -en el sentido etimológico del verbo griego *krino*- no sólo la literalidad sino el episteme que sustenta a la Convención, es decir, de forma valorativa de los aportes y simultáneamente anunciante de las limitaciones que el tiempo impone a las reflexiones y discursos jurídicos y sociales cuando la historia nos demuestra que las transformaciones de la vida de las sociedades invitan a nuevas síntesis y nuevos discursos.

El origen de estas páginas hay que encontrarlo en el paciente trabajo del autor durante las largas jornadas de reflexión sobre la Convención y elaboración del curso virtual sobre dicha temática que desarrolla el IFEJANT del que es, así mismo, docente y tutor de los participantes. Representa así un análisis a todas luces serio, documentado y que inscribe su trabajo en lo que podría considerarse un balance de la Convención desde la teoría crítica, compleja y creativa.

Como lo enuncia el título mismo de este trabajo, se trata de un ejercicio de hermenéutica de la Convención considerada como un hecho cultural, político, ético y social de gran aliento en el horizonte de lo que históricamente fue la consideración de la infancia por parte de sociedades dominantes en manos del mundo adulto.

La hermenéutica como componente de toda lectura

No es casual que el autor haya querido titular su trabajo desde el ángulo hermenéutico. Y es que todo acto de aprendizaje es simultáneamente un ejercicio hermenéutico, vale decir, de interpretación en que se hacen presentes la subjetividad, la pasión, la intuición, la relación con realidades cambiantes. Pero que al mismo tiempo, penetra en el espíritu y la intención de quienes legislaron como un acto jurídico que cobra su razón de legitimidad desde lo extra jurídico, la vida de los humanos y de su relación con su entorno todo. La hermenéutica nos invita a adentrarnos más allá de la literalidad del texto, en la ética que lo nutre y lo nordea. Es aquí que yace la fuerza crítica como un balance permanente de su real contribución histórica al proceso de humanización. La hermenéutica entonces representa una síntesis siempre abierta al comprender y explicar, al traducir y al concretar. En el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, se trata de una ética del amor, pues como la definiera el poeta peruano Arturo Corcuera, la Convención es “un acto de amor” desde los niños para la sociedad toda. Desde su perspectiva, Bácares combina acertadamente su propia lectura con las lecturas de numerosos otros autores para recordarnos, es nuestra percepción de su texto, el proyecto político y ético que subyace, respira y está latente en muchas de las palabras y tesitura de la Convención.

Pertinencia de la temática

Al cumplirse ya 23 años de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño puede reconocerse una amplia literatura producida a nivel mundial y latinoamericano. No obstante, a nivel de Perú, si bien hay ensayos interesantes y de cierto peso, éstos se han movido principalmente en el campo del análisis jurídico y en lo que refiere a una cierta popularización del texto de dicha Convención. No faltan algunos balances

críticos de su efectiva aplicación y cumplimiento. Pero desde una perspectiva de la sociología de la infancia, es relativamente poco o casi nada lo que se ha escrito.

El trabajo de Bácares no constituye en sentido estricto un ensayo de sociología de la infancia, pero su enfoque global está hecho desde un hábil aprovechamiento de lo que la sociología puede ofrecer para repensar la infancia y para lograr un análisis de los enfoques que desde otras disciplinas se vienen haciendo a la Convención.

Puede entonces comprenderse que el abordaje de la infancia desde la Convención debe ser entendido como parte de las relaciones de poder en la sociedad global. En realidad toda mirada y representación de la infancia es un acto de poder y arrastra consecuencias que se mueven entre la dependencia, la dominación, la demarcación de los territorios de acción socialmente permitidos a los niños, y los esfuerzos de éstos por su emancipación y por ser considerados interlocutores legítimos para todo aquello que les concierne como parte de la humanidad.

En consecuencia, la Convención como documento de derechos humanos, creada así sea en el más puro y entusiasta idealismo para que la dignidad no se diluya ni caduque para nadie, tiene como diana la democratización del poder. Empresa de gran envergadura y de posibilidades limitadas sin la vivencia del derecho, a saber, sin la aplicabilidad fáctica de lo estipulado en la Convención. Ello equivale a pensar las leyes y las normas como proyectos de vida, siempre parciales o específicos, pero apuntando al ideal de vida humana. Esta es la fuerza impulsora de la Convención cuya aplicabilidad se funda en la legitimidad de trazar un camino para que sea viable en la vida cotidiana de la sociedad y hacerlo desde las infancias.

Es lo que en ocasión de los primeros años de vida de la Convención -en que se debatía la suerte que podría correr este documento de derechos humanos- nos hiciera escribir: “la aplicabilidad no quiere decir cómo produzco una normativa nacional que ajuste sus términos a lo que está dicho en la Convención. *Aplicabilidad* es, fundamentalmente, qué posibilidades hay que eso sea verdad, y no que el texto pueda ser perfectible. ¿Qué posibilidad hay que eso sea real para los niños?; eso es aplicabilidad, en primer término. En segundo término, es cómo *normatizamos* eso, cómo *positivizamos* eso, para que no haya excusas y escapes fáciles a su cumplimiento...”¹. Y es que el concepto de aplicabilidad refiere y demanda un esfuerzo hermenéutico no sólo del texto, sino del contexto en el que pueda hacerse real el principio de aplicabilidad. Ambas dimensiones no son sino un pretexto necesario para desafiar la complejidad y conflictividad que suelen ir aparejadas cuando de concreción histórica de la normativa se trata. Ciertamente que aplicabilidad está estrechamente relacionada a la exigibilidad de todo derecho para ser tal.

En realidad, el recurso a la Convención, a algunos de sus artículos, vienen conformando una especie de justificación necesaria para mostrar que se está obrando en el marco de lo que mundialmente goza de consenso. Evidentemente el consenso emocional que la Convención ha suscitado y que se expresa en su masiva aprobación en el uso y abuso de ser citada como garantía de ortodoxia, no se condice con su real aplicación. Es por ello que se torna pertinente un análisis crítico textual y de su episteme y hacerlo desde la diversidad cultural. Urgencia de un pensamiento epistémico y transcultural.

1 CUSSIANOVICH, Alejandro. “La Convención en el Contexto de América Latina. Colectivo. Regional de Apoyo al Seguimiento de la Convención de los Derechos del Niño”. Radda Barnen. 1992.

La Convención va más allá de su articulado

Si bien la propuesta del autor refiere a puntos específicos, a los artículos de la Convención, el horizonte en el que se inscribe es más bien el de lograr un análisis más complejo de modo a no terminar haciéndole perder cohesión a un texto –ciertamente escrito a cuatro manos- cuya fuerza emana más que de algunos de sus artículos, de su significación como conjunto. Es desde esta perspectiva que pueden hacerse severas críticas a algunos aspectos de la Convención sin que pierda su fuerza ética, su peso político y su condición de ser parte del corpus de los derechos humanos.

Esta manera de entender el objeto de estudio, permite entonces un acercamiento simultáneamente específico y global a la Convención y a su articulado, y hacerlo desde distintas miradas disciplinares que funden sus contribuciones en los balances más globales.

Ello le permite al autor no sólo hacer un largo recorrido por múltiples autores latinoamericanos como de los países e instituciones internacionales del norte, sino hacerlos dialogar y confrontarse entre ellos. Este trabajo entonces, representa igualmente una puesta al día sobre la literatura actual sobre los derechos del niño y comparte elementos de lectura crítica de los aportes o alcances que dicha bibliografía ofrece².

Afirmar que la Convención constituye una cierta ruptura paradigmática en materia de infancia, convoca a una seria indagación histórico-teórica que refiere no sólo a las infancias, sino al mundo adulto, a la cultura patriarcal, a los sistemas dominantes de democracia, al tipo y rol del Estado, a la división social del poder en la familia, la escuela y la comunidad.

Al respecto, el autor señala con atino cómo los derechos afrontan una sistemática dialéctica con dichos fenómenos, instituciones y valores sociales tanto en los momentos de su germinación como en los avisos tentativos de ejercicio. Y en ese análisis sociohistórico de las trayectorias de los derechos, la mayoría sobresalen por su ausencia en la vida de los niños, a la vez que otros presentan disímiles respaldos institucionales. En otras palabras, no todos los derechos ni todas las infancias gozan de visibilidad pública y existencia política con todo y la redacción de la Convención.

Y es que siguiendo el contenido de la propuesta de Bácares, si se hiciera un simulacro por ubicar el derecho, quizás, peor “rankeado”, con la más sufrida clasificación de pedaleo, a la vista aparecería nuestro caballito de batalla: el derecho a la participación. Realmente, pareciera que en lo referido a la opinión de los niños y a la implementación del artículo 12 de la Convención en nuestros países avanzáramos un paso y retrocediéramos dos; o que personificáramos al mito de Sísifo y su piedra que nunca logra afianzarse en la cima.

Basta por poner como un ejemplo rotundo de la negación de la participación y de la Convención, lo que acontece en el Perú con la formulación legislativa de la propuesta

² Este libro por cuestiones temporales ajenas al autor no alcanzó a integrar y discutir las ideas de dos interesantes libros sobre derechos de los niños publicados después de la finalización del texto prologado. Nos referimos a “*Ciudadanía y Derechos de Participación de los Niños*” de la socióloga española Lourdes Gaitán y del sociólogo alemán Manfred Liebel y a “*Derechos Humanos de los Niños: Una propuesta de Fundamentación*” de la abogada mexicana Mónica Gonzales Contró.

del nuevo Código de los Niños, Niñas y Adolescentes. Parece inconcebible que luego de veinti-tres años de promulgada la Convención, y de veinte años del Código de los Niños, Niñas y Adolescentes se pretenda no sólo retroceder lo avanzado, sino colocar restricciones que la propia Convención, en medio de su reconocida prudencia, no ha colocado. En efecto, el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República en los artículos 12 y 13 referidos a la opinión y la expresión, coloca, cual muletilla la siguiente frase: *“Este derecho será ejercido siempre bajo la supervisión paterna”*. Y se radicaliza en valores adultocentristas en el artículo 16, enunciante del derecho a la reunión y asociación, al señalar: *“Los adolescentes, a partir de los dieciséis años, pueden constituir personas jurídicas de carácter asociativo inscritas y no inscritas sin fines de lucro. Este derecho será ejercido siempre bajo la supervisión y autorización de sus padres”*.

Consideramos que los legisladores han constatado los profundos cambios operados en la familia, el deterioro del poder paterno, el surgimiento de nuevas subjetividades en las generaciones emergentes que evocan aires de autonomía, de descontrol, de prácticas y comportamientos que poco tienen que ver con las de generaciones anteriores; y que por ello quieren recolocar la responsabilidad de los padres en materia de comportamientos y valores de sus menores hijos. Compartimos esta preocupación y esta responsabilidad que les concierne de forma particular aunque no exclusiva. Pero quizá la manera de formular, de elaborar desde el lenguaje y arquitectura jurídica, ha sido realmente desafortunada habida cuenta de lo que la Convención señala y lo que importantes sectores de las nuevas generaciones han venido haciendo suyo, legítimamente, como derechos fundamentales a su dignidad.

Aportaciones significativas

El aporte central del libro es llegar a la conclusión de que uno de los factores de resistencias a la Convención radica en el aún desconocimiento que de ésta se tiene y a todo nivel luego de 23 años de su aprobación y a la pobre epistemología que se ha tejido de ella para aspirar a su aplicabilidad. Lo nuevo es que luego de quince años en que aparecieran los primeros estudios en Perú sobre la vigencia de la Convención entre los maestros y en las escuelas, permanece la misma constatación, es decir, el desconocimiento no sólo del texto de la CDN, y de su propia existencia como hecho político del gobierno peruano en 1992, sino del entendimiento que de aquélla se tiene cuando formalmente se recurre a la Convención. En el fondo ésta podría considerarse una hipótesis sostenida a lo largo del estudio y finalmente probada por el trabajo de Bácares.

Por otra parte, son también provechosas sus proposiciones relativas a la estrategia hermenéutica para sortear en fidelidad al espíritu de la Convención, lo que consideramos muchas veces como obstáculos insalvables: la palabra precisa y literal de los artículos de la Convención. Aquí se pone en discusión las cortapisas limitantes que se utilizan contra los niños y que están redactadas en la Convención, aquellas de la “edad”, la “madurez”, el “juicio propio”. Para tales dilucidaciones, Bácares, sostiene que lo escrito en la Convención no es una meta-letra ni una postulación desconectada del paradigma de los derechos humanos y de las otras Convenciones y Declaraciones que la integran. En esencia, que un artículo para nada es equiparable a un derecho; es simplemente su carta de presentación. Derecho que siempre puede tener un cenit legal mucho mayor que el estipulado en aras de reafirmar y garantizar la dignidad del niño mediante una interpretación holística de todos los pronunciamientos, la

jurisprudencia, la precisiones del Comité de los Derechos del Niño y los derechos a la hora de una decisión institucional o la puesta en marcha de una política pública.

El capítulo relacionado con el Comité de los Derechos del Niño, igualmente es novedoso en el sentido, que es capaz de postular dos mecanismos de control que pudieran sanar las deficiencias del Comité, por un lado la exigibilidad política, y por otro lado, el fenómeno de la justiciabilidad, o la exigencia de derechos por medio de fallos de tribunales. Es evidente que el Comité de Ginebra no es un tribunal y que se circunscribe a dar recomendaciones a los Estados. Una prueba de ello es que recomendó al Estado peruano la abolición de la ley sobre mendicidad sin mayores resultados a la fecha. Pero la cuestión no refiere sólo al Estado o la Defensoría del Pueblo para alertar sobre esta manera esquiva de dejar de lado ciertas recomendaciones. Se trata de la ausencia o limitaciones de las coaliciones por los derechos del niño, de los movimientos sociales por la vigencia de dichos derechos y de las propias organizaciones de los niños, niñas y adolescentes, para exigir y movilizarse localmente, a nivel nacional, crear opinión y recurrir a instancias superiores para exigir razones por las que, en el caso preciso de Perú, no se ha prestado atención a la recomendación del Comité sobre la llamada ley de protección de la mendicidad. Incluso, y esto no es casual, en el novísimo programa Llachay del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, reaparece dentro del genérico concepto de niños en situación de calle, el reforzar el combate contra la mendicidad, vale decir, en la vigencia de dicha ley que el Comité de los Derechos del Niño recomendó derogar.

Sigue reinando casi sin matices lo que señaláramos en 1992: “Estamos en pañales en muchos de nuestros países en cuanto a las posibilidades de difusión, al conocimiento de esta Convención. Todavía no vamos a atribuir inutilidad al texto cuando ni siquiera es conocido. La tarea fundamental es que esto se conozca y se discuta para que se pueda crear opinión pública. Lo fundamental no es convencer a los Estados. Ojalá que el Comité de Naciones Unidas no se dedique sólo a convencer a los Estados, sino, fundamentalmente, a crear bases sociales, tejido social y opinión pública. Ese debe ser el eje para que no vaya a terminar institucionalizándose o duplicando el ejercicio de otros organismos. Creemos que sí hay que fiscalizar a los Estados que la han firmado y ratificado, pero, lo más importante, es evaluar cuánto ha crecido el tejido social y la opinión pública en favor de la aplicación de esta Convención. Creemos que ese el desafío central para este Comité”³.

Actualmente no sólo ha aumentado el número de miembros del Comité, sino que se sigue intentando abrir espacios para tener acceso directo al mismo, para dotarlo de una fuerza ética que encuentre eco en los países a fin que sus recomendaciones puedan tener un efecto más real. No basta lamentar, deplorar que no se asuman dichas recomendaciones por los Estados. La comunidad internacional de firmantes y ratificantes, es la que debiera de alguna manera salir al encuentro de las limitaciones que la propia naturaleza del Comité carga consigo. El Comité no suplanta la responsabilidad de los Estados firmantes y ratificantes. Es de ellos que emana el carácter internacional de la Convención y del propio Comité.

Finalmente, en el contexto actual en el que se debate a nivel amplio sobre el significado del Dictamen de nueva ley o Código de los Niños, Niñas y Adolescentes, estimado en algunos de sus artículos como un franco retroceso en materia de participación,

3 Op.cit. CUSSIANOVICH, Alejandro.

opinión, información y organización; en que además se enfrenta el impuesto combate al trabajo infantil indígena por la OIT; en que se cumple el período hábil para presentar reservas a los convenios como el 182 y 169, en que se busca disminuir la edad de penalidad para infractores adolescentes o jóvenes, el trabajo de Bácares representa una inmejorable oportunidad para dar solidez a la reflexión y a las propias luchas de los movimientos sociales de y a favor de los derechos de las nuevas generaciones.

El mejor reconocimiento a los aportes del autor será la coherencia y la perseverancia de quienes han ligado su acción a la emancipación de las infancias de nuestro continente.

Alejandro Cussiánovich V.
Noviembre 20 del 2012

La aparición de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) en 1989 fue recibida en los más variados sectores como un acontecimiento ético y político de gran trascendencia¹. A lo largo del tiempo ha sido el instrumento sostén de infinidad de debates académicos e institucionales para traducir a los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) en acciones concretas².

Al proponer un rotundo cambio cualitativo en la percepción de la infancia, la CDN dejó entrever una honesta aspiración por recodificar la relación que existía entre el Estado y la sociedad con sus hijos. Esto es, recrear una nueva cultura de infancia y una nueva cultura de adultez que se caracterizaran por el reconocimiento, la semejanza y la horizontalidad³. En cierto campos, éstas culturas han calado; en el aspecto psicosocial “la disciplina que los padres exigen a los hijos paulatinamente se ha ido humanizando, desterrándose poco a poco cualquier forma de maltrato como medio de coacción”⁴; en el aspecto social también se presentan progresos y mejoras ligadas, especialmente, al ámbito de la supervivencia y el desarrollo⁵.

No obstante, la viabilidad de la CDN es mayormente incipiente y no termina de darse del todo. La gran mayoría de los fenómenos contra los que lucha la legislación internacional de los derechos humanos de los NNA no han sido derrumbados en ningún nivel geográfico. Es común, la inanición infantil, el analfabetismo, la explotación sexual y laboral, el reclutamiento de menores de edad en cuanto guerra aparece, o el aplazamiento de la participación de los NNA de la mayoría de decisiones públicas y políticas, etc.

Con cierta hegemonía, las razones aducidas para explicar y remediar el nudo agotado y convaleciente de la CDN se reducen al plano estructural y cultural. Se dice, con absoluta razón, que la vivencia de los derechos para los NNA es difícil a causa del retiro progresivo del Estado protector y las subsecuentes olas privatizadoras que disminuyeron las políticas sociales y el gasto público en América Latina⁶. Asimismo, se arguye que la ineficiencia de la CDN tiene asidero en las representaciones sociales, o en los lentes culturales de los adultos que tanto en el Estado, como en el resto de la sociedad dan vía libre a sus propios intereses en demérito de los relacionados a

1 “la Convención debe ser considerada como un acontecimiento ético que lejos de menoscabar su trascendencia jurídica, imprime a su calidad normativa el sentido profundo del derecho, es decir, hacer que la vida entre los humanos y de éstos con el medio que los acoge sea más humana, marcada por el reconocimiento, el respeto, la garantía de la vigencia de los valores humanizadores”. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia I. Sujeto de derechos y protagonista. Ifejant. Lima. 2008. p. 49.

2 “La Convención ha concitado no sólo el interés sino el compromiso de las naciones para que éstas se miren en el espejo de la cruda realidad de las infancias en el mundo, se interpele desde las graves implicancias del ejercicio de su poder real y virtual”. Ibid. p. 49.

3 “Una nueva cultura de la infancia exige una nueva cultura de la adultez. Una nueva cultura de la infancia es insoslayablemente una cuestión también de poder en la sociedad y ante el Estado”. Ibid. 298.

4 CASAS, Ferrán. Infancia: perspectivas psicosociales. Ediciones Paidós. Barcelona. 1998. p. 211.

5 UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. Edición Especial. Conmemoración de los 20 años de la Convención de sobre los Derechos del Niño. 2009. p.p 16-18.

6 “¿cómo exigir al Estado una protección mayor a favor de la infancia mientras que sus medios de acción para hacerlo son, por voluntad política, reducidos significativamente? Los temores expresados por UNICEF desde 1987 ante el aplazamiento de los planes sociales por los proveedores de fondos y ante el riesgo de una disminución de los gastos públicos estaban justificados. El Estado en América Latina, se retiró. Un gran número de servicios públicos fue privatizado. La educación y la salud son privilegios que ahora comparten el sector público y el privado. En este debate, el Estado es el juez, aunque ya no controle las reglas del juego”. DE DINECHIN, Philippe. Los utópicos derechos del niño. Escaparate Ediciones. Concepción, Chile. 2009. p. 77.

los NNA⁷; a la aplicación del antiguo derecho minorista⁸, y a la toma de decisiones preventivas, moratorias y represivas contra los NNA⁹.

Pese a la gravedad verídica de lo recién narrado, intuimos que un ángulo analítico de los derechos de los NNA ha sido descuidado, o mejor, terminó por ser olvidado. En efecto, creemos que las debilidades y los mínimos logros de la CDN obedecen a una precariedad de conocimiento-entendimiento, formal y sustancial de sus preceptos en todos los estamentos y miembros de la sociedad.

Hay quienes intuyen que debido a la multiplicación y reproducción de documentos complementarios de la CDN, reconocibles en diversos Protocolos Facultativos, Planes de acción y Códigos Nacionales, la comprensión de los derechos de los NNA es casi una aporía¹⁰.

Confiamos en señalar que la red normativa de los derechos de los NNA no es un impedimento absoluto para llegar a buen puerto de luces. El problema sobrepasa lo cuantitativo y la extensión de las cartas jurídicas. La raíz del desconocimiento se encarna en la paupérrima calidad hermenéutica que se aplica a la hora de pensar y leer los derechos de los NNA. Mejor dicho, con todo y los 22 aniversarios de la CDN cabe la posibilidad que los aproximadamente 150.000 trabajadores de la infancia que el Instituto Interamericano del Niño (IIN) calculó existían en Latinoamérica a inicios del siglo XXI, tengan si acaso conocimientos superficiales de los NNA como sujetos de derechos. Es más, es casi seguro que los docentes que reniegan a menudo de los derechos de los NNA, que los aborrecen con saña, sustenten sus desprecios y oprobios en nulos conocimientos: ¿entienden acaso cuál es el objeto de la mala fama que hacen a los derechos de sus alumnos¹¹?

Puede ser que los derechos de los NNA y su matriz de 1989, sean prisioneros de la sobre enunciación. Se invocan como si fueran credo religioso en el discurso político, pedagógico y humanitario día tras día. Se les cita todo lo que se quiera y se saca al aire

7 Ibid. p. 75.

8 "La ley existe y no se aplica. Para los doctrinarios los culpables son los jueces, que conservan las antiguas concepciones de la sociedad, y cuya mentalidad no se ha adaptado al nuevo derecho". Ibid. p. 86.

9 Por ejemplo, "En el Primer Congreso Policial Sudamericano, celebrado en Montevideo en 1979, la policía colombiana explicó que "el aumento cada día creciente de la población de menos de dieciocho años, induce a estimar una mayor población POTENCIALMENTE DELINCUENTE". GALEANO, Eduardo. Patas arriba: la escuela del mundo al revés. Siglo XXI Editores. México. 2004. p. 18.

10 "¿Quién puede hoy en día llegar a una comprensión exhaustiva del derecho de los niños? La creciente complejidad implica a su vez una mayor comprensión y especialización [...] Para los juristas la comprensión del ámbito no siempre resulta fácil y para los principales detentores de estos derechos, los niños, muchas veces puede ser una ardua tarea. Esta complejidad de las normas provoca que nadie domine en realidad ese ámbito". Op.cit. DE DINECHIN, Philippe. p.p 20,21.

11 Una muy reciente investigación de postgrado colombiana, a partir de una muestra de 100 educadores de colegios públicos y privados, develó una gravísima situación: el desconocimiento de los derechos de sus alumnos. En una pequeña encuesta se les preguntó: ¿Conoce los contenidos de la CDN? A lo que respondió un 65% que no, un 23% no sabía, ni respondió, y un 12% afirmó conocerla. Es decir, bien vistas las cosas un 88% desconocía la significancia de la CDN, en contraposición de un 12% que a pesar de contestar que sí, al escudriñarse en sus conocimientos se descubrió que: "De las 12 personas que respondieron que manifiestan conocer los contenidos de la CDN 5 respondieron que habla sobre protección, 3 sobre desarrollo y 4 no respondieron. El porcentaje de los que además de manifestar conocimiento de la convención expresaron algún tipo de contenido se reduce al 7%, solamente 7 personas de las que afirmaron que conocen la CDN pudieron referir alguna parte de sus contenidos". Finalmente, la mencionada investigación concluye que: "El conocimiento de la CDN es limitado, restringido y no amplio en sus disposiciones y principios, y no se está enseñando por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños y niñas. Este desconocimiento impacta directamente en el hetero y auto-reconocimiento de los derechos y de la dignidad de la infancia, especialmente la niñez que se encuentra en situaciones de violencia y exclusión social". p.p 27,72. MARTÍNEZ, Alejandro. La pedagogía de los derechos de los niños y niñas como desafío para la democracia y la pedagogía en Colombia y la Región. Tesis de Maestría en Estudios de Familia. Universidad Externado de Colombia. 2011.

su grafía para denunciar los abusos contra los NNA. Sin embargo, esas repeticiones están lejos de representar un entendimiento, pues por más que una o varias palabras se citen, o se delinee una y otra vez con la boca en un sinfín de ocasiones y espacios no significa que se entiendan¹². Los derechos de los NNA han terminado por ser una categoría diferida, en la que su pronunciación no viene acompañada de un bagaje de saber y de dilucidación¹³.

Ciertamente, que las gentes de la infancia se detengan un segundo a pensar sus sapiencias referidas a los derechos de los NNA es muy complicado; y de paso lograr que sean honestos al encarar los resultados de esa pesquisa es casi una tarea de titanes¹⁴. Pero sería lícito aceptar, o ya vendría siendo hora de reconocer que la producción de los derechos del NNA ha sido abordada con una inteligencia ciega¹⁵. O sea, se han estudiado particularmente y sin buscar relaciones entre disciplinas y fenómenos para mejorar la interpretación de los mismos.

La mayor evidencia de esto la da el pensamiento sobre la CDN acumulado al día de hoy. Casi todo lo producido es monopólico en el contexto jurídico. El estudio y los esfuerzos por entender los recién nacidos derechos de la infancia tuvieron un período de auge, un pequeño *boom* en América Latina, ubicable de 1990 hasta el deceso del siglo XX. Cada investigación, producción académica y empresa ensayística de esa época se concentró en dos grandes fines sobre los que, nadie puede negar, se avanzó considerablemente: 1) hacerle publicidad al nuevo paradigma sociojurídico que emergía de la CDN, bautizado como la protección integral, versus derogador de toda la legislación minorista pre-1989¹⁶; 2) planear y explicar la transformación legislativa y administrativa de los Estados partes de la CDN, o en otros términos, delinear la adaptación del Derecho Interno y de las instituciones nacionales al espíritu y contenido de la CDN¹⁷.

12 Con mucho atino Sábato nos recuerda a través de una cita de Montaigne que “Saber de memoria es no saber”. SABATO, Ernesto. Apologías y rechazos. Editorial Planeta. Bogotá. 2001. p. 81.

13 “El contexto que hoy nos caracteriza lo nombramos, pero sin saber a ciencia cierta en qué consiste. Usamos muchas palabras pero sin saber qué son esas palabras. Decimos que estamos viviendo en un mundo de la globalización, pero, ¿se sabe qué es la globalización?”. Aplicada esta idea a nuestra hipótesis, decimos con frecuencia que el niño es sujeto de derechos, pero entendemos por qué y ello que significa. ZEMELMAN, Hugo. Epistemología y política en el conocimiento socio-histórico. En ¿Existe una epistemología latinoamericana? Universidad de Quintana Roo. Editorial Plaza y Valdés. México. 2000. p. 15.

14 Es vital que los trabajadores de la infancia abandonen la prepotencia y la superioridad ante el NNA por efectos de sus especializaciones o titulaciones. Es pertinente abandonar la arrogancia que domina la relación con los NNA. Respondamos con sinceridad ¿sabemos o no sabemos de derechos? Como nos recuerda Wallerstein: “La arrogancia humana ha sido la limitación más grande que la humanidad se impuso a sí misma. Este me parece que es el mensaje de Adán en el Jardín de Edén. Fuimos arrogantes al alegar haber recibido y comprendido la revelación de Dios, de conocer la intención de los dioses. Fuimos más arrogantes aún al afirmar que éramos capaces de llegar a la verdad eterna a través del uso de la razón humana, una herramienta tan falible. Hemos sido continuamente arrogantes al buscar imponernos, y con tal violencia y crueldad, nuestras imágenes subjetivas de la sociedad perfecta unos a otros”. WALLERSTEIN, Immanuel. El legado de la sociología, la promesa de la ciencia social. Editorial Nueva Sociedad. Caracas. 1999. p. 59.

15 Por inteligencia ciega debemos entender, la reducción de lo complejo a lo simple, la hiperespecialización del conocimiento, o con exactitud: “La inteligencia ciega destruye los conjuntos y las totalidades, aísla todos sus objetos de sus ambientes”. MORIN, Edgar. Introducción al pensamiento complejo. Editorial Gedisa. Barcelona. 2003. p. 30.

16 El escudero de esta causa ha sido sin ninguna duda el jurista argentino Emilio García Méndez. En especial en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral. Unicef. Bogotá. 1998. En efecto, esta primera tendencia jurídica tuvo gran preeminencia en la región, particularmente, en la Argentina y Brasil desde donde se delinearón sus principales textos; por ello se dice: Los estudios de la infancia en la Argentina, tuvieron “un excesivo sesgo normativo en los abordajes que sucedieron en la década de 1990 [...] Contraponiendo modelos o paradigmas –el de “la situación irregular” versus el de “la protección integral” –o normativas –la Convención de los Derechos del Niño versus el régimen legal de la minoridad”. COSSE, ISABELLA. LLOBET, Valeria. VILLALTA, Carla. ZAPIOLA, María. Infancias: políticas y saberes en Argentina y Brasil. Siglos XIX y XX. Editorial Teseo. Buenos Aires. 2011. p. 16.

17 Tal vez la obra más sobresaliente de esta odisea es la gigantesca publicación de más de mil páginas: Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Compiladores Emilio García Méndez-Mary Beloff. Editorial Temis. Bogotá. 1998.

Después de esas andanadas intelectuales todo paró: las disertaciones interesadas en pensar la CDN decayeron¹⁸. Lo que siguió y se posicionó ferozmente en los acercamientos epistémicos a la CDN fue nada más y nada menos que una paradoja viciosa: deliberar y dar fallos de la producción concentrada en las reformas legislativas o en la mera existencia de las leyes de la protección integral. Por un lado, con un acento demagógico que aplaudió la génesis de los Códigos de Derechos de los NNA como la apertura definitiva a una nueva era para la infancia. De esta corriente brotaron grandes tirajes textuales de la CDN para repartirse entre los profesionales y amateurs de la infancia, manuales privados para introducirla en los proyectos de la cooperación internacional¹⁹, manuales intergubernamentales internacionales dados para guiar la acción de Naciones Unidas²⁰, y decenas de artículos repetitivos de la bibliografía pionera de esta tendencia.

De la otra cara de la moneda empezaron a aparecer interpretadores de los derechos de los NNA, que sorprendidos de la inocencia de los creyentes acérrimos de las leyes, sumada a la ausencia de estamentos de control y la persistencia de la cruda brecha entre la realidad y los marcos normativos creados para cerrarla, optaron por criticar a la CDN sin pensar cómo afirmarla, o al discurso auto condescendiente de sus defensores en el plano legal²¹.

Vale comunicar, que tanto los unos como los otros encallan en una gran trampa. Para empezar, ninguna ley puede transformar la realidad sin garantías políticas. Además, no se olvide que la vida social va a toda marcha frente a cualquier concepto o el desenvolvimiento de una decisión jurídica. Explicación que no puede forzarse a una franca dependencia discrecional de cualquier líder político para la afirmación de la CDN. Habría que entender que un derecho no es una carta mágica, que tampoco funciona ontológicamente, así se quiera recurrir a definiciones éticas para realzarlos. En esencia, todo derecho es una relación social, política e histórica; si se quiere un proyecto abierto como la democracia²².

Prosiguiendo, los derechos de los NNA como los de cualquiera, al ser una relación social²³, cargan en menor o en mayor grado resistencias que pueden inhabilitar su concreción. Básicamente, porque devienen de disonancias y conflictos que si no son sanados profundamente en el momento del consenso del derecho, o si se dan

18 A excepción del documento del sociólogo chileno Francisco Pilotti que analiza las raíces ideológicas de la CDN y su proceso histórico de elaboración. Véase PILOTTI, Francisco. *Globalización y Convención sobre los derechos del niño*. el contexto del texto. Unidad de Desarrollo Social y Educación. Organización de los Estados Americanos. Washington. 2000.

19 Por ejemplo, *Programación de los derechos del niño*. Guía de capacitación. Save the Children Suecia. Lima. 2004. *Programación de los derechos del niño*. Save the Children Suecia. Lima. 2005.

20 Por ejemplo, HODGKIN, Rachel. NEWELL, Peter. *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Unicef. New York. 2001.

21 En esta vertiente podrían encajar los trabajos del argentino De Dinechin, el español Sánchez Parga y la francesa Irene Théry.

22 La democracia es un proyecto social indisoluble que no se agota, por lo cual, "no es el nombre de un plan particular de instituciones políticas o económicas. Más bien, es una situación que puede producirse o no gracias a las instituciones políticas o económicas. Describe un ideal, no un método para lograr ese ideal. No es un tipo de gobierno, sino un fin del gobierno; no es una institución que existe históricamente, sino un proyecto histórico". LUMMIS, C. Douglas. *Democracia radical*. Siglo Veintiuno Editores. México. 2002. p. 35.

23 "*todos los derechos de los niños/as y adolescentes son derechos "sociales" en el sentido de que su garantía es esencialmente política y por lo tanto, corresponde a la sociedad en su conjunto implementar. Pero los derechos definidos en la CIDN deben ser considerados como derechos "sociales" en el sentido que corresponden al ámbito de lo público y al de una categoría social. Son derechos que una generación busca fundar en una nueva generación emergente como parte de un proceso emancipatorio*". BUSTELO, Eduardo. *Infancia en indefensión*. En *Salud Colectiva*. Septiembre-Diciembre. Buenos Aires. 2005. p. 264.

solamente para apaciguarlos pueden explayarse a lo largo de la vida práctica de este²⁴.

Para anular y neutralizar los impedimentos de los derechos es fundamental tener un conocimiento profundo del pacto solucionador del conflicto que dio vida al derecho. Más aún, cuando luego de que son conseguidos, por lo general, a la gente se le olvida lo qué son y lo qué costaron. Igualmente, lo vital que es promocionar la presencia política de los beneficiarios para asegurarlos hasta lograr una progresiva cotidianidad positiva de ellos²⁵. Por tal razón, criticar la inutilidad del derecho al parcializarlo a letras del reino de lo jurídico es una verdadera ingenuidad.

Como se ve, la trayectoria del pensamiento de la CDN, se ha focalizado en una alabanza a ella por el mero hecho de existir, o de manera inversa en una crítica a todo lo que no ha producido, a la deuda de praxis que tiene con los NNA. Adicionalmente, cualquier revisión bibliográfica que se aventure a revisar la etapa descrita del pensamiento de los derechos humanos de los NNA puede descubrir que muy aparte de la ausencia de soluciones, estrategias y propuestas políticas para su efectividad, se nota, como ya advertíamos, que los análisis están parcializados, son fruto de especializaciones y objeto de interpretaciones deterministas y de no muy amplia cobertura.

Tal cual la realidad lo evidencia, las reformas legislativas y administrativas no definieron definitivamente el destino de la infancia. Pero muy difícilmente lo haría un Estado volcado a lo social, interesado en invertir en derechos, o una sociedad amorosa y comprometida con protegerlos, si la precariedad de conocimiento y de entendimiento de los derechos de los NNA hace presencia.

En honor a la verdad, no se trata de saber de derechos. De enumerarlos y recitarlos; un paso que de todas formas es obligado dar²⁶. La labor de fondo que define su aplicación es entenderlos y hacerlos carne. Un padre de familia, un juez, un diseñador de política pública, un legislador o un profesor que tenga a la mano una de las miles de impresiones de la CDN realizadas por las Ong's y la Unicef, no nos asegura ningún tipo de comprensión. Mientras ellos no sean capaces de responder ¿Por qué es importante, por qué es un deber político validar la CDN? Es bastante lejana su actuación en favor de una infancia, sin abandonar la discrecionalidad, los prejuicios, las subjetividades y el maltrato a la legalidad que ampara a los NNA. No entender conduce a buscar soluciones privativas que callan el pacto público que representan los derechos.

Por esto, es crucial apostar reiteradamente por nuevos acercamientos al tema de la CDN, que miren sus orígenes, significados, potencialidades y dificultades desde una

24 Si bien es cierto, que en el surgimiento de la CDN no hubo un encuentro entre generaciones para definirlos ni una demanda estentórea de la infancia que presionara el diálogo, no hay que perder de vista que el conflicto si existió y además continúa: la precarización de vida de los NNA.

25 Como señaló el sociólogo danés Jens Qvortrup: "Sólo una presión moral y política puede ayudar a aliviar la situación de la infancia", y conseguir el cumplimiento de la Convención". Op.cit. CASAS, Ferrán. p. 225.

26 No se trata de pronunciar derechos sino de entenderlos. La jurista mexicana y especialista en derecho constitucional, Leticia Bonifaz, plantea que para que en una sociedad se cumpla la ley es necesario tener, en suma a las condiciones políticas, económicas y sociales; también condiciones psicológicas; o sea: "aquellas circunstancias que le permiten al individuo conocer la ley, entenderla en su sentido gramatical y en sus alcances, para luego vivirla e internalizarla al punto que, como un acto reflejo, la acate y se convierta ante su violación en un paladín que vela por su imperio". MACCHIA, Isabella (coordinadora). Segundo Seminario sobre Políticas Públicas e Infancia. Relatoría. En Infancia y política social. UAM-UNICEF. México. 2002. p. 89.

perspectiva hermenéutica, con miras de educar y formar a las gentes de la infancia, que al final somos todos, incluyendo a los NNA²⁷.

A saber, interpretar y reinterpretar constantemente los derechos a partir de lo jurídico, lo social, lo cultural, lo económico y lo político no simplemente para hallar fracasos²⁸; del mismo modo para asir y compartir comprensiones que se arriesguen a dar algunas soluciones²⁹. Que los derechos tomen cuerpo en un lenguaje positivo-normativo es incompatible a sugerir que sus análisis dependan en exclusivo de la disciplina jurídica, o de la lectura anacrónica y centrípeta de los artículos que los contienen.

Conocer a fondo un paradigma como el de la protección integral exige cierto rigor interdisciplinario. Un compromiso que busque relaciones en las totalidades y particularidades en las que están insertos los derechos de los NNA. Sobre todo, si reconocemos que sin interpretaciones holísticas y abarcativas es más dificultoso comprender, zafarse de la ignorancia, actuar y emanciparse de situaciones de opresión³⁰.

Así es como, se emprende en el presente texto una hermenéutica que añora profundizar en el entendimiento de los derechos de los NNA y sus propósitos mayores, que no son otros que la lucha por la dignidad del ser humano en los primeros años de la vida. Tal vez, si los responsables de los derechos de los NNA, los centralizaran como un conocimiento maestro, si reconocieran su trascendencia, si fueran perspicuos en sus mentes, cada decisión política, judicial, administrativa, legislativa y privada serían ejemplares en la obediencia a la legalidad y se llevarían por delante a las emociones, dudas negativas sobre los NNA, e impulsos contextuales que a menudo los dañan y los perjudican³¹.

Cuatro premisas para un análisis hermenéutico de los derechos de los NNA

Postulamos y recurrimos a la utilización de la hermenéutica en la CDN por tres razones básicas: es una ordenanza, mimetizada por cierto, que se encuentra en su artículo 41, en el que se señala que es válido y obligatorio el uso del principio *in dubio pro homine* para la aplicación de los derechos de los NNA; que a fin de cuentas no es otra cosa que un intento interpretativo para hallar relaciones sistemáticas entre las normas con el ánimo de acertar al espíritu del derecho en demérito de su letra indeterminada. En segundo lugar a causa de que la usanza de la hermenéutica es viable cuando

27 "Dar a conocer la Convención, tanto el texto como, sobre todo, la dinámica social, cultural que la animan. No se trata de sólo de difundirla como quien volantea textos de la Convención. Dar a conocer significa, estudiarla, hacerla objeto de reflexión ordenada, incorporarla". Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. p. 64.

28 El sociólogo Manuel Castillo habla de que una de las nuevas fuentes que viene a redefinir las ciencias sociales y la relación entre el objeto de estudio y el sujeto investigador es la hermenéutica, entendida, como un acto constante de reinterpretación para hallar una mejor comprensión de un fenómeno. CASTILLO, Manuel. La razón del vacío. Epistemología, saber social y globalización. Universidad Ricardo Palma. Lima. 2001. p. 55.

29 El propósito de alcanzar logros de aplicación con la hermenéutica es algo casi inherente a su práctica, ya que si clásicamente su utilización tuvo como premisa el entendimiento de lo canónico, o lo teológico expresado en las sagradas escrituras para postular verdades sin pretensiones agudas de cambios, cuando la hermenéutica entra al terreno jurídico, originariamente, lo hace con la plena intención de superar la aplicación mecánica de la ley, en pro de generar mutaciones y transformaciones a través de las sentencias de los jueces. DUEÑAS Ruiz, Óscar. Lecciones de hermenéutica jurídica. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2005. p. 13. Por supuesto, nuestra intención apunta más allá del fallo y del terreno de lo judicial: a la formulación de políticas públicas y a la propagación de una cultura de derechos para la infancia.

30 "No hay emancipación ni salvación popular si no se reivindica por la totalidad [...] no puede haber conocimiento sin totalidad, renunciar a ella es caer en una relativismo extremo". Op.cit. CASTILLO, Manuel. p. 50.

31 Un conocimiento organizado, sólido y centralizado de los derechos de los NNA puede anular la habitual discrecionalidad con la que se les trata. Todo conocimiento tiene el siguiente ciclo hasta que logar ser centralizado: "Todo conocimiento opera mediante la selección de datos significativos y rechazo de datos no significativos: separa (distingue o desarticula) y une (asocia, identifica); jerarquiza (lo principal, lo secundario) y centraliza (en función de un núcleo de nociones maestras)". Op.cit. MORIN, Edgar. p. 28.

existe “a] un conflicto entre el espíritu y la letra de la ley; b] por la existencia de leyes contradictorias en el código (“quando leges invicem videntur contrariae”); c] cuando la ley es ambigua; d] cuando el problema encausado no es definido en las leyes y debe ser resuelto con una extensión analógica de las leyes existentes”³²; un hecho notorio por ejemplo en un principio rector de la CDN, como es el de la participación contenido en el artículo 12, que tal y como fue redactado, va en contravía del espíritu igualitario de los derechos humanos. El tercer elemento legitimador de la práctica de la hermenéutica es, tal vez, el de mayor importancia para sacarla del bolsillo y ponerla sobre la mesa: la interpretación repetitiva de los derechos y principios de la CDN ya mencionada en la crisis de conocimiento-entendimiento de los derechos de los NNA, que aún no resuelve del todo varias incógnitas como las referidas a la participación, el interés superior del niño, la utilidad del Comité de los Derechos del Niño, la realidad de los mecanismos de exigibilidad, la significación política de ser sujeto de derechos, etc. Súmesele a ello, la falta de una interpretación auténtica realizada por las autoridades oficiales de los derechos de los NNA, tanto a nivel internacional como nacional³³, y la esporádica interpretación judicial que tenemos a la mano como guía jurisprudencial para validar las categorías contenidas en la CDN³⁴.

Vale aclarar, que desarrollar la hermenéutica que mencionamos como eje del estudio que se tiene entre manos requiere como *conditio sine qua non* tener siempre una mirada crítica, permanentemente crítica, pero tratando de evitar que lo que se denomina como la hermenéutica de la sospecha dé el salto a la hermenéutica de la inutilidad o de la derrota del fenómeno de los derechos de la infancia.

En nuestro caso específico, consideramos que para realizar una interpretación-reinterpretación constante de la CDN son cardinales cuatro premisas en pro de una mejor comprensión, entendimiento y aplicación de los derechos de los NNA.

En primer lugar, el reconocimiento de la importancia de la legalidad para la vida de cada NNA. Es inconveniente despreciar las relaciones sociales que postulan las normas y los derechos. Un trabajador de la infancia que aborde sus problemáticas con la idea tatuada que los marcos legales son palabrería e inservibles tiene menos posibilidades de tratar de entenderlos y luchar por su concreción.

Desde los albores de la colonia y más tarde de las repúblicas latinoamericanas la cultura del incumplimiento y del desacato de las leyes recreó en nuestras conciencias que los designios normativos son inútiles. De ahí, la popularización de un lenguaje

32 FERRARIS, Maurizio. Historia de la hermenéutica. Siglo XXI Editores. México. 2005. p. 40.

33 La interpretación auténtica “es la que hace la propia autoridad que ha expedido la norma o el acto objeto de interpretación”. Op.cit. DUEÑAS Ruiz, Óscar. p. 19.

34 Muy recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expuso su pensamiento sobre el Interés Superior del Niño, sin embargo especificado al fenómeno de la tuición; al respecto dice: “En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades [...] Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios”. Véase Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo Y Niñas VS. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Por otro lado, algunos países como Colombia gozan de un desarrollo jurisprudencial, aún confuso, del concepto del Interés Superior del Niño, en este caso proferido por obra y gracia de la Corte Constitucional; por ejemplo en las Sentencia T-495 de 2005 se plantean algunos criterios generales y específicos para determinarlo. Véase ESCALANTE, Estanislao. El código de la infancia y la adolescencia: elementos para su comprensión e interpretación. En Formación Integral. Ley de la Infancia y la Adolescencia: Análisis y Perspectivas. Compilador Aroldo Wilson Quiroz. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2009. p. 29.

vernáculo que tiene una baraja de expresiones como “hecha la ley, hecha la trampa”, “la ley es para los de ruana”, u otras más oficiales como “se acata pero no se cumple”³⁵. Este pesimismo hacia la ley ha ayudado a cimentar su desfavorecimiento y atraso.

Por supuesto, al reconocerse la legalidad trazada por los derechos de los NNA, no se está tratando de invocar ni invitar a una fetichización de las leyes. Es muy cierto, que a través de las leyes se realizaron terribles maltratos a las personas. Todo el poder colonial de los países europeos en América Latina, África, Asia y Oceanía se sustentaba en la aplicación de un derecho foráneo³⁶. Por otra parte, en los Estados Unidos, “la estructuración de la discriminación contra las poblaciones negras se realizó mediante leyes formalmente impecables, es decir, generales, impersonales, abstractas, públicas y proactivas”³⁷, que se basaban en la aplicación igualitaria de las mismas; de ese modo, se prohibió por ejemplo que lo negros se casaran con blancos y viceversa, o que donde los negros no se sentarán los blancos y viceversa con fines discriminatorios. Incluso el neoliberalismo tomó forma en el continente latinoamericano gracias a una reestructuración del derecho interno en todos los niveles: constitucional, laboral, financiero, administrativo, tributario, etc.

De este modo, cuando invitamos al reconocimiento de la legalidad que imprime los derechos de los NNA en la sociedad, no es con la intención de auspiciar la legislación internacional porque sea legislación ni mucho menos por su procedencia.

Primordialmente lo hacemos por tres cortas razones: 1) el derecho así como ha sido un medio de opresión y control, puede llegar a convertirse en un guión emancipatorio. Sería descabellado sugerir que la ley por ser ley es beata, oportuna y loable. Hay legislaciones que requieren resistencias, empero, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (conjunción de los derechos de corte liberal y los de corte socialista) tienen una misión expresa: la dignidad. Algo que no es poca cosa, sino el basamento de la humanidad; recurriendo a una manera elegante de decirlo, la dignidad es la capacidad que tenemos los seres humanos de andar erguidos³⁸. 2) Es desafortunado desechar la importancia de la legalidad y de los derechos de los NNA, pues a pesar que son violados e infringidos, generan sentidos comunes, permiten comportamientos y delinean a un sujeto concreto. Por ejemplo, toda la antiquísima legalidad romana relativa al NNA promovió que eran incapaces per sé y la legalidad minorista previa a la entrada en vigencia de la CDN normalizó e hizo lógico que a los NNA pobres se les encerrara a causa de sus carencias económicas, o que se les tortura como medio de corrección.

Con la CDN hay una oportunidad de recrear en la sociedad una interacción y sentido común diferente hacia a la infancia. Que poco a poco va tomando curso, ya que, “hay decenas de miles de personas que han tomado conciencia del aspecto ético del respeto de los derechos del niño y que saben que se exponen a la reprobación de la opinión pública, e incluso a sanciones por parte de la justicia, si no los respetan”³⁹.

35 Leer la muy interesante introducción de GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (Coordinador). Normas de papel. La cultura del incumplimiento de las reglas. Siglo del Hombre Editores. Dejusticia. Bogotá. 2011. p. 17.

36 Op.cit. DE DINECHIN, Philippe. p. 61.

37 BURGOS SILVA, Germán. Estado de Derecho y Globalización: el Banco Mundial y las reformas institucionales en América Latina. Universidad Nacional de Colombia, UNIJUS, ILSA. Bogotá. 2009. p. 107.

38 Frase del filósofo alemán Ernest Bloch sobre lo que significa la dignidad humana. VALENCIA, Hernando. Los Derechos Humanos. Madrid. Acento Editorial. 1998. p. 14.

39 MOERMAN, Joseph. Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño; en particular ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias. En La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI. Miguel Ángel Verdugo y Víctor Soler-Sala (Eds). Ediciones

Para ser un poco más conscientes de las relaciones que ha impulsado la legalidad de los derechos del NNA, sería conveniente preguntarse: ¿cómo estaríamos hoy sin la CDN? La respuesta la tenemos a la vuelta de la esquina: la nefasta situación irregular o el tutelarismo en pleno tendría presencia legal con todos sus males, las organizaciones de NNA serían reconocidas por mucho como clubes lúdicos, nadie si quiera tendría la obligación de respetar a la infancia como interlocutora, o las instituciones del Estado no estarían forzadas a realizar políticas públicas para esta población⁴⁰. 3) Por último, es apropiado registrar la legalidad de los derechos de los NNA, por una sencilla razón: éstos son el lenguaje de lo público, el vínculo que tienen las personas con el Estado para que su accionar sea todo menos que autoritario e indolente a las necesidades humanas; son las bases lingüísticas de la exigibilidad de la dignidad.

La utopía es la segunda premisa básica para abordar la hermenéutica de los derechos consignados en la CDN. Al traerla a colación se quiere de todo menos ser condescendiente con el presente inconstante de realización de los derechos de los NNA. De proclamar una utopía para justificar u ocultar los abusos a los NNA bajo una promesa de cambio en un futuro lejano⁴¹.

Al anunciarla no se está tratando de encubrir la realidad inaceptable. Sencillamente se reclama como una herramienta para no decaer en el fatalismo, para evitar derrotas en el poder subjetivo de los trabajadores de la infancia y de los NNA en los procesos de estudio y exigibilidad de sus derechos. La utopía pues, sirve para impulsar, estimular, o promover la negación de la negación de los derechos de los NNA.

Lamentablemente, tenemos una mala definición e imagen de la utopía. A menudo la pensamos como todo aquello deseable, pero que es imposible de aterrizar, que es irrealizable. O como todo lo anhelado que por inercia se concretará; especialmente, por medio de la promulgación de leyes. No obstante, en los promotores de esas definiciones como en sus críticos⁴², se pasa de largo el hecho que la aspiración que se engalana de utópica no existe ni existirá por la mera ley. Es decir, la utopía que queremos para los NNA no desembocará al mundo real por la redacción de la CDN. *Vendrá a conocerse por el uso político que se le dé a la CDN*. No por casualidad mentes acuciosas en el estudio de la CDN han aceptado que la ley es insuficiente

Universidad Salamanca. 1996. p. 147.

40 Es una pregunta clave realizada por el belga Joseph Moerman; según él en los momentos de lobby, debate y redacción de la CDN evitó "siempre que la discusión se prolongase demasiado sobre las divergencias, porque estaba convencido de que era imposible conseguir, para cada artículo y cada problema, el texto o la solución ideal que reflejase enteramente los puntos de vista de cada uno de los miembros del grupo. Había que encontrar en cada caso la solución más acertada posible, a fin de poder avanzar rápidamente hacia la meta, que era la redacción de una Convención, recordando la máxima de los romanos: "melius sic esse Quam non esse". La ausencia total de Convención sobre los Derechos del Niño hubiera perjudicado mucho más a la humanidad que la existencia de una Convención en la que hubiese algunos puntos débiles. Efectivamente, estos pasajes menos acertados de la Convención pueden siempre, si es preciso y si el momento parece propicio, ser rectificado". Ibid. p. 146.

41 Esto lo plantea De Dinechin cuando dice que la utopía viene siendo abusada como un mecanismo legitimador de la realidad, que ha sido invocada de una manera simbólica para sugerir que la promesa de cambio que porta la CDN llegará pronto: "Se desarrolla entonces el concepto de un derecho utópico destinado a cambiar las estructuras sociales, un derecho que permite que se fijen objetivos para mejorar el destino de los niños. En otras palabras, la promesa de un futuro mejor convertiría entonces el presente en aceptable. Esta crítica no se sitúa únicamente en el plano teórico: precisamente esta falta de concordancia entre los derechos del niño y su falta de aplicación supone un problema. Los derechos de los niños convierten en aceptable una situación que de hecho no lo es. A riesgo de repetirnos, hemos de recordar que la ideología entonces cumpliría la función de ocultar un hecho inaceptable socialmente mediante derechos "utópicos" que prometen a la infancia de todo un continente un mundo mejor, pero más tarde". Op.cit. DE DINECHIN, Philippe. p. 38.

42 De Dinechin crítica con fiereza la utopía modesta que postula García Méndez; nos dice: "la utopía modesta genera confusión; en primer lugar, confusión entre la moral y el derecho y, posteriormente, confusión entre la justicia accesible y la justicia posible. Pensar la primera en función de la segunda es una fuente de esperanza, pero también de frustración". Op.cit. DE DINECHIN, Philippe. p. 39.

para cambiar la realidad, pero saben bien que de su utilización política pueden surgir efectos⁴³.

Por lo tanto, la utopía exigida en un acercamiento hermenéutico a los derechos de los NNA, la reconocemos como una posibilidad dependiente de nosotros mismos, de la imaginación prospectiva que tenemos desde el presente; es: ¿cómo nos imaginamos en un futuro y cómo creamos un plan para lograrlo? ¿Qué acciones políticas llevamos a cabo? En cierto modo es una utopía proactiva que le pone la cara y el pecho a las resistencias que se atraviesan e impiden el curso de los derechos de los NNA. Y para ello es de primera necesidad ponernos de acuerdo, trabajar en equipo, esforzarnos para exigir la vitalidad de la CDN⁴⁴.

Una tercera premisa de considerable importancia para la hermenéutica de los derechos de los NNA es la interdisciplinariedad. Como resultado del imperio de las divisiones organizacionales entre las disciplinas, se recrearon las peligrosas ultraespecializaciones⁴⁵. Las cuales mutaron de la clásica separación disciplinar de un objeto de estudio⁴⁶, a la focalización analítica de fenómenos dentro de las mismas disciplinas científicas.

En la actualidad, los derechos de los NNA están atrapados en esa lógica. Se cree que su investigación y aplicación son competencia única del Derecho de la infancia y la adolescencia, dado el logro, que en algunos lugares se hubieran podido desprender de la pasada especialidad encargada de analizarlos, el Derecho de Familia. De esta manera, ni siquiera son problema de dilucidación del Derecho en un marco general, sino de una de sus ramas especializadas.

Aún así, con ese devenir sobreespecializado, la disciplina jurídica ha evidenciado sus limitaciones para comprender los derechos de los NNA. Un malestar compartido con otras disciplinas: tanto la Sociología, la Pedagogía, la Antropología, o la Psicología, son incapaces por sí solas de leer amplia y profundamente los derechos de los NNA. Aceptar esto no es nada fácil.

En especial, por la marcada tendencia intransigente de la disciplinarización al creer que sus propias ignorancias, pueden ser resueltas únicamente en su propio ámbito. Y esto categóricamente, no es cierto. Dado que, hasta los conocimientos más especializados exponen torpezas para resolver una problemática o tomar una

43 Mary Beloff cuenta una anécdota muy interesante al respecto: "Presentar los efectos de la CDN cual rostro de Jano (el de la realidad vs. el del orden jurídico) denota cierta ingenuidad. Ella me fue señalada hace algún tiempo por una profesora británica en oportunidad de uno de esos escasos momentos de debate académico sobre este tratado que tienen lugar en la región. Ella dijo, al escuchar sobre mi perplejidad por el pobre derecho que supimos conseguir y por los consiguientes pobres efectos en la realidad que ese pobre derecho había producido en estos años, algo parecido a que sólo una ingenua podía creer que la ley cambiaba la realidad, En sus palabras, la CDN nunca será real pero puede ser una gran herramienta —política— a fin de que las personas se unan para demandar por sus derechos". BELOFF, Mary. Quince años de vigencia de la Convención sobre los derechos del niño en la Argentina. En Justicia y Derechos del Niño N°10. Unicef. Bogotá. 2008. p. 10.

44 Hay que aceptar que: "Vivimos en un mundo imperfecto, uno que siempre será imperfecto y por ende albergará la injusticia. Pero estamos lejos de la indefensión ante esta realidad. Podemos hacer el mundo menos injusto, podemos hacerlo más bello, podemos aumentar nuestro conocimiento de él. Sólo necesitamos construirlo y para construirlo sólo necesitamos razonar unos con otros y luchar para obtener de cada uno de los demás el conocimiento especial que cada uno de nosotros ha logrado conseguir. Podemos labrar en las viñas y producir frutos, si tan solo lo intentamos". Op.cit. WALLERSTEIN, Immanuel. p. 59.

45 Mencionamos que las ultraespecializaciones son peligrosas por su autodestructividad, la cual consiste en aislar los conocimientos y fragmentarlos, en perder de vista una amplia educación y discusión de la realidad. Op.cit. WALLERSTEIN, Immanuel. p. 50.

46 Es decir, a la sociología le corresponde estudiar las relaciones sociales, contrario a la psicología que se enfocó en el comportamiento humano, etc.

decisión óptima en un ambiente, asimismo, de exclusivismo científico⁴⁷. En una atinada frase: "las habilidades siempre son parciales y necesitan estar integradas con otras habilidades parciales"⁴⁸.

Hay que abrir, entonces, la interdisciplinarización al mundo de los derechos de los NNA. La CDN tiene que dejar de ser vapuleada con lecturas disciplinares que cargan sobre sí mismas anteojeras teóricas que impiden una lectura amplia y profunda. Una entrada que tiene un tono conciliador entre las disciplinas, que evita conflictividades, puesto reconoce el corpus y la experiencia de cada una de ellas para la ardua misión de entender los derechos de los NNA y luchar por su aplicación⁴⁹.

Vale subrayar esto último, el uso de la interdisciplinariedad tiene un doble propósito: que cada disciplina científica diga lo que tiene que decir, o aporte lo que tenga que aportar al entendimiento de los derechos de los NNA. Como a su vez, intervenga en el diseño, en la atención y en la evaluación de las decisiones administrativas, legislativas y judiciales que se dan en la esfera de la protección integral⁵⁰.

Finalmente, la cuarta premisa ineludible para intentar alcanzar un veraz intelecto de los derechos de los NNA (nacidos de la CDN) consiste en ejercitar el pensamiento epistémico. Es de corriente conocimiento que en la actualidad vivimos en la llamada crisis de la organicidad⁵¹, o en un desfase entre la realidad y los conceptos construidos por la sociedad.

La brecha existente es resultado de la creencia en conceptos percibidos como definitivos o absolutos, dotados de tal coherencia que su refutación y reinterpretación pareciera un imposible. Prima, la utilización de conceptos acuñados por otros, pero ocasionalmente pensados por nosotros mismos y en nuestros contextos más próximos. En cierto modo, muchas veces tenemos el síndrome del loro: repetimos y repetimos lo que oímos y leemos acerca de nuestros objetos de estudio y de trabajo sin meditar lo dicho.

Esta manía, muy a menudo, tiene ocurrencia en el escenario de los derechos de los NNA. Se corea y arenga únicamente su letra; lo textual que se adscribe a los artículos de

47 "Sí, es cierto que algunos de nosotros tenemos más conocimientos específicos sobre áreas específicas que otros, pero nadie, y ningún grupo, tiene todo el conocimiento necesario para tomar decisiones materialmente racionales, incluso en ámbitos relativamente limitados, sin tomar en cuenta el conocimiento de otros que están fuera de esos ámbitos. Sí, sin duda, yo quisiera el neurocirujano más competente si necesitara neurocirugía, pero la neurocirugía competente involucra juicios que son jurídicos, éticos, filosóficos, psicológicos y sociológicos también. Además, una institución como un hospital necesita unir estas sabidurías dentro de una visión combinada materialmente racional. Más aún, las opiniones del paciente no son irrelevantes. Es el neurocirujano más que cualquier otro quien necesita saber esto, al igual que el sociólogo o el poeta". Op.cit. WALLERSTEIN, Immanuel. p. 50.

48 Op.cit. WALLERSTEIN, Immanuel. p. 57.

49 La interdisciplinariedad: "representa el mayor soporte a la lista actual de disciplinas porque implica que cada una tiene algún conocimiento especial que sería útil combinar con algunos otros conocimientos especiales para resolver algún problema práctico". Op.cit. WALLERSTEIN, Immanuel. p. 54.

50 "La interlocución interdisciplinaria supone un trabajo colectivo que va más allá de la opinión sectorial de las diferentes disciplinas para alcanzar la construcción conceptual mediante el análisis y el fundamento de las estrategias y las decisiones que se desprenden del estudio diagnóstico de los hechos y su contexto. Hay que establecer prácticas de diálogo de saberes que permitan consolidar la interacción de las disciplinas, la construcción de conocimiento integral desde los enfoques disciplinares y la definición de estrategias y actuaciones comprensivas de las problemáticas que presentan los casos sometidos a consideración. Éste es el sentido del trabajo de los equipos interdisciplinarios en los cuales descansa el esquema de la protección integral". GALVIS, Ligia. Los niños, las niñas y los adolescentes. Titulares activos de derechos. Ediciones Aurora. Bogotá. 2006. p. 150.

51 La crisis de organicidad: "está referida a la ruptura que se ha producido entre la producción de los conocimientos y el cambio de la realidad. Es tan grande el divorcio entre producción de conocimiento y cambio, entre teoría y práctica, que muchas personas que hasta hace algún tiempo participaron activamente en organizaciones que procuraban contribuir al cambio social, se fueron para su casa". Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. p. 138.

la CDN. Desde ese ejercicio se lanzan las críticas, los descontentos, las postulaciones de los errores que arrastran la textualidad de los derechos infanto-adolescentes.

Se comenta tomando como base lo articular, por citar un ejemplo, que la participación que incorpora como un principio tiene escalinatas de susto por la aparición de las trampas léxicas: juicio propio, madurez y edad⁵². A lo que habría que preguntar: ¿lo que se encuentra escrito textual, literal, o exactamente en la CDN es una verdad absoluta? ¡No! La letra articulada y el espíritu de un derecho humano son dos cosas muy distintas. La caligrafía tiene misionada expresar, parir a la ciudadanía global en un lenguaje al derecho. Pero los valores y los fines de los derechos no pueden ser contenidos ni apaciguados, en un artículo, tal como si fuese un ataúd. Además, habría que poner a consideración que un derecho de la CDN no deja de ser una categoría social que puede tener diversos abordajes, incluyendo, el hermenéutico⁵³.

Teniendo en cuenta lo anterior es primaria la resignificación de las categorías que conocemos para tratar de alcanzar a ver los objetivos de los derechos cuando sus expresiones semánticas los truncan y las interpretaciones bibliográficas que se hacen a partir de ellos reafirman esa tónica. En este sentido, toma fuerza llevar a cabo el pensamiento epistémico, que simplificándolo, puede ser entendido como la postura o la actitud interrogativa que asumimos ante un discurso cerrado y organizado, repleto de afirmaciones que no terminan por convencernos del todo⁵⁴; el pensamiento epistémico es pre-teórico, carece de contenido y evita hacer afirmaciones de la realidad optando por estudiar la validez y el camino recorrido de esos predicados mediante dudas e interpelaciones.

Cuando nos paramos frente a los derechos de los NNA, antes de creer en su estructura textual, o en nuestras pre-nociones aprendidas de los textos, lo ideal, lo inaplazable es formular preguntas básicas, por más pueriles que parezcan. Entender y aplicar los derechos requiere de ciertas aclaraciones; algunas centrales son: *¿Qué es un derecho? ¿Cómo funciona un derecho históricamente? ¿A diferencia de los derechos de los NNA, cómo se han aplicado los derechos de otras poblaciones específicas? ¿Cuál es el desarrollo de los derechos de los NNA en otros países de la región? ¿Cuáles son las características de una infancia sobre otra para la vivencia de sus derechos? ¿Qué mecanismos de exigibilidad de los derechos existen? ¿Cuál es el modelo de atención y el paradigma que propone la CDN en lo jurídico y en lo político para la relación Estado, sociedad e infancia?, etc.*

Todas las respuestas a esas preguntas deberían ser el primer paso de los trabajadores y estudiosos de la infancia, así como de los NNA en sus organizaciones para avizorar nuevas entradas, mejores comprensiones y posibilidades de acción más efectivas. El hacerlo conlleva a aplicar el pensamiento epistémico en pleno, pues en resumidas cuentas, se sustenta en estudiar la realidad y sus categorías sin precipitar juicios

52 CORONA, Yolanda. MORFÍN, María. Diálogo de saberes sobre participación infantil. UAM-Unicef. México. 2001. p.p 28-32.

53 "las categorías, a diferencia de los conceptos que componen un *habeas* teórico, no tienen un contenido preciso, sino muchos contenidos. En ese sentido, las categorías pueden ser posibilidades de contenido, pero no son contenidos demarcados, perfectamente identificables con una significación clara, unívoca, semánticamente hablando". ZEMELMAN, Hugo. Pensar teórico y Pensar epistémico: los retos de las ciencias sociales latinoamericanas. Documento de trabajo del IPECAL. p. 6.

54 "cuando hablamos de pensamiento, ¿a qué nos referimos? A un pensamiento que se entiende como una postura, como una actitud que cada persona es capaz de construirse a sí misma frente a las circunstancias que quiere conocer. No se trata de decir: tengo los conceptos y construyo un discurso cerrado, lleno de significaciones; se trata más bien de partir de la duda previa, anterior a ese discurso cerrado, y formularse la pregunta ¿cómo me puedo colocar yo frente a aquello que quiero conocer?". Ibid. p. 3.

teóricos predeterminados sobre algo que no conocemos⁵⁵. A ciencia cierta: ¿Cómo un operador público encargado de garantizar un derecho a una infancia determinada, puede lograrlo, si desconoce ni piensa lo poco que le llega tanto del derecho como de la infancia en cuestión?

Para esto, la problematización de los derechos de los NNA es clave; o sea, pensarlos indefinidamente sin ataduras a conceptos, a la literalidad de los artículos y a estimaciones teóricas en aras de lograr una comprensión efectiva de ellos y nuevas postulaciones que los mejoren. Máxime, con el auge de discursos negacionistas de las posibilidades de emancipación para los NNA por vía de los derechos. Acudiendo a otra forma de decirlo, son más los que han pensado para decir por qué no sirven⁵⁶, que los decididos a pensar epistémicamente, revaluando lo textual y la bibliografía recurrente para afirmar que sí, son una pieza política de un rueda emancipadora⁵⁷. Aunque, no sobra señalar que tristemente, hay quienes que ni siquiera han sobrepasado la quietud y la inercia de pensamiento para abordar, enseñar y comunicar los derechos de los NNA; basta ver las obras que reimprimen con exactitud a la CDN⁵⁸.

Para cerrar este acápite no queda más por decir que los derechos y sus categorizaciones internas están para problematizarse, repensarse, resignificarse, reevaluarse, a pesar de los artículos que los nombran y de las interpretaciones que han mellado a lo largo de dos décadas a los interesados en entender los derechos de los NNA. En una limitada oración: todo lo que se piensa y se ha postulado, por hacer tres menciones, sobre el derecho a la participación, el Interés Superior del Niño, o el Comité de los Derechos del Niño, tal vez, pueda revisarse a la luz de nuevas ópticas para mejorar su comprensión.

El contenido del texto

La investigación está dividida en tres grandes partes. La primera plantea al lector la infinidad de representaciones sociales sobre infancia, pretéritas y opositoras del proyecto de la CDN. Presenta a su vez, una definición sociológica de los derechos humanos y de los derechos específicos de los NNA. Así, como hace un recorrido histórico de la empresa de los derechos humanos y su convergencia con la infancia por medio de dos grandes procesos y fenómenos enfrentados: por un lado, toda la postura tutelarista y proteccionista direccionada por el Estado respecto a la infancia; por el otro, los movimientos de liberación, impulsores natos de la denominada emancipación jurídica de la infancia en los Estados Unidos, Europa y América Latina con la promoción y legalización de los derechos de participación. Del mismo modo, se expone una comprensión y diferenciación precisa del surgimiento de las primeras

55 "no atarse, no quedarse atrapado en conceptos con contenidos definidos, sino plantearse el distanciamiento respecto de esos contenidos, o de esas significaciones, para buscar qué significaciones o contenidos pueden tener las cosas que estamos tratando de pensar. Es la problemática de lo que aquí llamo pensamiento epistémico". Ibid. p. 4.

56 Por ejemplo, en el tema de la ciudadanía de los NNA, es mayor o más repetido el aforo que dice que los NNA no son ciudadanos que los que sí lo piensan e intentan encontrar contenidos y significaciones para sustentarlo: "En el transcurso del debate francés, algunos intelectuales, como la jurista Sophie Pennarun, se refirieron al concepto de mini-ciudadanía que podría reconocerse a los niños, ya que son futuros adultos y, por lo tanto, futuros ciudadanos". Op.cit. DE DINECHIN, Philippe. p. 44.

57 Un ejemplo, muy interesante de pensamiento epistémico donde se llega a postular que el NNA es un titular activo de derechos, a pesar que la filosofía del derecho se empeña en afirmar que no lo es con sustento en el postulado de la voluntad, la capacidad y el discernimiento es el texto de GALVIS, Ligia. Los niños, las niñas y los adolescentes. Titulares activos de derechos. Ediciones Aurora. Bogotá. 2006.

58 Quizás, la prueba más grosera de una nula epistemología en los textos conocidos de los derechos del NNA, por la simpleza de pegar textualmente la CDN en un libro y hacer un índice, tipo buscador de palabras de *Word* para los abogados que opten por la pereza, es el de GAMARRA, Fernando. Convención sobre los derechos del niño. Índice analítico. PUCP-Fondo Editorial. Lima. 2001.

Declaraciones en el Derecho Internacional referidas a los NNA, hasta la creación de la CDN en relación al contexto en que se desarrollaron, los participantes de sus composiciones, los debates que suscitaron sus promulgaciones y el pensamiento futurista del NNA que sostuvo todo los esfuerzos de la CDN, claramente localizable, en el texto de la Resolución del Año Internacional del Niño de 1979.

En la segunda parte, se propone una revisión de la transformación paradigmática sobre infancia que trae la aparición de la CDN en el Estado y en la sociedad, se analiza su concepto de la protección integral en contraposición de la desaparición del enfoque de necesidades y de los preceptos de la situación irregular otrora imperantes en el aspecto jurídico en América Latina. En esta exploración se plantea la recodificación del proteccionismo estatal y privado, del abordaje discrecional de la infancia, por una nueva forma de afrontarla desde la perspectiva legal en concordancia a un conjunto de derechos originados por la CDN, en especial de sus principios rectores: la No Discriminación, la Supervivencia y Desarrollo, la Participación y el Interés Superior del Niño; los cuales fueron analizados históricamente, mostrando sus avances y retrocesos diferenciados hasta llegar al esbozo de algunas definiciones.

La tercera parte, corresponde al sistema de monitoreo y seguimiento de la CDN, poniéndose en duda, la capacidad de control externo del Comité de los Derechos del Niño, sin que esto signifique que su existencia sea inútil para ayudar a la exigibilidad política de los derechos de los NNA y que la ratificación de la CDN por un Estado impida la puesta en marcha del aún, virgen, proceso de justiciabilidad en Latinoamérica. En las últimas páginas del escrito, se tantean los factores políticos, económicos, culturales y epistemológicos que han aplazado la viabilidad, el desarrollo y el pleno aterrizaje de los derechos de los NNA contemplados y legalizados por la CDN en nuestra región.

**PRIMERA PARTE:
CONTEXTUALIZACIÓN
HISTÓRICA, POLÍTICA Y
JURÍDICA DE LA CDN**

Capítulo 1: Los derechos de los NNA son una representación social sobre infancia

La reciente popularización de los derechos de los NNA, su sentimentalización y masivo pronunciamiento normativo, oculta un hecho no muy tenido en cuenta a la hora de constatar y quejarse de sus débiles concreciones: lo que nombramos como derechos, representa, en el fondo una de las tantas maneras como a través de la historia se ha definido, pensado y proyectado las interrelaciones con los NNA; eso que sociológicamente, se define como infancia. De este modo, a lo largo de este capítulo se propone un punto de partida; todos los pensamientos referidos a los NNA son marcos culturales, políticos e históricos que derivan y determinan sus vidas, los cuales a lo largo del tiempo coexisten con otros de parecido contenido, o de divergente posición. Tal es el caso, del paradigma de los derechos de los NNA, fundado en su más desarrollada expresión con la CDN, que recrea una infancia oponente a las clásicas posturas y actuaciones de supervisión tutelar, privativa y moratoria de la humanidad y opinión edificante de los NNA que han dominado el escenario mental y práctico de la sociedad adulta.

1.1 La infancia es una construcción social

Desde la aparición de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), se cree y se confía, por lo menos en un entramado estrictamente jurídico que existe una idea unificada sobre la infancia y el niño en cada uno de los países que la suscribieron. De hecho, que toda su vida se resume en la postulación del sujeto de derechos. No obstante, la cuestión no es tan sencilla como parece en lo que se entiende como una definición unívoca sobre la infancia, en especial, cuando de ella se espera una nueva forma de interacción entre el mundo adulto y el infanto-adolescente.

Al respecto, lo primero que habría que decir es que en la cotidianidad presente somos testigos de diversas manifestaciones y producciones discursivas y sentimentales sobre la infancia que por lo general pasan desapercibidas para nosotros. En esencia, en “las sociedades contemporáneas existen como mínimo tres grandes espacios privilegiados para la construcción de imágenes sobre la infancia”⁵⁹. En primer lugar, en todas las relaciones y dinámicas familiares aparecen en los mecanismos de comunicación de los padres con sus hijos, o en las aspiraciones que tienen para ellos una idea de la infancia. En segundo lugar, en las interrelaciones que como adultos, e incluso como jóvenes desarrollamos con la población infanto-adolescente ejercemos un patrón, una idea, o una actitud sobre la infancia. Finalmente, los medios de comunicación masifican pautas de relación y visiones determinadas sobre la infancia.

Así las cosas, podría decirse que en la interacción social se elabora, media y reproduce una definición múltiple o pluridimensional sobre infancia, o para ser más precisos variadas versiones de infancias según la familia, la escuela, la cultura, la política y los espacios geográficos. En efecto, antes de la promulgación de la CDN existía en el universo legal una definición general del niño como objeto de tutela de parte del

59 Op.cit. CASAS, Ferrán. Infancia. p. 27.

Estado y un conjunto de sentidos comunes en el mundo doméstico que tildaban al niño como un sujeto prescindible, vacío, peligroso e incapaz. Ahora, a sus veinte años, con todo y la elaboración legal de la infancia como portadora de derechos, muchas de estas percepciones se mantienen vivas, tanto a nivel mental como práctico en la educación, la crianza, y en las resistencias estatales por validar sus atributos jurídicos.

De tal modo, el inicio del curso se propone evidenciar y mostrar que ninguna teoría, visión, ley y paradigma sobre infancia tiene un carácter universal y es cien por ciento parte de las relaciones que se dan entre los adultos y los niños. Esto resulta principalmente porque la infancia supera las propias imágenes, representaciones o “lugares comunes” que el individuo posee, incluso las de los propios especialistas y gentes cercanas a la infancia como los padres de familia, los educadores, los jueces, los pediatras; y todos aquellos lectores de la CDN que la estudian sin tener en cuenta las pistas históricas y las representaciones sociales sobre la infancia.

¿Por qué se dice esto? En esencia, porque la infancia más que algo asible y estático, corresponde a las dimensiones de la representatividad social y de la estructura social. Es decir, la infancia, primeramente es todo aquello que “cada sociedad, en un momento histórico dado, concibe y dice que es la infancia”⁶⁰. En seguimiento a esta idea la infancia son más cosas de las que nos imaginamos; pueden ser suposiciones, aciertos científicos, definiciones jurídicas, discursos pedagógicos. Al fin y al cabo, todo aquello a lo que le damos prioridad cognitiva y materializamos en la acción con un niño.

Ahora bien, que la infancia se estime como una representación social significa que lejos está de ser una cuestión natural o determinada al crecimiento físico. Su real significado entra a escena como una construcción social, puesto que, las infancias son al fin y al cabo las condiciones comunes atribuidas al conjunto de individuos que reconocemos como niños y que toman forma en normas, reglas, conductas y actitudes hacia ellos diferenciadamente en cada período temporal y en cada sociedad en específico.

Es por esto, que por más que se piense una infancia ideal, la realidad social experimenta una amplia gama de ellas marcada por los procesos de socialización e inculturación respectivos de toda sociedad; por ejemplo las consideraciones de la infancia en la cosmovisión andina peruana y boliviana, pueden ser diferentes de las configuraciones sobre la infancia en Norteamérica, o de las propias comunidades indígenas centroamericanas. En cada una el niño puede ser entendido y criado heterogéneamente.

Por otra parte, la infancia también resulta ser una categoría estructural integrada en toda la organización social, a saber, está presente o conforma toda sociedad. Con mayor claridad, a pesar de que los niños devengan en adultos, la infancia continúa, existe en el núcleo de la sociedad; simplemente se reconfigura con nuevos niños⁶¹. Esta concepción es fundamental para el propósito del inicio del curso, ya que, con la regeneración de la infancia surgen dos cuestiones para no perder de vista: 1) cada

60 CASAS, Ferrán. Infancia y representaciones sociales. Revista Política y Sociedad. Vol. 43. Número 1. 2006. p. 29.

61 La infancia es una “estructura permanente en cualquier sociedad, aunque los miembros de esa estructura se renueven continuamente...” GAITAN, Lourdes. El bienestar social de la infancia y los derechos de los niños. Política y Sociedad, 2006, Vol. 43 Núm. 1. p. 67.

infancia es distinta a su predecesora a nivel de individuos, 2) cada infancia es distinta en la medida de cambios sociales, culturales, económicos y jurídicos.

Por lo tanto, la infancia como la sociedad misma se transforma. Nunca ha sido la misma o se ha establecido perennemente en la conciencia adulta. Cada época tiene una noción o una imagen general sobre el niño. Al respecto, existe un consenso amplio referido a que el reconocimiento del niño occidental como un sujeto diferente al adulto es sumamente reciente, es más que la construcción del niño como un sujeto permeado por la protección y cuidado adulto no tiene más de cinco siglos. Partamos de que en las culturas antiguas occidentales como la egipcia, la fenicia y la griega se utilizaba a los niños en ritos funerarios y en sacrificios humanos en honor de los dioses, basados en la idea esotérica de porvenir y privilegios en lo mundano gracias a la muerte del infante⁶². O, que lo que se institucionaliza hoy como instinto materno tenía cimientos muy débiles, o una racionalización precaria en el sentido que los hijos eran delegados al cuidado y alimentación de nodrizas desde el mismo momento del nacimiento, casi hasta finales del siglo XVIII.

Particularmente, “la infancia es un invento moderno y nunca antes ha gozado del protagonismo y la protección que se le dispensa actualmente” por medio del derecho internacional⁶³. Esto tiene asiento en la indiferencia y visibilización tardía del niño como un sujeto particular por el adulto. Téngase en cuenta que hasta finales de la edad media, promediando el siglo XV la infancia sería algo así como una transición leve o de corta duración sin ningún tipo de importancia para la sociedad medieval. La idea del niño era inexistente tal y como lo evidencia Philippe Ariés al encontrar una débil presencia del “niño como niño” en las iconografías del arte medieval. De manera general, si el individuo superaba la mortalidad y era inmune a la insalubridad de la época se consideraba ya un sujeto activo de la sociedad, al punto que se incorporaba a las tareas diarias de un adulto en la producción de bienes y servicios.

De tal forma, la representación de protección reglamentada en el enfoque de derechos que emana de la CDN carga una historia ligada a la desprotección y a la invisibilización del niño que no puede ser negada antes de estudiarla. Es preciso reconocer que antes de cualquier discurso y reglamentación de derechos de la niñez y adolescencia, mucho antes de la ilustración la “infancia no era más que un pasaje sin importancia, que no era necesario grabar en la memoria; [...] si el niño moría, nadie pensaba que esta cosita que desaparecía tan pronto fuera digna de recordar: había tantos de estos seres cuya supervivencia era tan problemática... El sentimiento que ha persistido muy arraigado durante largo tiempo era el que se engendraban muchos niños para conservar sólo algunos”⁶⁴.

Entonces, cómo y cuándo nace la visión del niño como un sujeto diferente y valorizado. Justamente en pleno decaimiento de las monarquías absolutas y del período conocido como el “antiguo régimen”. Es hacia el siglo XVIII, en plena emersión de la sociedad burguesa que vienen a darse dos fenómenos centrales para el futuro del niño: su descubrimiento como individuo específico y un sentimiento destinado en exclusivo para él.

62 DELGADO, Buenaventura. Historia de la infancia. Editorial Ariel. 1998. Madrid. p.p 17-37.

63 Op.cit. GAITAN, Lourdes. p. 68.

64 ARIÉS, Philippe. El niño y la vida familia en el antiguo régimen. En Revista El Observador N° 8. Septiembre 2011. SENAME. Chile. p. 87.

Estos dos procesos aparecen como resultado de una moralización y cristianización de las costumbres medievales de las familias a cargo de eclesiásticos, legistas e investigadores que la obligan a ir dejando, poco a poco, el rol clásico de otorgar ciertos saberes para la supervivencia, transmitir apellidos y la propiedad, para pasar a interesarse por el niño y a formar un lenguaje de mimos y afectos. Con ánimos de sintetizar el descubrimiento de la infancia en mención nombramos tres de sus particularidades: 1) el niño es reconocido en su especificidad psicológica y social, una muestra de ello es el interés por su jerga y expresiones para nombrar el mundo; 2) el niño es valorizado en la vida familiar y social, tanto así que se presta atención a su salud y a su higiene; 3) el niño es idealizado por aspectos que se estiman como naturales: la ternura, la inocencia, etc. Por el lado del sentimiento de la infancia sus principales características son: 1) una nueva actitud hacia el niño expresada en el cariño; 2) un complemento a la nueva actitud resguardada en la severidad y en la educación.

Por supuesto, estos fenómenos paralelos no significaron en estricto que la vida de todos los NNA desde el siglo XVIII fuese estimada. Para empezar, las ideas moralistas encuentran eco, o son tomadas como parámetro de socialización en sectores aristocráticos. Por el contrario, en la masa trabajadora “las condiciones de vida de los niños cambiarán muy poco: estarán todavía caracterizadas por privaciones, por explotación por violencia. Incluso bastante rápido empeorarán con la llegada de la revolución industrial”⁶⁵.

Vale señalar, que con el descubrimiento y el sentimiento por la infancia en occidente se rompe el modelo de educación en lo público y en el hacer que tenía el niño durante la civilización medieval. Con la presión de los moralistas la socialización del niño queda en manos de dos instituciones: la familia, encargada de garantizar sus necesidades más básicas. Al igual que la escuela, comisionada a controlar al niño, sus costumbres consideras innatas y mal sanas para el orden social y económico. Todo esto es posible gracias a la idea que viene romper la CDN en la representación jurídica universal desde finales del siglo pasado: los niños deben estar en cuarentena, prepararse para estar en sociedad porque “aún-no” son capaces, competentes, responsables, fiables, con suficientes conocimientos [...sin más...] Cuentan por su futuro, por lo que serán, pero socialmente hoy no cuentan, no son ciudadanos como los demás”⁶⁶.

1.2 La infancia con derechos también es un hecho socialmente producido

Para terminar este primer capítulo, es menester dejar claro que la representación del niño como sujeto de derechos es eminentemente jurídica, es un logro ético y político surgido en la gobernabilidad global. Impera sin ninguna duda en el campo jurídico, legislativo y posiblemente administrativo de cada país firmante de la CDN. Su propósito es generar una nueva cultura de infancia: un patrón de relacionamiento democrático y humano entre los adultos y los niños. Por tal razón es una propuesta de comprensión del niño en el marco de una norma. Sin embargo, esta representación jurídica coexiste con otras representaciones sociales que se han reproducido en la historia occidental y convertido con el tiempo en pulsiones y saberes lógicos en la gente por medio de la crianza familiar, la educación heteroestructurante que señala que el niño es vacío y el profesor es sapiente, la política que no ha abordado a la infancia como una de sus mayores preocupaciones y la propia legislación que tan sólo a lo largo del siglo XX

65 TRIUSCIZZI, Leonardo. Infancia e historia. Ifejant. Serie: Materiales de trabajo. 3 Edición. 2007. p. 24.

66 Op.cit. CASAS, Ferrán. Infancia y representaciones sociales. p. 32.

tiene sus expresiones primerizas sobre derechos de los NNA. A manera de resumen, las principales representaciones e imágenes sobre infancia que existen, a parte claro está, de la resultante de la doctrina de derechos humanos, por época e impulsores son las siguientes:

- **Sociedad Clásica (Grecia-Roma):** En estas civilizaciones no se configura una sensibilidad hacia el niño, todo se enfoca en la figura del adulto viril “cuyo cuerpo encarna la fuerza y armonía”. Así, el niño es dependiente del poder paterno y del miedo que este le provoca. Algo notable tanto en el mito de Edipo como en la ley romana que “sometía el hijo al pater familias incluso en plena juventud. Al lado de la figura del padre se coloca luego la del maestro, también ésta autoritaria y con frecuencia violenta”⁶⁷.
- **Cristianismo:** En sus orígenes, o cristianismo primitivo se presenta “un primer y amplio reconocimiento del valor de la infancia, que penetra también en el ritual de la Iglesia”, heredera directa de la visión promovida por Jesús en la que el adulto no es poseedor de la sabiduría; recuérdese la conocida frase: “No impidan que los niños se acerquen a mí”, lo que reivindica a la infancia como personas capaces de escuchar y transmitir su palabra. No obstante, con la oficialización del cristianismo como la religión del decaído imperio romano por el edicto de Constantino decae esta visión. En oposición aparece una consideración del niño como representante del “pecado original, orientado naturalmente al mal” lo que legitimaría su control, corrección y castigo⁶⁸. De tal modo, el cristianismo es reproductor de una idea pesimista sobre la infancia que alcanza su esplendor con el pensamiento de San Agustín, que en “sus Confesiones y luego en el *De Civitate Dei*, definía la Infancia como una edad no inocente, nutrida de envidia, sometida sin ninguna resistencia a la carne, dedicada a los placeres viciosos y a acciones vergonzosas, crueles e impías”⁶⁹.
- **Liberalismo (Siglo XVII):** Al ser el individuo con virtudes cívicas su máxima y principio. El niño es entendido como un ser en formación, vacío de conciencia y de autonomía. En este sentido John Locke en su libro “*Reflexiones sobre la Educación*” plantea al niño como una tabula rasa, es decir, como un ser vacío que requiere ser llenado de conocimientos para llegar a ser un adulto por las vías de la educación y una fuerte disciplinarización.
- **Romanticismo (Siglo XVIII):** En esta corriente el niño aparece como portador de la bondad y la inocencia. Rousseau lo plantea en el “Emilio” como bueno por naturaleza y en permanente riesgo de corromperse y malograrse por lo que debe educarse sin reprimendas severas sobre sus expresividad, curiosidad y candidez.
- **Moralismo (Siglos XVI-XVIII):** Sus simpatizantes fueron los propulsores del descubrimiento del niño en occidente. Para ellos los niños eran malos y debían ser corregidos y formados en el núcleo familiar y la escuela. Eran regentes del desorden, la anarquía y costumbres reversibles con la educación; por lo que se sugería una formación apartada de lo público, encapsulada, sin tomarlos en cuenta su opinión. Bien decía Montaigne: no debe “reconocerles ni movimiento en el alma, ni forma reconocible al cuerpo”.
- **Racionalismo (Siglo XVII):** Teniendo en cuenta los postulados de Descartes: “pienso luego existo”, la razón es innata al ser humano y permite alcanzar

67 Op.cit. TRIUSCIZZI, Leonardo. p. 18.

68 Op.cit. TRIUSCIZZI, Leonardo. p. 20.

69 Op.cit. TRIUSCIZZI, Leonardo. p. 20.

verdades no asibles por medio de la observación y los sentidos. El niño también se considera portador de ella, pero en menor grado; en la perspectiva de Piaget (psicogénesis, o epistemología genética) el conocimiento del niño evoluciona y se construye de niveles cognitivos precarios hacia unos superiores en etapas cronológica entre el nacimiento y la adolescencia. En tal medida alcanzar una inteligencia formal y operacional significa desarrollar una inteligencia adulta. Ser niño, palabras más, palabras menos significa tener una razón inferior.

Capítulo 2: Los derechos humanos y los derechos del niño

Corrientemente, en los estrados de la formación, exigibilidad y aplicación de los derechos del niño se salta toda su comprensión histórica y trasfondo conceptual. Es decir, se atina poco a responder ¿Qué son los derechos de los NNA? ¿Por qué los estudiamos, los podemos exigir y aplicar? Este capítulo se encarga de dar respuesta a esas interrogaciones, planteando en un primer momento que los derechos de los niños son herederos de los grandes procesos históricos que parieron a los derechos humanos, y a su vez de su significancia: el consenso, o pacto político entre una determinada población y el Estado con fines de ampliar privilegios contenidos en minorías. Una razón importantísima para ser asimilada en contracorriente de la visión ontologista de los derechos humanos, que pierde de vista cuánto costaron para su goce, o exigibilidad matutina. Luego, hace hincapié en el proceso de la internacionalización de los derechos humanos, expresada en la Declaración de los Derechos humanos del 1948, desde la cual vienen a aparecer todos los proyectos de derechos específicos para poblaciones que siguen siendo víctimas de la discriminación y violación de sus derechos azas fundamentales.

2.1 Los derechos del niño son tanto derechos humanos como derechos específicos

Todos y cada uno de los derechos de los NNA consignados y definidos en la CDN responden, son parte o se ubican en el marco general de los derechos humanos. Asimismo, son una expresión desarrollada de estos por su definición como derechos específicos.

Lo que quiere decir, por un lado, que los niños desde su concepción son entendidos como personas que cuentan con todos los derechos consensados y establecidos en los tratados internacionales y en las legislaciones nacionales. Es decir, los niños por su condición humana tienen inscritos como todas las personas derechos inherentes e inalienables: los mencionados derechos humanos. Pero al mismo tiempo, son poseedores de derechos específicos, enfocados a “mejorar y reforzar las normas en favor de la infancia frente a las normas otorgadas a los seres humanos en general, como las normas constitucionales, las cuales deben ser adecuadas a los niños mediante leyes especiales, entendiendo a la infancia como sujetos en proceso de formación, lo que explica su protección prioritaria”⁷⁰.

En efecto, la conceptualización de los derechos específicos deviene de las dificultades percibidas y vividas por ciertos grupos poblaciones para el ejercicio de sus derechos, sin ningún tipo de discriminación como el resto de seres humanos. En este caso, fue necesario para los NNA por las reiteradas discriminaciones y condiciones de vida precarias a las que se han visto amarrados, crear derechos específicos, que pusieran en jaque la determinación y el desarrollo negativo de las condiciones fisiológicas y

70 VALENCIA, Jorge. Derechos humanos del niño en el marco de la doctrina de la protección integral. Acción Por Los Niños y Rádda Barnen de Suecia. Lima. 1999. p. 98.

psicológicas de las personas tanto en el presente como en el futuro; en cortas palabras: proteger al niño sería proteger al ser humano desde su nacimiento y para toda la vida.

Como se ve, la CDN es un instrumento de derechos humanos, por cierto el de mayor aceptación y ratificación en el mundo a excepción de los Estados Unidos y Somalia, en el que se reúnen y encuentran derechos civiles, políticos, económicos y culturales. Normalmente, esto se repite de memoria pero en el fondo se desconoce qué significa tal maravilla. Lo que alimenta a futuro la suposición fácil de decir que los derechos del niño son inservibles o están simplemente para que se les irrespete.

Para ello, es preciso tener en cuenta que tanto los derechos humanos, como los derechos específicos o categoriales tienen una historia propia que permite hablar hoy por hoy de la CDN. En cualquiera de los dos casos sus evoluciones son diferentes pero están íntimamente relacionadas. Es decir, sin el propio proceso de constitución de los derechos humanos sería imposible hablar de derechos del niño; igualmente, su especificidad, a diferencia de las primeras conceptualizaciones de los derechos humanos corresponden en específico al siglo XX.

De tal modo, la CDN es una conjunción de derechos humanos pensados para todas las personas, y al mismo tiempo de derechos específicos creados para centrar la atención de la sociedad en mejorar la vida de la infancia con normas y políticas particulares. Por tal razón, es más que adecuado conocer a profundidad histórica el origen y significado de los derechos humanos a la par de los derechos del niño como herramientas intelectuales que permitan reconocer en la CDN un proyecto ético y un marco de referencia político para reconfigurar la relación entre el Estado, la familia y la infancia.

2.2 La evolución histórica de los derechos humanos

Lo primero que habría que decir y recomendar es pensar muy bien esa definición clásica de los derechos humanos que los presenta como “derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”⁷¹. Por supuesto, esta concepción se encuentra en las principales declaraciones de derechos humanos en las que se han organizado y enumerado uno a uno estos. Sin embargo, partimos de un hecho: las normas estipuladas como derechos humanos son concebidas de estar forma porque tienen como centro de interés proteger, cuidar, ayudar y preocuparse por la persona. Por lo tanto, los derechos humanos son una producción cultural, una creación humana que trasciende al individuo para vivir en sociedad con el ánimo de garantizar su autonomía y dignidad⁷².

La prueba clave de tal afirmación es su extensión y ampliación en la historia. Bien se sabe, que cada derecho humano ha tenido un tiempo y un contexto de aparición concreta frente a otros en la expansión o democratización de “privilegios de ciertas minorías [...que se...] convierten en derechos para sectores ampliados de la

71 TRUYOL Y SERRA, Antonio. Los derechos Humanos. Editorial Tecnos. Madrid. 1997. p. 11.

72 “En tanto el ser humano es un ser social, en el largo proceso de aprender a vivir colectivamente ha desarrollado una conducta cuya racionalidad radica precisamente en la capacidad de trabajo conjunto, tolerancia y proyectos comunes. Uno de esos proyectos comunes es precisamente el reconocimiento de que somos seres humanos y poseemos una condición innata semejante”. Op.cit. VALENCIA, Jorge. p.17.

población”⁷³. Estas luchas, reivindicaciones y oposiciones temporales han permitido que a los derechos humanos se les precise por generaciones y desemboquen en consensos⁷⁴. En seguimiento a lo dicho, “la primera generación aparece en la época de las revoluciones burguesas y las guerras de independencia en Europa e Hispanoamérica entre los siglos XVIII y XX...”⁷⁵, y comprende los derechos civiles dados para garantizar la libertad individual y para proteger al individuo de cualquier abuso del Estado; así como los derechos políticos que permiten al “ciudadano participar en el ejercicio del poder”⁷⁶; en sí, elegir y ser elegido. “La segunda generación corresponde al período de las revoluciones nacionalistas y socialistas de principios del siglo XX y reúne los derechos sociales, económicos y culturales” que tienen como fin que toda persona pueda disfrutar de seguridad y bienestar económico según lo estándares de una determinada sociedad⁷⁷. Finalmente, “la tercera generación surge a partir de la segunda postguerra mundial y agrupa los derechos colectivos y de los pueblos” asociados al medio ambiente y a la paz por la incapacidades de los Estados y la sociedad de proveer un espacio que no afecte los derechos ya consagrados en las demás generaciones⁷⁸.

Ahora veamos, como una forma de ampliar, reconstruir y dar cuenta del larguísimo proceso de aparición de los derechos humanos y sus respectivas generaciones presentamos la siguiente historiografía que enumera la transición creativa de cada uno de los derechos en el mundo:

1. **Magna Carta Libertatum:** En aras de proteger la libertad de la persona del despotismo monárquico, la primera expresión que viene a ser recogida como derecho humano tiene relación con la desaprobación y la rebelión contra las decisiones arbitrarias de las monarquías absolutas durante el antiguo régimen⁷⁹. En este sentido, la expresión jurídica que inaugura la doctrina de derechos humanos se da en Inglaterra en el siglo XIII, con exactitud en 1215, de parte de la nobleza y los señores feudales contra los excesos de la monarquía de Juan sin Tierra con la escritura de la Magna Carta Libertatum, o Carta Magna de las Libertades, redactada en latín y en el exilio por los barones rebeldes en la abadía cisterciense de Pontigny en Francia. En este texto de 63 artículos se establece una novísima concepción de derechos procesales y civiles para una persona ante la posible arbitrariedad del monarca. En esencia, en esta carta “se enumeran los privilegios otorgados a la Iglesia de Inglaterra, a la Ciudad de Londres, a los mercaderes y a los dignatarios feudales del régimen, así como las siguientes garantías precisas concerniendo la libertad individual de las personas: “Ningún hombre libre será detenido o encarcelado como no sea en virtud de un juicio legal de sus pares o de la ley del país”⁸⁰.

73 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 30.

74 “El concepto de generación cuando se aplica a los derechos humanos responde a dos criterios: uno histórico y otro temático, que se combinan de manera inextricable. Se trata de explicar la aparición sucesiva de series o grupos de derechos en distintos momentos de la historia contemporánea... Op.cit. VALENCIA, Hernando. p. 43.

75 Ibid. p. 43.

76 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 30.

77 Op.cit. VALENCIA, Hernando. p. 43.

78 Op.cit. VALENCIA, Hernando. p. 43.

79 “Sería la rebelión contra la arbitrariedad de las monarquías absolutas la que daría lugar a un nuevo tipo de reivindicaciones. Este movimiento por las libertades se manifestó de manera más precoz y persistente en Inglaterra, prosiguió luego en América del Norte, con la conquista de la independencia de los Estados Unidos, y culminó, durante la Revolución francesa, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”. El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. [Revisado el 6 de junio de 2010] http://www.aidh.org/uni/Formation/00Home_e.htm

80 Ibid.

2. **Franquicias de Ginebra:** En la lógica de procurar tener herramientas de contención de la arbitrariedad del monarca sobre sus súbditos hacia 1387 el príncipe-obispo ratificó “las ordenanzas, costumbres, franquicias y libertades de los ciudadanos y contrajo el compromiso de que él y sus sucesores las respetarían a perpetuidad. Entre otros derechos, las Franquicias de Ginebra reconocían que no se podía imponer a discreción tributos de la taille ni prestaciones personales a sus ciudadanos, así como que éstos ya no podían ser detenidos arbitrariamente. Garantizaban, además, la seguridad de las personas -incluidos los extranjeros- y de sus bienes”⁸¹.
3. **Edicto de Nantes:** Es hasta 1598, dos siglos después, que se tiene otra expresión de afirmación de libertades públicas e individuales con la elaboración del Edicto de Nantes, también conocido como el Edicto de Tolerancia por ser una manifestación clara de igualdad, consenso y coexistencia de derechos entre protestantes y católicos en un Estado eminentemente católico para la libertad de culto y de conciencia del conjunto fiel a las dos confesiones. Además, de las concesiones que se hicieron a los protestantes en lo referido a la libertad de conciencia, en el “plano jurídico, una amnistía devolvió a los protestantes todos sus derechos civiles. En el aspecto político, tenían derecho a desempeñar todos los empleos y a formular advertencias u observaciones (remonstrances) al rey. Como signo de buena voluntad, se les concedió asimismo un centenar de plazas de seguridad”⁸².
4. **The Petition of Rights-La Petición de Derechos:** En el contexto bélico inglés contra Francia y España, luego del fracaso del sitio de La Rochela, Carlos I de Inglaterra en 1627 pidió fondos al Parlamento para la recuperación de la fuerza de ataque. Como respuesta a ello, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes le impusieron la Petition of Rights, un texto de 11 artículos que “garantizaban tanto diversos principios de libertad política (respecto de los derechos del Parlamento) como de libertades individuales (seguridad del pueblo). Cabe mencionar entre éstos: la imposibilidad de recaudar impuestos sin el acuerdo del Parlamento, de efectuar detenciones arbitrarias y de establecer tribunales de excepción, el derecho del acusado a un proceso legal y el respeto de las libertades y los derechos reconocidos por las leyes y los estatutos del reino. El rey aceptó la Petición, que se aplicó durante dos años, pero nada más acabar la guerra, Carlos I ya no tuvo necesidad del Parlamento y reinó como soberano absoluto hasta su muerte, en 1649”⁸³.
5. **El Hábeas Corpus:** La institucionalización de la libertad individual contra una detención arbitraria, o el derecho a un debido proceso encuentra su origen en el acta de Habeas Corpus, redactada por los miembros del parlamento inglés durante el reinado de Carlos II en 1679. Con el fin de especificar los procedimientos, límites, prohibiciones y derechos que tiene todo tipo de acusado de un delito, o un prisionero en particular. El Hábeas Corpus, fue pensado como un mecanismo de protección ante prácticas corrientes que ya tenían precedentes como pactos. Su creación permitía “al juez ordenar que le fuera presentado el acusado en persona, en el plazo de tres días,

81 Ibid.

82 Ibid.

83 Ibid.

a fin de determinar si su detención era legal o no. Disposiciones precisas determinaban la forma del “writ” (mandato escrito). Todo este procedimiento tenía por objeto proteger al detenido, evitarle traslados arbitrarios, garantizarle el resarcimiento de daños y perjuicios en caso de transgresiones y responsabilizar a los ejecutantes, estableciendo multas y sanciones a los funcionarios negligentes”⁸⁴.

6. The Bill of Rights-La Declaración de Derechos: En la penúltima década del siglo XVII se fractura la concepción de derecho divino del que gozaba la realeza inglesa y su poder coactivo y hereditario, expresado duramente por Carlos II y Jacobo II, durante sus reinados absolutistas en los que fueron debilitadas las facultades del parlamento. Este fraccionamiento es producto de la Bill of Rights impuesta a la futura reina María II Estuardo y a su esposo Guillermo de Orange en plena conclusión de la revolución inglesa en 1689. Como tal, la Declaración de Derechos es una reivindicación y numeración de los derechos reconocidos y pactados con el pueblo desde 1215 por la monarquía. Es la formulación y concepto de que la ley rige a los individuos por igual. Muestra de ello, es su artículo primero que “enuncia un principio esencial: la autoridad real no tiene fuerza de ley; la ley está por encima del rey. Los demás artículos desarrollan este principio. El pueblo tiene el derecho de petición, el derecho de votar libremente, garantías judiciales y la protección de sus libertades individuales. Poco tiempo después se otorgó la libertad de culto a los protestantes”⁸⁵.

7. La Declaración de Derechos de Virginia: Como se ha visto, los derechos civiles y políticos tienen dos expresiones de origen: la revolución inglesa, y los procesos anteriores de sublevación a la monarquía como la Magna Carta Libertatum de 1225. Súmesele a esto, el escenario de revolución y posrevolución americana que inicia en 1775 y termina en 1783. En efecto ya desde 1776 algunas colonias emitieron sus declaraciones como mecanismo de reclamo y ordenanza de sus derechos ya convertidas en los Estados Unidos de América. En esta lógica, la primera y más sobresaliente fue la Declaración de Derechos de Virginia, que con sus 18 artículos serviría de inspiración y base a las 10 primeras enmiendas de la Constitución norteamericana un mes antes de la declaración de independencia. En sus 18 artículos se “enumeran derechos próximos a la noción moderna de derechos humanos: la igualdad de todos los hombres, la separación de los poderes legislativo y ejecutivo, la primacía del poder del pueblo y de sus representantes, la libertad de prensa, la subordinación del poder militar al poder civil, el derecho a que se haga justicia y la libertad de culto. Los derechos de la persona humana son considerados como derechos naturales, que ningún régimen puede menoscabar. Algunos derechos son inalienables”⁸⁶.

8. La Declaración de Independencia Americana: Justo pasado un mes de la Declaración de Virginia, en julio de 1776 se institucionaliza en Norteamérica los principios de la libertad y la igualdad, aunque con un tono naturalista que estima los derechos de la persona humana como una dotación divina de atributos inalienables, con la redacción de la Declaración de Independencia a

84 Ibid.

85 Ibid.

86 Ibid.

manos de Thomas Jefferson. Entre los cuales están: el derecho a la propiedad, el derecho a la libertad individual, de expresión y reunión y de libertad religiosa. En la mencionada Declaración se “considera como verdades evidentes por sí mismas que los hombres nacen iguales, que su Creador les ha dado algunos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, y que los Gobiernos humanos han sido instituidos para garantizar esos derechos”⁸⁷.

9. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: Hacia 1789 como resultado directo de la revolución francesa, el nacimiento de la república y la caída del régimen monárquico y feudal en dicho país, se crea un proyecto de democracia con separación de poderes y un gobierno representativo consignado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Este documento de 17 artículos vendría a ser el referente moderno de los derechos humanos y de seguimiento por la comunidad internacional; partiendo siempre de lo estipulado en su artículo primero: “Los hombres nacen y permanecen libres y con iguales derechos”. En este credo de la democracia “se enuncian principios fundamentales de orden político: la soberanía nacional (art. 3), el sistema de gobierno representativo (art. 3), la primacía de la ley (9 artículos) y la separación de poderes (art. 16). Atribuye asimismo a los pueblos y a los individuos unos derechos que siguen siendo actuales: el derecho a la resistencia contra la opresión (art. 2), la presunción de inocencia (art. 9), la libertad de opinión y de religión (art. 10), la libertad de expresión (art. 11) y el derecho a la propiedad (art. 17)”⁸⁸.

10. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del Año I: Para 1793 se presenta la primera manifestación de derechos sociales, mucho antes de los desarrollados en la revolución bolchevique, como por ejemplo el derecho al trabajo y la asistencia. Esto sucede, tras “el destronamiento del rey y la proclamación de la República, se anuló la Constitución de 1791. El 23 de junio de 1793, la Convención votó una nueva Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que encabezaba la nueva Constitución. Sus 35 artículos reproducen los principios de la Declaración de 1789, insistiendo en la igualdad, que menciona como el primero de los derechos naturales e imprescriptibles. Insiste asimismo en la noción de solidaridad y enuncia varios derechos nuevos, como son: el derecho a la asistencia (art. 21), el derecho al trabajo (arts. 17 y 21), el derecho a la instrucción (art. 22) y el derecho a la insurrección (art. 35)”⁸⁹.

11. La Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano: A pesar de la declaración posrevolución francesa de los derechos del hombre y el ciudadano y su afianzamiento en un corpus constitucional, su cumplimiento y respeto no fue cabal. Sobre todo, por el posicionamiento en el poder de Robespierre en 1793, defensor a ultranza de la nueva república y enemigo de diversos grupos políticos que legitimaban la monarquía constitucional y el Estado descentralizado como, por ejemplo los derrocados girondinos. Robespierre alimentó la idea que el proyecto político de la República debía defenderse a cualquier costo, por medio de cualquier acción preventiva

87 Ibid.

88 Ibid.

89 Ibid.

contra todo aquel enemigo o sujeto de sospecha que intentara iniciar una contrarrevolución para lo cual fue captor del poder hasta 1795⁹⁰. De tal modo, el denominado período del Terror condujo a la liberalización del contenido de la declaración como resultado de la muerte en la guillotina de miles de personas tildados de ser peligrosos para la consolidación de la República. No fue hasta la caída y muerte Robespierre que se elaboró la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano en 1795 la cual tenía como objeto “restablecer el equilibrio entre los derechos y los deberes, roto por los excesos del Terror”⁹¹.

12. La Constitución de la Segunda República y la abolición de la esclavitud:

La creación de derechos humanos en el siglo XIX culmina en el postcontexto de las revueltas obreras de 1848, mejor conocidas como la “revoluciones de la primavera de los pueblos”, que encontraron eco no solamente en Francia sino en otros países europeos con la acción de barricadas como forma de revuelta. Así, con la caída de Louis Felipe de Orleans producto de la presión social, Francia redactó una nueva constitución con fuertes premisas sociales gracias al gobierno transitorio de la primera etapa de la segunda república⁹², vigente de febrero, hasta el 23 de abril de 1848, antes de la llegada al poder por sufragio de Louis Napoleón Bonaparte, conocido posteriormente como Napoleón III a partir del 2 de diciembre de 1852 y la instauración del Segundo Imperio. Entre los principales logros de la constitución de 1848 se encuentran el derecho al trabajo, la asistencia, al igual que el sufragio universal, la abolición de la pena de muerte y de la esclavitud.

13. La Constitución de los Estados Unidos de México:

Finalizando la revolución mexicana se redacta una constitución que vendría a reevaluar principalmente la concentración de la tierra que imperaba con la constitución de 1857. La nueva constitución de 1917 inaugura el siglo XX en términos de derechos sociales y económicos principalmente con el reconocimiento del derecho a la educación y la responsabilidad estatal para su gratuidad. En consonancia, el artículo 3 reza que la educación preescolar, primaria y secundaria debe ser gratuita, obligatoria y laica. Por otro lado, en el artículo 123 se establece la jornada laboral de 8 horas, y el derecho a la huelga para exigir mejores condiciones laborales.

14. Declaración Soviética de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado:

Pasado un año de la constitución mexicana aparece en Rusia y bajo la redacción de Lenin, como preámbulo de la primera Constitución Soviética, la

90 Las palabras de Robespierre ejemplifican tal pensamiento: “El gobierno revolucionario debe a los buenos ciudadanos toda la protección nacional; a los enemigos del pueblo no les debe sino la muerte”. Informe presentado a la Convención en nombre del Comité de Salvación Pública el 5 nivoso año II, 25 de diciembre de 1793. Pronunciado por Robespierre. En la Historia en sus textos. La revolución francesa. PRIETO, Fernando. Ediciones Itsmo. España. 1989.

91 Ibid.

92 “El 26 de febrero, un decreto fue colocado en las paredes de la capital: “El gobierno provisorio de la República francesa, se compromete en garantizar la existencia del obrero por el trabajo y a garantizar trabajo a todos los ciudadanos [...] Dos semanas más tarde, los famosos “ateliers nationaux” (talleres nacionales) estuvieron abiertos en una total improvisación. Al inicio no reunían más de algunos millares de hombres para llegar a los cerca de 100.000 en las vísperas de los eventos de junio que provocaron su cierre total”. En la constitución de 1848 se lee en el artículo 7: “El derecho al trabajo es aquel que tiene todo hombre de vivir trabajando. La sociedad debe por todos los medios productivos y generales del que dispone y que serán organizados posteriormente, ofrecer trabajo a los hombres en buenas condiciones de salud que de otra forma no pueden encontrar trabajo”. En el artículo 9: “El derecho a la asistencia es aquel que pertenece a los niños abandonados, a los enfermos y a los adultos mayores, ellos deben recibir del Estado los medios para subsistir”. ROSANVALLON, Pierre. La nouvelle question sociale, Repenser l'Etat-Providence. Editorial Seuil. Paris. 1995. p.p 131-165.

Declaración Soviética de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de 1918. Su composición alude esencialmente a garantizar derechos sociales y económicos de la población gracias a la redistribución pública de la tierra, los medios de producción y de transporte⁹³.

15. Constitución de Weimar: Alemania junto a México son impulsoras del constitucionalismo social, es decir, la positivización de los derechos sociales en las constituciones. Hecho que a futuro junto a la creación de la Organización Internacional del Trabajo, favoreció el reclamo popular para la inclusión de derechos de segunda generación en las constituciones nacionales. Justamente la Constitución de Weimar de 1919 proclamó derechos sociales para los ciudadanos alemanes como la protección a la familia, el derecho a la educación y al trabajo.

2.3 La internacionalización de los derechos humanos: la aparición de la Declaración Universal de 1948

A primera vista, luego de este breve repaso y conocimiento de la elaboración de los derechos humanos a lo largo de la historia, salen a flote algunas conclusiones importantes antes de abordar la creación de los derechos del niño. Para empezar, es notorio que la tradición de las generaciones de derechos en su mayoría es eurocéntrica, o por lo menos toma notoriedad en su verbalización desde esa perspectiva.

Por otra parte, es perceptible que la progresiva creación de derechos a raíz de variadas rebeliones y revoluciones nacionalistas resultan ser una inspiración para la promulgación de cartas, declaraciones y constituciones en varios países. Esto evidencia que los derechos humanos en sus determinadas apariciones van tomando cuerpo gracias a un espíritu internacional que se enclava en experiencias locales. Es decir, tienen epicentros y radios de acción y cobertura meramente nacionales, compartiendo claro está el espíritu de lo ya avanzado o postulado en otra región y por otra sociedad del planeta.

A razón de ello, y teniendo como base los casi cincuenta millones de civiles muertos en el transcurso de las dos guerras mundiales y la débil repercusión y respeto que tuvo la Sociedad de Naciones, creada en 1919 con el propósito de fomentar una política de no agresión transnacional y de seguridad con sustento en el arbitraje y la paz, se hizo necesario la creación de una organización, un conducto y un documento que regulara de forma precisa el concepto de derechos humanos, y sobre todo, los estableciera y resumiera con claridad para que fuesen respetados por los Estados y la sociedad civil. De tal manera, en cumplimiento a la Declaración de las Naciones Unidas de 1942, en la que 26 Estados se comprometieron para luchar bajo una coalición aliada contra Alemania, Japón e Italia y a posteriori del conflicto permanecer unidos para fundar una organización internacional para la promoción de la paz en el mundo surge lo que hoy conocemos como la gobernabilidad global.

⁹³ Tal y como lo ilustra los incisos i y 2 del II título: "1. Queda abolida la propiedad privada de la tierra. Toda la tierra, junto con todas las construcciones, aperos y otros medios de producción agrícolas, es proclamada propiedad de todo el pueblo trabajador. 2. Se confirman las leyes soviéticas sobre el control obrero y el Consejo Superior de Economía Nacional, con el objetivo de asegurar el poder del pueblo trabajador sobre los explotadores y como primer paso para que las fábricas, talleres, minas, ferrocarriles y demás medios de producción y de transporte pasen por entero a ser propiedad del Estado obrero y campesino".

Con precisión, con la redacción de la Carta de las Naciones Unidas, el 26 de junio de 1945, se crea formalmente la Organización de Naciones Unidas y el discurso de los derechos humanos toma un carácter internacional, ya que se comprende que su respeto y promoción puede garantizar la paz entre las naciones y sociedades⁹⁴.

Así, una de las iniciales misiones concertadas de la naciente organización fue “en su primer período de sesiones, establecer una comisión sobre derechos humanos, como fue previsto en el artículo 68 de la Carta”⁹⁵, la cual de inmediato tendría como tarea la designación de un Comité de Redacción Oficial de un instrumento compilatorio de derechos humanos. La discusión en ese momento se centró en si aquél, debería tener carácter jurídico bajo la silueta de una convención, o si por el contrario debería ser un instrumento directivo, guía y de inspiración moral para los Estados bajo el marco de una declaración.

Al final, como se conoce de sobra, se “decidió elaborar dos documentos: un proyecto de Declaración que enunciaba los principios o normas generales de los derechos humanos, y un proyecto de Convención que definiría concretamente los derechos así como las limitaciones respectivas”⁹⁶. Ese es el nacimiento de la famosa Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948 en París mediante una resolución aprobatoria de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Es a partir de ese momento que las generaciones de los derechos humanos son organizadas y reconocidas en un documento aprobado y consensado por los países del mundo con el ánimo de garantizar la convivencia duradera; que alcanza un grado de compromiso y representación internacional. De igual forma, la proclamación de la declaración marca un hito al promulgar que el Estado tiene obligaciones de acción y de abstención con sus ciudadanos y sus derechos, los cuales, son superiores y anteriores al mismo ente estatal.

Anexamente a la estipulación de los derechos en la declaración se genera y desarrolla una hermenéutica que permite entender su protección. Con el segundo artículo de la Declaración, que reza: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”; se formula uno de sus tres principios: la universalidad, a saber, que valen para todas las personas, sin ningún tipo de distinción. Más allá, en torno a la futura guerra fría, el bloque capitalista empezó a promulgar la voz de una cierta superioridad de los derechos civiles y políticos por considerarlos de “aplicación directa e inmediata y de observancia obligatoria por parte del Estado” frente a los derechos de segunda generación que resultan ser progresivos a la salud económica de una nación⁹⁷. A lo que respondió la Asamblea General mediante Resolución 421 E (V) el 4 de diciembre de 1950 que: “El goce de las libertades cívicas y políticas y el de los derechos económicos, sociales y culturales están vinculados entre sí y se condicionan mutuamente, y que el hombre, privado de

94 “Indudablemente que el interés de la Carta de las Naciones Unidas por la protección de los derechos humanos, así como el reconocimiento de las libertades fundamentales de la persona humana es consecuencia directa del hecho de haber comprendido la comunidad internacional que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Op.cit. VALENCIA, Jorge. p. 38.

95 Organización de las Naciones Unidas: Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos. 1978. p. 26.

96 Op.cit. VALENCIA, Jorge. p. 52.

97 Op.cit. VALENCIA, Jorge. p. 54.

los derechos económicos, sociales y culturales, no representa esa persona humana que la declaración universal considera como el ideal del hombre libre”⁹⁸.

De esta manera, se establece la indivisibilidad y la interdependencia como principios de los derechos humanos en suma a la ya precisada universalidad, al estimar que no existe jerarquía entre ellos y que la negación de alguno conlleva a la anulación de los demás⁹⁹.

Recapitulando, es pertinente aclarar, que durante el proceso de aparición de los derechos humanos en experiencias locales y en lo contenido en su explosión internacional de 1948, la infancia y la especificidad de sus derechos es nula, principalmente por efectos de su invisibilidad en las familias, o al predominio del orden tutelar del padre. Empero, esto viene a cambiar con la inclusión de la fuerza de trabajo de los niños en la revolución industrial y su sobreexplotación; y las leyes y opinión crítica que forjó ese fenómeno. De ahí, que la historia de los derechos específicos sea totalmente opuesta y distinta a la de los derechos humanos en sí, puesto que, si la “historia de los Derechos Humanos generales comenzó con los derechos de libertad ciudadanos, lo que marcó el inicio de los Derechos de los niños no fue ningún concepto de libertad sino la protección de los niños y niñas”¹⁰⁰.

Protección, evidentemente, marcada por un sentimiento y visualización de la infancia como víctima de problemas y necesidades sociales que derivaron a lo largo del siglo XX en atenciones y especializaciones de la pedagogía, la medicina y la psicología, pero a su vez, en un paradigma de normalización de derechos como manifiesto de que lo que viven los niños es a todas luces una responsabilidad colectiva. En cierto modo, lo acaecido deriva de que ciertos comportamientos y situaciones de vida de la niñez y la adolescencia se empezaron a percibir como negativos, por lo que, aparecieron medidas y conceptos como respuestas para construir o transformar dicha realidad dañina y rechazada¹⁰¹.

Vale recalcar, que disciplinar a un hijo con un palo o con un cinturón cada día más se aprecia como una brutalidad o una manera inadecuada de enseñar y de amar. Pero hasta hace unos pocos decenios era algo perfectamente normal y valorado. Por lo tanto, de no ser por una “mirada distinta” de nuestra relación con el mundo infantil que indica como erróneo ese proceder, en suma a ciertos factores utilitarios de la sociedad adulta que visualizaba al niño como futuro, sus derechos no existirían.

No queda más por plantear, que el proceso de legalización de los derechos específicos de la infancia ha sido arduo y se ha presentado como una iniciativa de cambio en tres grandes fases a nivel internacional en la doctrina de los derechos humanos durante

98 ALVAREZ VITA, Juan. Versión magnetofónica de la cátedra de Derecho Internacional Público. Universidad de Lima, Septiembre de 1986. Op.cit. VALENCIA, Jorge. p. 55.

99 “los derechos humanos no pueden ser divididos en categorías distintas ni se les puede clasificar en la forma de jerarquía de valores. Por tanto, deberían promoverse y protegerse todos los derechos humanos al mismo tiempo, pues sin derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos nada significan” MONROY CABRA, Marco Antonio. Los derechos humanos. Editorial Temis. Bogotá. 1980. p. 71.

100 LIEBEL, Manfred. Entre protección y emancipación: Derechos de la Infancia y Políticas Sociales. Facultad Ciencias Políticas y Sociología, Universidad Complutense de Madrid. Las Monografías del Experto: Experto en Políticas Sociales de Infancia. Serie Teoría Noviembre 2006 N° 1. p. 10.

101 Por ejemplo, el “como disciplinan los padres o tutores a niños y niñas siempre fue visto como un asunto privado hasta finales del siglo XIX y, por tanto, no era pensable que se juzgara o se pretendiera modificar a través de actuaciones públicas; verlo de otra manera era modificar una visión o creencia profundamente arraigada en occidente: los hijos son propiedad privada de los padres y hubiera atentado contra una figura jurídica fundamental del derecho romano, la patria potestas”. Op.cit. CASAS, Ferrán. Infancia y representaciones sociales. p. 29.

el siglo XX: 1) con la Declaración de Ginebra de 1924; 2) con la Declaración de los Derechos del Niño de 1959; 3) con la aparición de la CDN de 1989. Esto es, su proceso iniciático duró menos que los ocho siglos que tomó consolidar en una doctrina las generaciones de los derechos humanos; proceso que se analizará con detenimiento en los próximos capítulos.

Capítulo 3: Las Declaraciones de los Derechos del Niño de 1924 y 1959: sus asideros intelectuales y los actores involucrados

Los derechos humanos especificados a los NNA son una construcción que gatea sus primeros pasos a finales del siglo XIX y toma carrera a lo largo del siglo XX; por más descabellado que suene, sumando todas sus etapas, tienen casi 120 años, o sea, similar edad que el majestuoso invento del cine. Este capítulo se dedica a mostrar esa trayectoria, empezando con las primeras manifestaciones estatales por recrear leyes protectoras de la infancia; así como de narrar el origen y el pensamiento subyacente que produjo las dos Declaraciones internacionales de derechos de los NNA previas a la CDN. Por otra parte, en el apartado final del capítulo se proponen y rescatan experiencias privadas, especialmente de la pedagogía, que en el mismo siglo XX, en sus fueros acordaron, practicaron y exigieron derechos de una superioridad notable a lo producido en la gobernabilidad global por aquellos años respecto de los NNA.

3.1 El proteccionismo: el combustible de las iniciales experiencias nacionales e internacionales de protección jurídica de los niños

Evidentemente, los derechos humanos como los derechos del niño tienen una historia propia y un contexto de ideas, pensamientos y sentimientos sobre el ser humano y la infancia, que a fin de cuentas permiten su construcción y promulgación. Por lo tanto, se puede afirmar, que el nacimiento de las declaraciones del niño en el escenario internacional que anteceden a la CDN, tienen como ésta última, un marco ideológico y de representaciones sobre la niñez rondando a las épocas de su promulgación.

Esto es algo bien cierto. Que a veces se obnubila por la comprensión de los derechos del niño como una obra del siglo XX resultado directo de los vejámenes de las guerras mundiales. Empero, su producción mental es mucho más extensa. Al respecto, lo primero que habría señalar es que los derechos del niño, como se repitió a lo largo del capítulo anterior, son una consecuencia del cambio de mentalidad o la percepción de algunos elementos negativos de la vida de los NNA que conlleva a generar un mundo separado a nivel jurídico de los adultos. En otros términos, a razón de situaciones consideradas erróneas o contraproducentes para los niños se hizo necesaria la creación de normas especiales para protegerlos. La manifestación más importante sobre el cuidado tutelar, surge de la consideración problemática del niño explotado durante la revolución industrial en la que se exponía constantemente al peligro su vida. Recuérdese que en Inglaterra en “1897, según el censo, la industria contaba con 223.385 adolescentes de doce a dieciocho años del sexo masculino y casi otro tanto, 210.182 de la misma edad y del sexo femenino”¹⁰².

Partir de las primerísimas expresiones al derecho a no ser explotado es fundamental, ya que es el origen de un discurso y de una ideología que fundamenta la titularidad de derechos para la niñez que hoy conocemos. En efecto, si antes de la decadencia

102 PERROT, Michelle. La juventud obrera. Del taller a la fábrica. En Levi, Giovanni y Schmitt, Jean-Claude. Historia de los Jóvenes: II. La edad contemporánea. España. Taurus. 1996. p. 132.

del antiguo régimen los niños recién se “destetaban” de la dependencia materna se integraban a los oficios y roles de los adultos, con el advenimiento de la sociedad burguesa sucede todo lo contrario: el niño es reconocido en su especificidad y autonomía. De tal forma, el “niño llega a ser portador del futuro, sobre él la familia y la sociedad operan una inversión afectiva y económica, por lo tanto es respetado, asistido, educado y acompañado con cuidado durante su crecimiento”¹⁰³.

Así, nace desde el siglo XVII, principalmente, por razones de transmisión y revalorización de la propiedad privada en la familia a los hijos legítimos, una idealización del niño como el hombre del mañana con dos preceptos clásicos: la familia debe privarse de la violencia contra el niño, transmitir afecto y cuidar su higiene personal; asimismo la escuela debe transmitir los saberes más importantes para que él los ejerza en la adultez. No obstante, el paradigma de la potencia del infante en mención toma real fuerza hasta el siglo XIX con la apropiación nacionalista de tal mirada que encamina la educación como el único medio para crear capital social. En consecuencia, el Estado se expande hacia el principal núcleo privado, antes intocado, para “velar por la existencia y funcionamiento de mecanismos institucionales que aseguren la formación de ciudadanos productivos, con fuerte apego y lealtad a los valores nacionales y provistos de virtudes cívicas”¹⁰⁴.

Por supuesto, esta formulación tiene vida en pleno apogeo del progreso, por lo cual, la necesidad de proteger a la infancia, de dotarla de bienestar deviene de una ecuación que tiene como resultante común: el desarrollo nacional. La cuestión es sencilla, la infancia se visibiliza para el Estado porque le es funcional para su proyecto de país, puesto que con una vigilancia sobre las familias para el cumplimiento de una adecuada socialización infantil (educación y protección) se tendrán adultos competentes y productivos que en teoría generarán vanguardia y progreso económico y político a la nación.

Toda esta conceptualización dual de socialización-productividad va derivando en que cada vez más la infancia se incorpore a las preocupaciones públicas, como lo evidencia el famoso caso de Mary Ellen en 1871, que marca una pauta en punición en lo que se refiere al maltrato familiar contra los niños, así fuese en su momento con una condena a su padrastro por el Tribunal de New York con sustento en la “Ley contra la crueldad con los animales”.

Ahora veamos, la ebullición de este pensamiento proteccionista del hombre por hacer se vuelve institucional gracias a los saberes intocados de las nacientes ciencias del niño: la psicología, la pediatría y la pedagogía que comparten un conocimiento especializado, en un período expresivo de regularidades sociales por el auge del positivismo. Tal juicio se amparó en la “identificación de un creciente catálogo de necesidades propias de la infancia. La satisfacción de éstas contribuyen al desarrollo normal del niño, mientras las necesidades insatisfechas constituyen indicadores de riesgo...”¹⁰⁵.

De tal manera, se reamplia, se remasifica y se refortalece la posición proteccionista sobre los niños de parte del Estado en presión a las familias para evitar tener seres anclados y limitados como pre-ciudadanos, carentes de obediencia y respeto a la ley;

103 Op.cit. TRIUSCIZZI, Leonardo. p. 23.

104 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 15.

105 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 18.

y pre-productivos, limitados a la hora del trabajo y la producción nacional. A su vez, se crea un sistema de intervención para rehabilitar y remediar esas necesidades infanto-adolescentes que pudieran estar insatisfechas, lógicamente, siempre en segmentos populares y de bajos ingresos incapacitados para solventar los requerimientos, incluso, los más básicos de sus hijos.

La idea en esencia era controlar cualquier desviación del niño “prometido” por medio de sistemas legales y administrativos de protección especial, impulsados particularmente por el llamado “movimiento de salvación por los niños” a finales del siglo XIX en los Estados Unidos que empujó al Estado a albergar y tratar a niños que hubiesen sido detectados en situación de abandono y peligro moral estipulados previamente en “Códigos” en los que el niño quedaba en una clara condición de objeto a proteger.

Como se ve, mucho antes de la promulgación del primer instrumento de derechos humanos del niño se venía delineando un modelo de pensamiento que prácticamente lo da a luz. Decimos esto, partiendo de que si bien los derechos del niño emergen en el siglo XX, a lo largo de éste, han tenido varias fases hasta convertirse en derechos exigibles de verdad, sin rastro alguno de apariencia tutelar.

3.1.1 El primer documento internacional de derechos específicos para los NNA: la Declaración de 1924

Particularmente, la Declaración de los Derechos del Niño de 1924, también conocida como la Declaración de Ginebra es un efecto y una muestra de la corriente proteccionista que recién relatamos con brevedad. Tiene como herencia la defensa del niño como acarreador de futuro, en un momento clave de la historia: la culminación de la I guerra mundial. Para nadie es un secreto que con la confrontación bélica de cuatro años finalizada en 1918 la mayoría de víctimas fueron civiles, entre ellos muchos niños, frente al gran cuerpo militar destinado a la batalla. Este hecho impulsa a Englantyne Jebb, creadora de la alianza Save the Children International, a pasar una iniciativa a la Sociedad de las Naciones para que se comprometieran los países miembros a cumplir y guiar sus acciones con la niñez por medio de una declaración internacional de derechos para los niños.

En tal sentido, la Declaración de Ginebra es el primer instrumento internacional y universal emitido por consenso de naciones soberanas en lo referido a derechos humanos y en particular, a derechos específicos para la infancia. Es un documento muy breve, con 5 puntos que expresa una moral adulta prospectiva de cómo debería ser la vida de los NNA en un escenario de paz y prosperidad:

- 1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.*
- 2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huerfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados.*
- 3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.*
- 4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.*
- 5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.*

A ciencia cierta, la Declaración de Ginebra es un manual de modulación del comportamiento del adulto hacia la niñez y la adolescencia, que jamás alcanza la categoría de un texto de derechos autónomos y concretos, debido a que su escritura devela una concepción clara del niño como un objeto de expiación y salvación para la humanidad¹⁰⁶.

Vale decir, que en relación a la Declaración de Ginebra, la Sociedad de las Naciones creó un comité para la protección de la infancia, pero “los derechos establecidos no eran reclamables, puesto que no había jurisdicción internacional competente”¹⁰⁷. Aunque, la verdadera razón de su falencia para controlar los principios declarados como guías para los Estados consiste en que toda Declaración representa un ideal común de esfuerzo para la humanidad, una añoranza de los pueblos, una resolución que carece de vinculación jurídica expresa. En suma, toda Declaración es un recordatorio, un compromiso de palabra, una fuente de inspiración entre las partes que la acuerdan y aprueban.

En la misma trayectoria, la discusión y la afirmación de los derechos del niño, recién aparecidos en la escena internacional gracias a la Sociedad de las Naciones vienen a perderse y esfumarse de las principales preocupaciones institucionales por el inicio de la II guerra mundial en 1939. La única manifestación presentada y en coincidencia con el conflicto transnacional, se dio el 12 de abril de 1942, cuando “los expertos de educación de los 19 Estados participantes de la Conference of the New Education Fellowship que tuvo lugar en Londres, firmaron la así llamada Children’s Charter for the Post-War-World” como una compilación de valores antinazis para la educación de la infancia en el mundo¹⁰⁸.

De resto no fue hasta casi década y media después que en plena coyuntura de reparaciones y reconstrucción de Europa, así como de años de asistencia a las víctimas civiles de parte de las Naciones Unidas por la barbarie de las hostilidades, que se hace imperiosa la creación de una Declaración que mejore la redactada en los años veinte. Y que complemente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su referencia a la infancia, pues simplemente es mencionada en su artículo 25 como digna a “cuidados y asistencia especiales”; a saber los derechos del niño no están incluidos en ella.

3.1.2 El segundo episodio internacional de derechos específicos de los NNA: la Declaración de 1959

En concordancia, el 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprueba la Declaración de los Derechos del Niño con la legitimidad de todos los países miembros. El nuevo manuscrito consta de 10 artículos y cambia notoriamente el lenguaje y el contenido de la declaración originaria, aunque conserva nociones claras del proteccionismo como cuando plantea en su preámbulo que *“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida*

106 “Su orientación en la protección y en la beneficencia no daba espacio para que se reconociera la autonomía de los niños, ni la importancia de sus deseos y sentimientos o su rol activo en la sociedad”. LIEBEL, Manfred. Entre protección y emancipación: Derechos de la Infancia y Políticas Sociales. Facultad Ciencias Políticas y Sociología, Universidad Complutense de Madrid. Las Monografías del Experto: Experto en Políticas Sociales de Infancia. Serie Teoría Noviembre 2006 N° 1. p. 12.

107 Ibid. p. 13.

108 Ibid. p. 13.

protección legal, tanto antes como después del nacimiento". Es decir, aún lo define en contrariedad a nuestro presente como un sujeto que "todavía no es", que literalmente es mañana. Por otra parte, es sobresaliente como la nueva declaración expresa en su artículo 6: "*El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión*"; lo que evidencia un debilitamiento de la consigna de que lo único importante para la creación del hombre que habita en el niño es la satisfacción de sus necesidades materiales y cívicas. Asimismo, es interesante remarcar que a diferencia de la Declaración del 24, se postula que: "*El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración*"; esto es, se le reconoce como poseedor intrínseco de derechos o ser que goza de ellos.

3.2 Algunas experiencias privadas de derechos antagónicas al proteccionismo y previas a la CDN

Hasta aquí podría decirse que la CDN tiene una historia eminentemente proteccionista traducida en las Declaraciones de 1924 y 1959; algo así como su historia formal en el entramado de las Naciones Unidas. Pese a ello, la CDN también se nutre de otra corriente de pensamiento que aboga por la autonomía y la participación de los niños en la sociedad con una génesis temporal paralela a las formulaciones de la protección. Justamente, con la caída de la I guerra mundial y en plena revolución bolchevique aparece un movimiento llamado "Educación libre para los niños" influenciado por diferentes tendencias de la pedagogía de la reforma. Este grupo con anterioridad a la Declaración sugerida por la filántropa Jeb a la Sociedad de la Naciones creó la Declaración de Moscú sobre los Derechos del Niño con una perspectiva totalmente distinta a la oficializada internacionalmente en Ginebra¹⁰⁹.

Rompiendo un poco, con el paradigma de la protección tan marcado por las contingencias del riesgo que siempre está en la vida de cualquier persona, los pedagogos rusos se enfocaron en promulgar que lo importante no es proteger, sino "fortalecer la posición de los niños y niñas en la sociedad y lograr condiciones de igualdad de derechos con los adultos" sin importar su edad¹¹⁰. Lo que quiere decir, que proteger por proteger, atender por atender, cuidar por cuidar siempre la herida y el suceso violento era un error y lo idóneo sería fomentar condiciones "de vida y de acción que permitieran a niñas y niños una vida en dignidad y el desenvolvimiento libre de sus necesidades, fuerzas, capacidades y habilidades"¹¹¹.

A lo largo de sus 17 puntos sobresale una apología a la libertad del niño como herramienta de construcción de vida y un rechazo vehemente a la coacción como medio de formación:

- Por ejemplo, en el artículo 3, se remarca que "*Todo niño, independientemente de su edad, es una personalidad determinada y bajo ninguna circunstancia deberá ser considerado propiedad de sus padres, ni de la sociedad, ni del Estado*".
- O en su artículo 11, expone que: "*Todos los niños tienen el derecho de participar en la redacción de la normas que regulan su vida y sus capacidades*".

109 La Declaración fue presentada durante la Primera Conferencia Nacional de las Organizaciones por la Educación Cultural ("Culto Proletario"), que se celebró del 23 al 28 de febrero de 1918 en Moscú. Ibid. p. 14.

110 Ibid. p. 14.

111 Ibid. p. 14.

- Algo recalcado con el artículo 14 que reza que: *“Todo niño podrá expresar libremente su opinión y sus pensamientos, ya sea en forma verbal o escrita, al igual que los adultos...”*.

Como se alcanza a percibir, el carisma del movimiento “Educación libre por los niños” como lo sugiere su nombre y el contenido de su Declaración partía de una fuerte crítica y análisis del sistema escolar estatal, sustentado clásicamente en el autoritarismo del maestro y la negación de los saberes y capacidades innatas de cada niño. En este esquema pedagógico el niño no era libre y vivía atorado en la repetición adultocéntrica del que enseña; lo que indica poco respeto para él por una represión instantánea, dado el caso que comentara sus propias ideas, juicios y sentimientos.

En similar tónica y paradigma educacional el famoso pediatra y pedagogo polaco Janusz Korczak en su célebre obra “Cómo amar a un niño” proclama una “Carta de Libertades para los niños” con sustento en tres derechos fundamentales: 1) *“el derecho del niño a su muerte”*, 2) *“el derecho del niño al día de hoy”*, y 3) *“el derecho del niño a ser como es”*. Vale decir, que con el primero, quiso hacer un llamado urgente a la autonomía del niño que se ve estrangulada por el fuerte sobreproteccionismo de los padres que evitan que viva a plenitud¹¹².

Pese a estas propuestas liberadoras y voceras de una relación horizontal entre el mundo adulto y el infanto-adolescente su impacto real fue escaso. No es hasta un período de emancipaciones sociales de grupos históricamente oprimidos y sin libertades civiles asibles que empieza a masticarse de nuevo la oración del niño como ser participativo y autodeterminante de su realidad. Esta vez el espacio geográfico y social es distinto. Es en los Estados Unidos donde la visión heredada del siglo XIX del niño como objeto de protección y compasión comienza a fracturarse con el fortalecimiento y las reivindicaciones de la mujer, las negritudes y los grupos homosexuales. Quiérase o no, la suma de estas reclamaciones y exigencias rompe las imágenes tradicionales de dominio del padre y del hombre cabeza de hogar.

Inspirados por tal coyuntura, de reclamación efectiva de derechos civiles, sale a flote a mediados de los setenta el Movimiento por la Liberación de los Niños (Children’s Liberations Movement-CLM) a manos de dos personajes principales: Richard Farson y John Holton. Su fin principal fue llamar la atención sobre el carácter y el humor de una democracia que evitaba que los niños participaran de ella; a saber, visibilizar que con la inclusión de las minorías étnicas y de la mujer seguirían siendo los niños el grupo más excluido del orden social. Estas consideraciones fundamentan una crítica al paternalismo más radical y un llamado a revertir la concepción del proteger: poniendo de antemano lo positivo, lo que el niño puede hacer y vivir, a lo negativo, lo que por evidencia física le fuera imposible.

En seguimiento a lo dicho, tanto Farson como Holton proponen que poco basta con la Declaración del 59, ya que carece de representatividad y exigibilidad infantil por la ausencia de derechos para participar y emanciparse en la escena pública. Sus propuestas para complementar la protección y derrumbar la “infantilización” con la que se trataba al niño se resumieron en un conjunto de derechos. Por un lado, Farson demandó el derecho a votar y el derecho a trabajar. Por el otro, Holton expuso la

112 “Con los otros dos derechos, hace hincapié en su convicción de que los niños no están camino a ser personas sino que ya son personas enteras que tiene el derecho a tener una vida propia”. Ibid. p.17.

necesidad del derecho a información, el derecho a la autoeducación y a la participación económica y política.

Sus posiciones y elaboraciones conceptuales frente a lo que consideraban como ausente para que el niño fuese en verdad un ser activo desde la ley no tuvo un resultante para ellos in so facto; es decir, los cambios no se dieron a la “vuelta de la esquina” como se dice popularmente. Tomó mucho más tiempo. Más aún, cuando las posiciones defensoras de la autonomía infantil se estigmatizaban y desprestigiaban por la ya caduca, pero existente y resistente defensa cronológica de la incapacidad auspiciada y voceada por el sentido común, el derecho comparado y la epistemología genética de Piaget.

Lo que sí es cierto, es que al estar circulando el mensaje del CLM, como un punto de vista distinto sobre los derechos del niño, y en una época débilmente conservadora los cambios fueron inevitables; al punto que el Estado restringió la autoridad de los padres y los maestros. En el primer caso, es ejemplarizante como en 1982 la Comisión Británica sobre Leyes señaló: “...el concepto del derecho de los padres, en el sentido de conceder a éstos el control sobre la persona, la educación y la conducta de los hijos durante su minoría de edad, refleja una visión anticuada de la vida familiar que no tiene lugar en el moderno sistema legal”¹¹³. En el segundo, como la categoría del “habeas corpus” fue incorporada a las sanciones omnipotentes de las autoridades escolares con sustento en lo que llaman un inadecuado vestuario y comportamiento frente a las buenas costumbres¹¹⁴.

En otro orden de ideas de la perspectiva de la autonomía, como casos excepcionales, por el hasta ese momento innovador protagonismo de los propios NNA como los proponentes y reclamadores de una interrelación pareja, justa y digna del Estado, la familia, y la escuela con la infancia. Aparecen en 1976 en el Perú, el Movimiento de Adolescentes y Niños Trabajadores Hijos de Obreros Cristianos (MANTHOC) y a inicios de los ochenta el Movimiento Nacional do Meninhos e Meninhas de Rua (MNMMR) en el Brasil. Cada uno con un pensamiento centrado en la competencia y la afirmación histórica del niño para participar de la construcción de lo social.

Para cerrar este apartado, es adecuado recalcar que tal y como se vio, la CDN no es un instrumento “osmático” si se puede decir así. Tiene un pasado de debates en torno a dos corrientes que han inspirado y producido los derechos del niño: la protección y la autonomía. Por lo tanto, no es una casualidad que en la lectura de la CDN se deje ver que los artículos y sus principios tienen una herencia de estas dos imágenes.

113 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 26.

114 Vale traer a colación dos circunstancias relacionadas con el debido proceso en la disciplina escolar: “...la decisión adoptada en 1969 por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la que declara inconstitucional una sanción disciplinaria impuesta por un colegio a un grupo de estudiantes que manifestaron su oposición a la Guerra de Vietnam ingresando al recinto escolar con prendas de vestir alusivas al referido conflicto. En 1975, la misma Corte extendió algunas de las garantías del debido proceso a las escuelas públicas, señalando que la utilización de la suspensión de clases como medida disciplinaria, sólo puede aplicarse cuando se cumplen dos condiciones previas a la sanción: al estudiante afectado se le debe notificar de las transgresiones que se le imputan y brindar la oportunidad para presentar sus descargos”. Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 27.

Capítulo 4: Las motivaciones y los actores creadores de la Convención de los Derechos del Niño

La presencia que en el vocabulario actual tienen los derechos de los NNA, obedece, a todos los ordenamientos, cambios, impulsos, publicidades, reformas en el Estado y en las instituciones culturales, que de a poco ha generado la CDN. No obstante, para que se lograran esos tímidos resultados sociales, fue necesario antes surcar la travesía del nacimiento de la CDN. Su devenir, causantes y elaboración fueron terriblemente complicadas y paradójicas, puesto que en vez de priorizar y nacer de un afán de reconocimiento público del niño y de su humanidad, se tejió entre batallas ideológicas, fenómenos históricos muy particulares y con la hegemonía del bipolarismo de la guerra fría, sin los cuales hoy por hoy, la CDN no existiría. En el capítulo que se tiene entre manos, se exploran los hechos históricos que marcaron el rumbo de la CDN, el pensamiento determinante que la delinea, por un lado expuesto en el escenario economicista y por el otro, en el horizonte ideológico que dejó ver el intento de imponerse los derechos de primera generación a los de segunda y viceversa. Finalmente, el capítulo tantea como la CDN es una producción netamente adultocéntrica, con el dominio de redacción de los países del norte en el seno de Naciones Unidas y en la que Unicef ocupó, banalmente, un escaño ocasional de espectador.

4.1 La tercera expresión internacional de derechos específicos de los NNA: una mirada a los hechos históricos que parieron a la CDN

Tomando como variable al tiempo, es fácil estimar que la CDN en relación a la Declaración de 1959 tomó mucho menos estaciones para concretarse que la distancia que separó a la Declaración de Ginebra y su versión mejorada de los cincuenta. Entre estas dos últimas fue necesario el paso de 35 años, casi para repetirse en texto y en el espíritu proteccionista contenido en los derechos del niño de esa época. En cambio, para la aparición de la CDN solamente tuvieron que pasar 3 décadas. Por supuesto, cualquiera dirá 5 años menos que el primer proceso, no obstante, hay que tomar en cuenta que un decenio completo estuvo dedicado exclusivamente a su discusión, preparación, redacción y aprobación.

Como ya se sabe, las Declaraciones del 24 y del 59 nacen del deseo expreso de proteger la potencialidad del niño, robada y dañada severamente por las dos guerras mundiales. Por el contrario, la historia de la CDN es notablemente diferente. Y decimos notable porque se enmarca en tres grandes procesos históricos del siglo XX. En primer lugar, la CDN se construye a lo largo de la etapa final de la llamada “guerra fría”, por lo cual, su conceptualización y concreción tiene como gran logro poner de acuerdo a la bipolaridad que el mundo vivía en ese momento, en este caso, frente al tema de la infancia y sus derechos.

Por otra parte, la CDN se inscribe en la lógica del desarrollo y de la internacionalización de los derechos humanos impulsadas por Naciones Unidas, es decir, es un intento

de seguir perfeccionando y ampliando la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 a grupos específicos, entendidos como vulnerables y excluidos del circuito de la ciudadanía y de la riqueza producida por el desarrollismo¹¹⁵.

Esto es algo que en la mayoría de la literatura que narra el surgimiento de la CDN se escribe como una anécdota. Pero a nuestro parecer, es un elemento clave, puesto que los derechos emitidos en las declaraciones pasadas carecían de exigibilidad; el niño era voceado como de primordial interés, pero al compas exclusivo de la protección. En tal medida, la CDN es claramente un esfuerzo y una manifestación de internacionalizar los derechos humanos al niño, con el fin de lograr el objetivo de la gobernabilidad global: proteger y defender la dignidad de todas las personas.

Así, los setenta fueron testigos de la puesta en marcha de un sin número de actividades e iniciativas enfocadas a movilizar opinión y presionar políticamente a los Estados para que se comprometieran a hacer reales los derechos de ciudadanía en muchos sectores o grupos poblacionales. Para ello, la estrategia adoptada por Naciones Unidas consistió en evidenciar la carencia y la marginalidad política de millones de personas, pues con todo y la existencia de los derechos humanos como categoría ontológica, estos no lograban ser respetados y valorados por el racismo, la homofobia, el machismo, el adultocentrismo, etc. Por lo tanto, la internacionalización de los derechos humanos lo que vino a hacer fue repactar, reconsensar, o repensar la doctrina de las tres generaciones para aquellos que a pesar de su humanidad seguían siendo desvalorados y puestos obligatoriamente a existir en relaciones de dominación.

La ilusión y el pedido subyacente de la internacionalización era sencillo: apostar por los derechos humanos de manera integral con instrumentos de carácter vinculante que impidieran su perpetuidad violatoria. De tal modo, estas campañas y acciones empezaron con la designación de “años especiales”, como motores de integración y resolución de acuerdos internacionales. Un ejemplo significativo de este fenómeno, se da en 1975 con la celebración del “Año Internacional de la Mujer del que emanan una Declaración para la Mujer, [intención que se complementa] en 1979 [cuando] se aprueba la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”¹¹⁶.

Ahora bien, sería ingenuo creer que el empoderamiento de la mujer en la esfera de los derechos humanos fuera una intención pensada y de afabilidad única de la Naciones Unidas. La cuestión es más compleja de lo que parece. Reside en la presión y en el ascenso de los derechos civiles que fueron ganando las mujeres, sobre todo en la sociedad anglosajona durante aquel ciclo.

Aunque el caso de los niños no es similar, por aquella ahistoricidad y prescindibilidad para la ganancia y reconocimiento de derechos que ha marcado su trayectoria legal. Comparten con ellas, como es lógico, la existencia de un hecho desencadenante. En

115 Recuérdese como se planteó en el segundo capítulo que los derechos humanos han pasado por tres grandes procesos: 1) Positivización: producto de las luchas sociales y las revoluciones de 1215 a 1919 en Europa y América; esencialmente son experiencias que buscan la protección de la persona en leyes nacionales. 2) Extensión: es un proceso paralelo al primero, y consiste en la inspiración de leyes que protejan a la persona tomando en cuenta experiencias extranjeras; por ejemplo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se inspiran en la Declaración de Independencia de 1776. 3) Internacionalización: es el proceso aquí referido y que consiste en el acuerdo y creación y consenso de pactos internacionales con efectos supranacionales desde el seno de Naciones Unidas.

116 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 36.

efecto lo hay. Y es el tercer asunto histórico que marca e impulsa la aparición de la CDN: la cooperación para el desarrollo.

Vale señalar, que la cooperación internacional que primordialmente en sus primeras expresiones tuvo un carácter bilateral, o una relación monopólica entre Estados, paralelamente, e incluso antes a la internacionalización de los derechos humanos adquirió un carácter multilateral por medio de acciones de la sociedad civil y de las agencias internacionales de la gobernabilidad global. En lo que respecta a la infancia, es importante tener presente que después de la segunda guerra mundial se crea el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), exactamente en 1946, con la tarea de atender las necesidades de los NNA víctimas de las hostilidades. Su razón de ser era funcionar como un fondo de emergencia para la reconstrucción del capital humano en Europa.

Empero es hasta 1953, cuando se estimó que su cometido estaba cumplido. De ahí en adelante UNICEF se desplaza y se posiciona en la mayoría de países en desarrollo como un ente encargado de cubrir la supervivencia y el desarrollo de la niñez y la adolescencia. Asimismo, durante ese período se forja en los países industrializados una corriente asistencialista comandada por Organizaciones Internacionales No Gubernamentales (OING) que confluyen su trabajo con UNICEF por los más pobres en África, Asia y Centroamérica con la intención de ser un colchón y un soporte humanitario ante la gravedad de insalubridad, orfandad, hambre y desnutrición que padecían millones de niños. Como tal, la ayuda humanitaria estaba destinada a fundar el bienestar de los niños concebidos como prisioneros del subdesarrollo bajo el auspicio de un esquema mental y un designio jurídico que naturaliza su trabajo como idóneo: la protección especial favorecida por la Declaración de 1959¹¹⁷.

Sobra detenerse a promulgar una crítica a este modelo del niño y sus necesidades. Precisamente porque estas acciones humanitarias trajeron consigo un evento positivo, más allá claro está de salvar vidas momentáneamente y de financiar el gasto público de los Estados en lo referido a servicios sociales para la infancia. El suceso al que nos referimos tiene que ver con la visibilización de un conjunto de problemáticas vividas por los niños y adolescentes que anteriormente en el diseño y en el pensamiento plasmado en las declaraciones no fueron tomadas en cuenta. Problemáticas a todas luces negativas, novedosas, emergentes y con índices caóticos por las crisis políticas y económicas presentes en muchas regiones del sur del mundo. De tal modo, se hacen inocultables variadísimos fenómenos como la explotación infantil, la esclavitud, el reclutamiento forzoso y el enrolamiento a grupos armados ilegales como a ejércitos oficiales y regulares, el desplazamiento y la vida como refugiados, la orfandad, la violencia sexual, étnica y tribal, la prostitución infantil, y la pandemia del sida por mencionar tan sólo unos cuantos.

En concreto, se evidencian y se vuelven secretos públicos dos elementos: 1) Las nociones de necesidades encuentran sus límites o se vuelven obsoletas para aspirar a un vida digna de la infancia. 2) Igualmente, las declaraciones como manifestaciones

117 Teniendo en cuenta la lógica del proteccionismo estatal, de cubrir determinadas necesidades fisiológicas y sociales de los niños para evitar ciudadanos del riesgo, siempre y cuando sus familias no pudieran hacerlo. Es oportuno decir, que tradicionalmente en los países en vía de desarrollo esta ha sido una tarea a medias y fútil para el Estado. Lo que ha favorecido que la cooperación internacional interpretara un "papel central en el diseño de las estrategias, políticas y programación requeridas para satisfacer las necesidades de los niños más pobres". Al punto, que se impone como rol la misión de "fortalecer planificación gubernamental sectorial" para mejorar servicios sociales. Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 40.

de buena voluntad hallan un tope de cumplimiento, puesto que la vida de centenares y miles de niños y adolescentes no mejoraron sustancialmente con los años, sino que para sus desgracias empeoraron.

4.2 La verdad oculta del Año Internacional del Niño

Es en este contexto de globalización de los vejámenes y crímenes contra la infancia por fuera de las fronteras europeas de la posguerra y teniendo en cuenta el vigésimo aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, más, la ya en camino internacionalización de derechos humanos de Naciones Unidas, que su Asamblea General el 21 de diciembre de 1976 con la resolución A/RES/31/169 declara el año de 1979 como fecha conmemorativa del niño, en sí, como el “Año Internacional del Niño”.

Como ya se dijo, la promulgación de “años especiales” tenía como mira dirigir la atención del mundo a ciertas dolencias sociales que pudieran tener consecuencias protervas en el futuro para la especie, para así “influir sobre los gobiernos a través de resoluciones, recomendaciones y tratados especialmente aquellas elaboradas y aprobadas en el marco de Naciones Unidas” que permitieran positivizar un cambio¹¹⁸. Específicamente, ubicar a la infancia en las preocupaciones de la gobernabilidad global se fundamenta en dos cuestiones, una ya expuesta y otra omitida, que constan en la propia resolución A/RES/31/169:

- 1) La intranquilidad *“de que, a pesar de todos los esfuerzos, son muchísimos los niños que, especialmente en los países en desarrollo, están mal alimentados, no tienen acceso a servicios de salud adecuados, carecen de la instrucción básica para su futuro y están privados de las comodidades elementales de la vida”*.
- 2) El recordatorio y la afirmación de la *“importancia fundamental que revisten en todos los países, tanto en desarrollo como industrializados, los programas que benefician a los niños, no sólo para el bienestar de éstos sino también como parte de esfuerzos más amplios para acelerar el progreso económico y social”*.

Como se ve, el “Año Internacional del Niño” aparece como fecha memorable de los derechos, pensada y alentada por lo que dejó ver la cooperación internacional; sin ese escenario tal vez hubiese sido imposible e irrelevante. Pero a su vez, fue impulsado fácilmente por ese tufillo intelectual de pensar al niño como recurso nacional para un mejor futuro económico y político; pensamiento propio y característico del proteccionismo.

Aquí vale la pena hacer una pequeña digresión sobre el espíritu revolucionario del “Año Internacional del Niño”. Si bien se dijo antes, que la internacionalización de derechos humanos aspiraba a la creación de acuerdos vinculantes en lo jurídico. Lo que sucedió con el “Año Internacional del Niño” fue algo paradójico, ya que su intención per se no fue esa. Su objetivo inmediato consistió en revisar las acciones emprendidas, los resultados obtenidos y fomentar la implementación de nuevas políticas de parte de los Estados para cumplir con los derechos ya instituidos para los niños con la Declaración de 1959. En otras palabras, se trazó para que los Estados tomaran conciencia y se comprometieran, a corto y largo plazo, a desarrollar políticas y acciones agresivas y duraderas que buscaran respaldar los derechos ya establecidos¹¹⁹. Posiblemente, ir

118 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 41.

119 Los tres principales objetivos del Año Internacional del Niño fueron: “Alentar a todos los países, ricos y pobres, para

más adelante era algo impensado en el inicio de la resolución. Bastaría con exhortar, una palabra tan típica y tradicional de Naciones Unidas cuando se comunica con los Estados, a reafirmar el compromiso moral que significaba la Declaración de 1959 para alcanzar sus metas; nunca a cavilar una evolución de derechos¹²⁰.

4.3 Los primeros pasos hacia la construcción de la CDN: el escenario de una batalla ideológica que utilizó al niño como comodín

Efectivamente, durante esos tres años preparatorios se realizaron conferencias, estudios, investigaciones, y acuerdos de múltiple y de diversa índole impulsados por UNICEF en cumplimiento al mandato impuesto por Naciones Unidas, en conjunto a los Estados y la sociedad civil¹²¹. Entre tanto, en ese avance diplomático y de maniobras de atención al “Año Internacional del Niño”, un año antes de la fiesta, de pronto a alguien se le prende un bombillo, iluminando la conmemoración con una propuesta para reinventar los derechos del niño por medio de una Convención que hiciera más real el pacto entre el Estado, la sociedad y la infancia.

El personaje en mención fue el jurista Adam Lopatka, representante del Gobierno Polaco, que en 1978, en los debates de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de las Naciones Unidas propone aprobar nuevamente la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, pero ahora con la particularidad, sentido y forma de una Convención. Su invitación careció de respaldo y aprobación, debido a que el “proyecto presentado por Polonia básicamente repetía el contenido sustantivo de la Declaración de 1959, al que agregaba un mecanismo de implementación”¹²². Pero como un efecto añadido, sorprendentemente, logró generar una ola de entusiasmo para seguir avanzando en todo lo referido a los derechos del niño, tanto así, que en repetida intención el gobierno de Polonia en octubre de 1979 presentó un segundo borrador o proyecto mejorado, que tomaba atención de las críticas, ampliando los derechos de protección individual, con derechos sociales, económicos y culturales; advertimos que en este documento no estaban considerados todavía los derechos civiles y políticos.

que revisen sus programas para la promoción del bienestar de los niños, y movilicen el apoyo a los programas de acción, tanto nacionales como locales, de acuerdo con las condiciones de cada país, sus necesidades y prioridades. Crear conciencia de las necesidades especiales de los niños, entre aquellas personas que toman las decisiones, y entre el público en general. Lograr implementar medidas específicas y prácticas, con metas realizables, para beneficio de los niños, a nivel nacional, tanto a corto como a largo plazo”. Revista Latinoamericana de Psicología. Fundación Universitaria Konrad Lorenz. Vol. 11. Número 001. Bogotá. p. 173.

120 En el propio léxico de Naciones Unidas: “Se prestará especial atención a los niños de grupos más vulnerables, por ejemplo los niños de los cinturones de miseria de las grandes ciudades, los hijos de obreros que emigran a otras regiones, los hijos de refugiados, las niñas que reciben tratamiento inferior al de los niños, los hijos de maltratados y abusados por su padres, los niños que están expuestos al crimen y a las drogas, los niños con impedimentos psicológicos y físicos, y la enorme cantidad de niños desnutridos que son decenas de millones en todo el mundo”. *Ibid.* p. 174.

121 Por ejemplo el 7 de abril de 1978, por medio de la Resolución REMSAA V/74 en Santa Cruz, Bolivia, a razón de la V Reunión de Ministros de Salud del Área Andina y atendiendo al mandato de Naciones Unidas y a la idea que “los países que conforman el Área Andina son miembros de las Naciones Unidas y, por lo tanto, están comprometidos a realizar actividades destinadas a mejorar las condiciones sociales del niño” resolvieron dos puntos dentro de los objetivos del Convenio Hipólito Unanue: “1) Conformar comisiones intersectoriales en cada uno de los países que trabajarán intensamente en coordinación con las Agencias Internacionales como OPS / OMS y UNICEF, para la aplicación de las recomendaciones de estas Agencias a la misma Secretaría Ejecutiva del Convenio, para una información permanente durante el año 1979, declarado el Año Internacional del Niño. 2) Los Países Miembros del Convenio Hipólito Unanue acuerdan prestar apoyo a todas las actividades programadas para realizar el Año Internacional del Niño, especialmente aquellas que tengan aplicación en los países del Área Andina y en particular a cada uno de los países”.

122 *Op.cit.* PILOTTI, Francisco. p. 41.

A este segundo proyecto conocido como el “second polish draft” le faltó el apoyo necesario para socializarse a nivel de la Asamblea General de Naciones Unidas. Lo que no quiere decir que fuera desechado. En realidad, se tomó como base y guía para un grupo abierto, ordenado por ECOSOC, a la Comisión de Derechos Humanos “al que se le encomendó la tarea de redactar una Convención [...] en base a las respuestas de los gobiernos a una consulta realizada por la Secretaría General de la ONU”¹²³.

El grupo de trabajo de la CDN, se reunió anualmente durante diez años, desde 1979 hasta marzo de 1988, etapa que el sociólogo chileno Pilotti ha socializado en Latinoamérica como la primera lectura. En ella se vivió un agitado debate de ideas y de representaciones sociales acerca de lo qué es la infancia y cómo debería ser plasmada en el lenguaje de los derechos. De hecho, se podría decir que durante estas reuniones de redacción de la CDN, las relaciones de poder tan características y notables en la geopolítica no escaparon a la elaboración del instrumento internacional. Se puede afirmar, ya sabiendo de antemano que en los proyectos gérmenes de la CDN no estaban los derechos civiles y políticos, que la “primera lectura”, es el resumen de múltiples “procesos de persuasión y negociación por medio de los cuales se logra conciliar diversas posturas ideológicas e intereses nacionales y corporativos”¹²⁴, en particular de los Estados por defender su conceptualización política y cultural de los derechos humanos y la infancia.

Al respecto, la negociación, el choque, la divergencia, la discusión frecuente y extendida en esos años, despunta a las corrientes de pensamiento del proteccionismo y la autonomía, trabajadas en el capítulo pasado. Por lo general, se plantea que la tardanza y las dificultades para concretar la CDN se debió a la discusión específica de cada derecho, pues “el grupo de trabajo encargado al interior de la comisión de Derechos Humanos se regía por el principio de consenso que implicaba que había trabajar en la redacción de un artículo hasta que todos los miembros estuvieran de acuerdo”¹²⁵. Con más exactitud, en la discusión de cada derecho y las representaciones sociales relacionadas con él, como por ejemplo el tópico de las adopciones, la participación en conflictos armados, los deberes de los padres, etc.

Algo que sin duda es cierto, pero no es del todo acertado; pues es un hecho posterior a un primer escollo. Confiamos que la razón de ser de esta disputa acalorada sobre los derechos del niño se ancla en un eje explicativo que corresponde a lo político: no se olvide el primer hecho histórico mencionado en el que nació la CDN, la tensionante guerra fría. En ese choque entre Occidente y los Soviets los derechos humanos eran instrumentos de batalla, de posicionamiento de su ideología, de fomento de un individuo superior. Es decir, resucitó la polémica por la superioridad de derechos transcurrida en Naciones Unidas en los cincuenta, que vimos en el segundo capítulo y que dio a luz los principios de interdependencia e indivisibilidad, en la que el bloque capitalista socializaba a los derechos civiles y políticos como reales, por el ejercicio directo del individuo y la limitación del Estado, frente a los derechos sociales y económicos que en la interpretación del jurista italiano Norberto Bobbio, se limitan como derechos programáticos según el capital y la voluntad política de un gobierno¹²⁶.

123 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 41.

124 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 42.

125 Op.cit. LIEBEL, Manfred. p. 21.

126 “Bobbio sostiene que los derechos sociales muchas veces equivalen a normas de tipo programático, cuyas metas son indefinidas e inciertas, carentes de garantías serias con respecto a su implementación. Se trata, dice, de derechos en sentido débil cuyo tránsito a la condición de derechos en sentido fuerte depende de las posibilidades de transformar aspiraciones nobles pero vagas y demandas justas pero débiles en derechos legalmente establecidos y exigibles”.

En ocasión de la CDN sucedió lo mismo. Desde su génesis, la propuesta polaca coincidía con la parcialización de los derechos humanos que vivía el este europeo y el bloque occidental en cabeza de los Estados Unidos¹²⁷. Por dichas razones, en antelala a la oposición entre el proteccionismo y los pedidos de autonomía para el niño, es decir, de un catálogo de derechos listos para discutirse, lo que se sintió en el grupo de trabajo fue un tiron y afloje entre los derechos de primera y segunda generación de parte de los bloques encontrados en el mismo, a razón, que intentaban imponer sus valores sobre los derechos humanos.

A nuestro modo de ver, en el origen mismo de la CDN los derechos del niño estuvieron definidos más por la pugna ideológica de la guerra fría por imponer un conjunto de derechos afines a un polo, que por la propia atención a la figura del niño y a la concepción y esfuerzo por lograr la persona digna que se encuentra en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

Como quiera que sea, y reconociendo que la bibliografía sobre el proceso de negociación y de diseminación de las tensiones ideológicas es escasa; algo que puede mejorarse para todo aquél que desee estudiar con la minuciosidad del historiador las actas de reunión de las sesiones en Ginebra. Se sabe que durante la primera mitad de los ochenta los avances y la discusión sobre el articulado de la CDN fueron pobres y lentos¹²⁸.

Como contrapartida, de esta reiniciación democrática, Europa occidental rompiendo un poco con el lineamiento de la política exterior norteamericana¹²⁹; y tomando en cuenta que después de la segunda guerra mundial crearon Estados de Bienestar, claro propugnadores y guardaespaldas de los derechos sociales, decidieron apoyar la intención social del nuevo instrumento internacional con sus votos. De esta manera, se presenta la resolución política o el acoplamiento de dos tendencias políticas que hacen de la CDN el único instrumento de derechos humanos que integra derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

4.4 Los actores y creadores de la CDN: los Estados Unidos, la URSS y las ONG's

A esta altura es vital detenerse para analizar un tema de fondo. La elaboración de la CDN a diferencia de la invención de las Declaraciones no es una producción

Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 32.

127 "Sin desconocer la reconocida trayectoria internacional de Polonia en el campo del Bienestar Infantil –ocupó, por ejemplo, la primera presidencia de la Junta Ejecutiva de UNICEF en 1946- diversos analistas del proceso de redacción de la Convención concuerdan que una de las motivaciones centrales que impulsó al gobierno polaco a presentar un proyecto de Convención en 1978, fue la de contrarrestar el fuerte impulso que la política exterior del Gobierno del Presidente Carter de los Estados Unidos le imprimió a la defensa de los derechos civiles y políticos durante la década de los setenta". Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 43.

128 Todo lo contrario, a lo sucedido "durante la segunda mitad de los ochenta, los gobiernos de los países de Europa del Este, en un esfuerzo por demostrar la credibilidad y confiabilidad de sus procesos de apertura democrática, se aproximan a las posiciones de Occidente en los foros internacionales". Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 44.

129 En su momento la política exterior estadounidense ya no tenía como estandarte los derechos civiles y políticos sino la lucha contra el terrorismo, pues nada "más ascender a la presidencia de los Estados Unidos en 1981, Ronald Reagan declaró que su gobierno concedería al problema del terrorismo la importancia que su antecesor en la Casa Blanca, Jimmy Carter, había concedido a la defensa de los derechos humanos. El primer caso en el que el gobierno de Reagan habría de combatir al terrorismo lo constituía El Salvador, donde la Junta Militar democristiana se debatía agónicamente contra poderosas organizaciones populares insurgentes, a las que calificaba como "bandas terroristas". MARTÍN-BARÓ, Ignacio. Acción e Ideología. Psicología Social desde Centroamérica. UCA Editores. 1992. San Salvador. p. 54.

total de la gobernabilidad global. Durante la larga y discutida “primera lectura” intervienen, negocian y “crean” tres tipos de actores: Estados, OING y Organizaciones Intergubernamentales (OIG) con distintas intensidades, momentos y conceptos. Por lo tanto, el grupo de trabajo de la CDN supera la noción del “sistema de representación territorial”, traducido en la presencia de un país y de su correspondiente voto para la definición de un derecho¹³⁰.

Esta construcción tripartita es vital para entender el devenir de los 54 artículos que hoy podemos leer en la CDN. En esencia, porque anteponiendo la paradoja de la guerra fría, la presencia de los Estados no fue nomotética y ordenada. Principalmente, fue dispar y con el predominio de los países occidentales industrializados; algo explicable en que: “muchos países en desarrollo no cuentan con los medios para enviar delegaciones oficiales a la multiplicidad de foros internacionales que se realizan anualmente”¹³¹, pero mucho más porque su participación es desechable o innecesaria, ya que la mayoría de estos países con la explosión de la globalización desde los noventa, firman y adhieren con prisa cualquier documento internacional como soporte o auto unción de democracia; o si no, tómesese como referencia que en los últimos 60 años se han creado más de ochenta instrumentos en Naciones Unidas construidos por unos pocos y ratificados por la mayoría.

La influencia de los países occidentales desarrollados es notable en la CDN. Su visión del niño fue abanderada por un bloque conformado por: Canadá, Australia, Suecia, Noruega, Austria, Finlandia, Reino Unido, y los Estados Unidos, que planificaba y tenía una agenda de trabajo, al ton de comunicaciones previas para acordar su voz colectiva y su posición frente a los artículos a discutirse. Tomando protagonismo en este conjunto y con una salida en solitario, los Estados Unidos crea y propone el gran conjunto de los derechos civiles y políticos contenidos en la CDN: artículo “13 (libertad de expresión), 14 libertad de pensamiento, conciencia y religión), 15 (libertad de asociación y reunión) y 16 (derecho a la privacidad). Asimismo, ese país participó activamente en el desarrollo del artículo 17 (acceso a la información)”¹³². Únicamente el artículo 12, referido a la opinión, tremendamente significativo por devolver la voz a la infancia, fue elaborado por 4 países: Estados Unidos, Canadá, Australia y Dinamarca.

Cabe entonces preguntarse, con la evidencia de que el país de Mickey Mouse escribió e impulsó los derechos civiles y políticos, y por otro lado asumiendo que los derechos sociales de por sí entraron con el proyecto polaco: ¿cuál fue el papel de la institucionalidad latinoamericana en la construcción de los derechos de sus niños? La respuesta a secas y sin anestesia, es ninguna. La lista de asistencia al grupo de trabajo podría engañarnos, pues “Argentina y Brasil estuvieron presentes en las nueve sesiones realizadas durante el período 1981-1988; Cuba en ocho, Perú en siete, Venezuela en seis, México en cinco, Colombia en cuatro, Nicaragua en tres, Panamá en dos y Bolivia, Costa Rica, Honduras y Haití en una”¹³³. Vale tener en cuenta que la

130 Claramente, la participación de las OING, hace que la sociedad civil postule otras representaciones, divergentes en muchos casos, a las de sus legales y tradicionales representantes. De tal forma, Naciones Unidas se da cuenta de la complejidad de discutir los derechos del niño entre comisiones gubernamentales, cuando muchas de las situaciones negativas de la infancia eran y son producidas por la acción u omisión de los Estados; los cuales tradicionalmente en este tipo de reuniones velan más por sus intereses económicos y militares. Adicionalmente, se previó que el resultado de lo adoptado en cualquier instrumento internacional de derechos humanos, afecta tanto a los Estados, como a sus ciudadanos. De ahí, que con esta inclusión la gobernabilidad global a la hora de emitir conceptos universales de derechos humanos, sea una simbiosis de democracia representativa y participativa, y no únicamente un enunciado territorial e institucionalista.

131 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 43.

132 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 44.

133 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 45.

presencia no es una analogía de participación. Súmese a esto que la diferencia entre los países más cumplidores, los desapplicados y los ausentes como Uruguay y Chile, a la hora de la discusión son mínimas. Por qué se dice esto. Por la sencilla razón que el aporte latinoamericano es precario en la formulación de los artículos, a excepción del artículo 8, impulsado por la Argentina que reseña el derecho a la identidad, el nombre y la nacionalidad; en concordancia con la dramática vivencia durante la dictadura de militar de Rafael Videla en la que cientos de niños fueron raptados de parejas de desaparecidos opositores a manos del régimen y luego fueron entregados a familias estériles afines a su política castrense, etc¹³⁴. Con lo anterior, queda claro que a nivel individual los países latinoamericanos en el trámite de la CDN pasaron sin pena ni gloria. Quizás lo mismo ocurrió a nivel continental, pues como bloque solamente se opusieron al texto original sobre el tema de adopciones presentado por los países occidentales, dado que era permisivo con el tráfico de niños; desacuerdo que hizo reescribir el artículo 21 de la CDN como hoy se conoce¹³⁵.

En otro orden de actoría, las OING también aportaron lo suyo a la redacción de la CDN, tanto en artículos como en saberes y experiencia para el debate. Esto fue posible, porque las OING tienen una participación semiformal, o institucionalizada en Naciones Unidas por un conjunto de normas que le dan un status consultivo ante el organismo internacional. Su participación tuvo lugar fundamental durante la segunda mitad de los ochenta cuando se destrabó la disputa ideológica entre los países del este y Occidente. Mucho de esto se debe, a la creación de un “Grupo Ad Hoc encargado de preparar y presentar, colectivamente, propuestas al Grupo de Trabajo. De esta forma, a partir de 1984, el Grupo Ad Hoc de OING estableció una rutina de reuniones bianuales en las cuales se analizaban los artículos propuestos por los países y se preparaban recomendaciones y proyectos de artículos”¹³⁶.

El británico Nigel Cantwell, promotor del “Año Internacional del Niño” y creador de Defensa de los Niños Internacional coordinó al conjunto de OING’s en esta tarea complementaria de redacción de derechos ante la inasistencia y desconocimiento estatal de temas cruciales para la infancia¹³⁷. Esta comunión fue posible por la adopción de una estrategia propositiva y complementaria, más que despiadadamente crítica de los resultados de los Estados; a saber apostaron por la incidencia con informes de alto nivel técnico presentados con antelación a las reuniones oficiales a los representantes gubernamentales. El choque y la confrontación se evitaron. Algo completamente comprensible, pues si históricamente la institucionalidad asumía las

134 Hace ya 5 años, Laurel Reuter, investigadora y directora del Museo de Arte Contemporáneo de Dakota del Norte organizó una exposición llamada Desaparecidos. Esta luego de exponerse en los Estados Unidos tuvo una presencia itinerante en Buenos Aires, Nicaragua y Bogotá, antes de regresar nuevamente a su país para seguir en exhibición. Nombramos esta exposición porque en ella el tema de la infancia raptada de los desaparecidos fue magistralmente tratado y socializado por medio de una instalación “que se despliega a lo largo de cien metros de los salones de exposición, a la altura de los ojos del espectador, compuesta de fotos de rostros de parejas desaparecidas, intercaladas con espejos de similar dimensión. Los espejos corresponden a los hijos que faltan. De este modo el espectador, convertido en protagonista, proyecta el reflejo de la imagen de su rostro en el espacio libre –vacío– del espejo, entre los desaparecidos. La experiencia es impactante. El áter ego desaparecido”. LUNA, Claire. Revista Internacional de Artes Visuales. Reseña “No están ni vivos ni muertos, son desaparecidos”. Versión electrónica. <http://artmotiv.com/No-están-ni-vivos-ni-muertos-son> [Revisado el 20 de junio de 2010].

135 Con esta oposición se estableció en la CDN como lo deja ver el artículo 21 que la adopción es un tema de Estado y ninguna corporación privada está habilitada para realizar este trámite, asimismo establece que la adopción internacional no puede dar créditos y ganancias financieras a quien la habilita o interviene en ella.

136 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 45.

137 Tres fueron las OING abanderadas del Grupo Ad Hoc: la Alianza Save the Children, Defensa de los Niños Internacional, la Oficina Internacional Católica de la Infancia (BICE). También asistieron y participaron con un papel secundario Consejo Internacional de Mujeres, Amnistía Internacional, Comisión Internacional de Juristas, etc.

necesidades básicas de la infancia como un “algo” ligado a una justicia conmutativa, su ignorancia y apatía sobre las infancias, era de por sí lógica.

Es indiscutible afirmar que sin las OING muchos artículos importantes no existirían. Se calcula que “por lo menos 13 artículos o párrafos sustantivos de los mismos, fueron incluidos gracias a la intervención de las OING”¹³⁸. Por supuesto, estos artículos son una expresión del pensamiento proteccionista y aliado del bienestar internacional del niño, por lo que su iniciativa fue decisiva en los “artículos sobre derechos referidos a la separación del niños de sus padres (art.9), salud (art.24), educación (art.28, 29), cultura y religión (art.30), explotación sexual (art 34), secuestro, tráfico y venta de niños (art.35), tortura y pena capital (art.37), conflicto armado (art.38), recuperación física, psicológica y reintegración social (art.39), disposiciones más favorables (art.41), difusión de los principios y disposiciones de la Convención (art.42.), informes de los Estados Partes (art.44)”¹³⁹.

Para terminar la etapa de los personajes presentes en la redacción y preparación de la CDN. El papel y el libreto de las OIG en el seno de Naciones Unidas encallaron en un círculo melifluo de espectador. Basándonos en la estadística, tanto UNICEF como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) estuvieron presentes en ocho reuniones, “ACNUR en cinco, la UNESCO y la OMS en una”¹⁴⁰; así como para el caso latinoamericano el Instituto Interamericano del Niño (IIN) estuvo en las dos últimas reuniones, a pesar de existir y dictar el lineamiento de políticas continentales a los hispanohablantes desde el 24 de julio de 1924.

Esta invisibilidad y abulia de las OIG nos provoca varias ideas: 1) Los entes rectores de políticas y lineamientos de derechos sociales como la UNESCO y la OMS se atomizan y actúan por mandato y no por expreso deseo en el caso de la infancia. 2) La pasividad de las OIG encargadas de lo social en la CDN evidencian una descoordinación y ausencia de trabajo sectorial con UNICEF. 3) UNICEF tiene una paupérrima voz y diligencia en la creación de artículos y contenidos; sin necesidad de exhibarnos su rol es de un simple oyente.

Lamentablemente esta es una verdad bien conocida. Si el caso del IIN es bastante deplorable en inteligencia y preocupación por los derechos de los niños por una tradición de pensamiento que en vez de apoyar a la infancia se esforzó por “mejorarla” a través de la eugenesia y la rehabilitación en recintos privados. La larga trayectoria de UNICEF en las zonas más pobres del planeta, hizo de la CDN un tema no muy claro para ella. Ya sabemos que en ningún momento la impulsó, así como menos se esforzó por ser un agente activo, dado que el “propio organismo reconoce su limitada participación durante los primeros años preparatorios de la Convención, proceso al que se incorporó activamente en 1986, a partir de una decisión de su Junta Ejecutiva sobre el particular”¹⁴¹. Es decir, casi siete décadas después la agencia especializada en la niñez se la toma en serio, o con una visión que rompe el molde de la asistencia para lograr comprender y atender la complejidad multidimensional que afecta la vida de los NNA.

138 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 46.

139 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 46.

140 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 47.

141 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 47.

Participación, por cierto, tampoco tan profunda como se podría pensar, ya que su labor se enfocó en brindar toda la logística y facilidades posibles al trabajo del Grupo Ad Hoc de las OING's que ya venía dando sus respectivos frutos. Con algo de justicia habría que agregar y dar una explicación al papel predominante que tiene en la actualidad UNICEF para predicar, defender e influir sobre los Estados en lo que concierne a la CDN. ¿Cómo llegó a tener esa legitimidad cuando nunca en la construcción del instrumento internacional aportó un artículo? La respuesta a esta incógnita se encuentra en la misma CDN en su artículo 45. Resulta que UNICEF fue consensado como la única OIG autorizada para fomentar y estimular la aplicación efectiva de la CDN; por tanto las OING, sobresalientes en los ochenta, se ven limitadas e incapacitadas para un diálogo exigente a nivel del derecho internacional con los Estados por efectos del concepto de soberanía; pues como es natural a posteriori de la ratificación de la CDN se forjaría una relación exclusiva entre los miembros de la gobernabilidad global y las Naciones Unidas para llevarla a cabo¹⁴².

En resumen, la creación de la CDN está marcada por confrontaciones políticas de la vieja guerra fría y por la promoción de la idea del niño como futuro sujeto económico y político, que en su desarrollo se diluyen y facilitan la actuación de los Estados, las OING y las OIG para hablar de sus derechos en concreto. Pasada una década de la "primera lectura" empieza otra de más corto tiempo y resolución. De noviembre a diciembre de 1988, tiene lugar la "segunda lectura", que se rigió por una revisión técnica del documento por parte de la Secretaría General de la Naciones Unidas, luego por la Comisión de Derechos Humanos y la ECOSOC. Con todo listo, el 20 de noviembre de 1989 se aprueba por unanimidad en la Asamblea General de las Naciones Unidas el tema de nuestra investigación: la famosa CDN.

142 Aún así, el trabajo de las OING en relación a la CDN no se detiene; al carecer de poder sancionatorio, se vuelven asesoras del Comité o en vigilantes especializados de ciertos artículos como por ejemplo el 38. Justamente, su asesoría se mantiene en la forma del Grupo Ad Hoc conformado en los ochenta.

**SEGUNDA PARTE:
EL SURGIMIENTO DEL
PARADIGMA DE LA PROTECCIÓN
INTEGRAL Y UN ESBOZO DE LA
HERMENÉUTICA JURÍDICA DE LA
CDN**

Capítulo 1: Lo que era la situación irregular y lo que propone la protección integral

Cuando un Estado firma y ratifica una Convención de Derecho Internacional, adquiere in so facto el compromiso jurídico y político de respetarla, y darle garantías de resolución en toda su jurisdicción nacional. En el caso de la CDN, esa misma lógica tiene lugar, pues este instrumento internacional es la matriz, o la fuente desde la cual se direcciona, todo un paradigma de acción para cualquier institucionalidad con los NNA, teniendo como faro relacional el ejercicio de sus derechos. Lo que quiere decir, que la CDN ordena la creación de un Estado en servicio del recién estrenado estatus de los NNA como sujetos de derechos. Algo muy dicente en lo que tiene que ver con la vivencia de la CDN, pues exige como primera medida, no simplemente que el Estado tome un rumbo, sino que se reinvente por las infancias y la suerte de la democracia. Siguiendo esa tónica, el presente capítulo se esfuerza por presentar toda la concepción tutelarista que imperaba a sus anchas antes de la aparición de la CDN y las motivaciones políticas y sociales que ampararon el tratamiento del NNA como un objeto de protección y caridad durante casi un siglo en América Latina. Asimismo, enseña los significados del paradigma que carga la CDN, la reelaboración del concepto de protección en términos de derechos y la hoja de ruta que le traza al Estado para hacer verificable la condición del NNA como portador de derechos humanos específicos.

1.1 Con la ratificación de la CDN se ordena la transformación del Estado

Una vez terminada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la CDN inició una nueva travesía distinta a la vivida para su redacción. En principio, como todo instrumento de DDHH apareció como un documento estático, en el sentido que requería de un nuevo consenso de los Estados para entrar en vigencia. Nos referimos al proceso de ratificación o certificación de su contenido, que hasta la fecha ha sido efectuada por 192 países, a excepción de Somalia y los Estados Unidos¹⁴³.

Este proceso se dio con suma rapidez en los dos años posteriores a su aprobación en 1989, tomando en cuenta su artículo 49, regulador de dicha suscripción:

1. *“La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.*
2. *Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación y adhesión”.*

143 Frente a la no ratificación de los Estados Unidos existen varias hipótesis. “Se supone que los principales motivos son por un lado la oposición de algunos grupos religiosos influyentes, la CDN concede demasiado poder a los niños frente a sus padres y por otro, que para cumplir con lo establecido por la Convención, los Estados Unidos hubieran tenido que abolir la norma que permite imponer la pena capital desde los 16 años”. Op.cit. LIEBEL, Manfred. p. 24. En el caso de Somalia se debe a la economía de guerra que tiene fracturado al país en milicias y en ciudades-estados que han impedido la consolidación de un orden constitucional legítimo a nivel nacional.

Como se ve, se necesitaron 20 ratificaciones para que entrara en vigor la CDN en el derecho internacional, así como en las naciones pactantes. En América del Sur este hecho desembocó en una legalización rápida, principalmente acaecida durante 1990, como lo deja ver el siguiente cuadro:

CUADRO 1. Proceso de ratificaciones de la CDN en Suramérica.

País	Fecha de la firma	Fecha de recibo del instrumento de ratificación	Fecha de entrada en vigor para el Estado Parte
Argentina	12 de marzo de 1991	5 de octubre de 1993	4 de noviembre de 1993
Bolivia	8 de marzo de 1990	26 de junio de 1990	2 de septiembre de 1990
Brasil	26 de enero de 1990	24 de septiembre de 1990	24 de octubre de 1990
Chile	26 de enero de 1990	13 de agosto de 1990	12 de septiembre de 1990
Colombia	26 de enero de 1990	28 de enero de 1991	27 de febrero de 1991
Ecuador	26 de enero de 1990	23 de marzo de 1990	2 de septiembre de 1990
Paraguay	4 de abril de 1990	25 de septiembre de 1990	25 de octubre de 1990
Perú	26 de enero de 1990	4 de septiembre de 1990	4 de octubre de 1990
Uruguay	26 de enero de 1990	20 de noviembre de 1990	20 de diciembre de 1990
Venezuela	26 de enero de 1990	13 de septiembre de 1990	13 de octubre de 1990

Fuente: SAURI SUARÉZ, Gerardo. Claroscuros de las Políticas de Infancia en América Latina. En Infancia y Derechos Humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica. Coordinadores Manfred Liebel, Marta Martínez. p. 364. Elaboración propia: Camilo Bácares-IFEJANT.

Ahora bien, una vez suscrita la CDN a nivel nacional, por efectos del significado de una “Convención” en el derecho internacional, toda institucionalidad adquiere la obligación de aplicarla, de darle efectividad a todos los nuevos derechos reconocidos para los NNA¹⁴⁴. Este patrón de cumplimiento es en sí mismo una tendencia de cambio en la relación: Estado-Sociedad-Infancia que existía antes de la creación de la CDN, pues se hace imperioso el deber de transformar o readaptar el patrón de sostenimiento antiguo de esa tríada.

Esto es lógico por dos razones: 1) porque toda ley, fuese de rango inferior o supranacional es propositiva de una nueva forma de relación social en la población a la que se refiere, sea por derogación de un viejo patrón, o por neófito tratamiento jurídico; en sí cualquier ley trae consigo un proyecto de sociedad. 2) porque mucho

144 Entendiendo a la aplicación como “el proceso en virtud del cual los Estados Partes toman medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la Convención a todos los niños situados dentro de su jurisdicción”. Observación general N° 5. Comité de los Derechos del Niño. 34° período de sesiones. p. 2.

antes de la internacionalización de los derechos del niño iniciada como vimos con la Declaración de 1924, ya había tenido lugar un intento de protección a nivel estatal que se expandió e institucionalizó por el mundo occidental industrializado como la manera más adecuada de ayudar la infancia.

Este modelo del pasado recreaba un derecho asistencial-autoritario con los NNA conocida como la situación irregular y de la cual se desprende esa expresión común de que antes los NNA eran objeto de protección, en comparación a la actual condición de sujetos de derechos que promovió o hizo posible la CDN y su enfoque de la protección integral.

¿Pero cómo se da este cambio tan drástico? ¿Quién lo pauta? Sin darle vueltas al asunto, es la propia CDN la que ordena las transformaciones a un nuevo entendimiento entre el Estado-Sociedad-Infancia desde su artículo 4; eje del mandato y de los lineamientos desde el enfoque de DDHH con los NNA:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otras índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

De este artículo bisagra de aplicación de la CDN, se desprenden dos puntos esenciales a tomarse en cuenta. En primer lugar, cuando menciona “medida legislativa” evidencia para el Estado que es prioridad modificar las leyes que no estuviesen acordes a cada derecho estipulado en la CDN; los conocidos Códigos del Menor. En segundo lugar, al señalar “medida administrativa y de otra índole” se está invocando a la creación de entes y figuras dentro del Estado especializadas en dar cumplimiento a los derechos del niño por medio de políticas públicas.

Por lo tanto, el artículo 4 de la CDN obliga a aniquilar toda la legislación pasada que validaba la relación con la infancia como caridad, o como dádiva, en particular con los hijos de los sectores sociales más deprimidos económicamente. Al igual que las veteranas formas administrativas de atención a la infancia, con su comprensión del niño como ser a tutelarse y vacío de opinión en el terreno público y privado.

De tal modo, la CDN tiene y arrastra su propio paradigma basado en el respaldo a la integralidad de los derechos de cada niño. Lo que deja claro la destrucción jurídica del paradigma tutelarista vigente hasta la década de los ochenta.

1.2 Los orígenes y significados de la Situación Irregular

Veamos pues, para comprender el gran logro y la transición a la protección integral surgida con la CDN, cómo nació, en qué consistió, en qué se sustentó durante tanto tiempo y cuáles desventajas traía para la infancia la acción del Estado configurado en el paradigma de la situación irregular.

Su origen comúnmente se considera institucional, de imaginación y autonomía del Estado. Sin embargo, la cosa no fue tan espontánea como se cree. El momento clave

de su génesis se da gracias a una ruptura en el modelo penal retribucionista impulsado por un sector de la sociedad civil en los Estados Unidos durante el último tercio del siglo XIX¹⁴⁵. Este pensamiento punitivo del derecho se caracterizaba por no llevar a cabo ninguna distinción entre el niño y el adulto infractor, ya que, era juzgado con las mismas leyes, las mismas condenas y los mismos recintos de castigo: las cárceles¹⁴⁶.

Ante esta situación un grupo de mujeres de la aristocracia, que veían en la filantropía y en la caridad formas de ascenso efectivas, empezaron a exigir al Estado estadounidense la atención y protección a la infancia prisionera de un sistema que los confundía con los adultos principalmente por dos razones: 1) la promiscuidad que estaba generando el encierro conjunto entre generaciones menores y mayores; algo que se entendía como un abuso por parte de los segundas. 2) por las pésimas condiciones de salubridad en las que vivían los NNA encarcelados¹⁴⁷.

La exigencia de estas mujeres conocidas como el “Movimiento de Salvación por los Niños”, o de manera más generalizada por la bibliografía especializada en Suramérica como el “Movimiento de Reformadores”¹⁴⁸, consistió básicamente en una reforma judicial y en la atención a la infancia y la adolescencia infractora. En concreto, que se crearan lugares de internación exclusivos para NNA y una legislación-administración de justicia especializada y diferenciada de los adultos.

Así las cosas, esta es la corriente impulsora de lo que sería la situación irregular. A partir de una presión masiva y con cierta fuerza moral de las “damas de bien” norteamericanas para intervenir a la infancia peligrosa, por medio de un rescate a largo plazo del posible aprendizaje del crimen a mayor escala que produciría la cohabitación con adultos experimentados en infracciones penales. Es decir, de nada serviría la libertad de los NNA condenados luego del cumplimiento de sus penas, si se corría el riesgo de una patologización de la vida criminal por las mínimas oportunidades del Estado en brindarles competencias laborales y cívicas a los NNA para más adelante.

De tal modo, la institucionalidad norteamericana atiende las peticiones mayoritariamente femeninas y en el año de 1889 en Illinois, se establece una legislación especializada, Código del Menor, y una administración de justicia específica, el Tribunal de Menores. Este es el nacimiento oficial de la situación irregular, modelo de actuación del Estado frente al niño, contenido y legalizado en la novedosa legislación. Razón por la cual, podemos señalar sin temor alguno que la situación irregular, adquiere dicho nombre por la declaratoria expresa de las legislaciones producto de la reforma, los recién mencionados: Códigos del Menor.

145 Mucho antes de la internacionalización de los derechos del niño, tenía vigencia un modelo sociopenal mayoritariamente retributivo que inculcaba condenas de la misma forma a adulto y NNA con el ánimo de lograr retribuir el daño, o falta causada al Estado y los posibles sujetos particulares.

146 El régimen penal retribucionista en América Latina consideraba “a los menores de edad prácticamente de la misma forma que a los adultos. Con la única excepción de los menores de siete años, que se consideraban, tal y como en la vieja tradición del derecho romano, absolutamente incapaces y cuyos actos eran equiparados a los de los animales, la única diferenciación para los menores de 7 a 18 años consistía generalmente en la disminución de la pena en un tercio en relación con los adultos”. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Infancia. De los derechos a la justicia*. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2004. p. 247.

147 “Son básicamente las condiciones de vida en las cárceles donde los menores eran alojados en forma indiscriminada con los adultos, así como la ausencia de una normativa específica, los elementos que constituyen la bandera de lucha de un movimiento, que en un período relativamente corto, consigue transformar en realizaciones concretas todas sus propuestas”. *Ibid.* p. 46.

148 Para un conocimiento mayor del “Movimiento de Salvación por los Niños” recúrrase a PLATT, Anthony. *Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia*. Editorial Siglo XXI. México. 1982. Para el caso del “Movimiento de Reformadores”, óptese por *Op.cit.* GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. pp. 45-51.

En este cuerpo legal se plantea una noción de protección heredera del descubrimiento de la infancia en el siglo XVIII, esto es, del control y vigilancia sobre todos los NNA en la escuela o en la familia; instituciones misionadas desde el declive del antiguo régimen a la socialización. Téngase en cuenta que ahora la nueva corriente no solamente interna o institucionaliza a menores de edad infractores en sitios especiales para NNA, petición expresa del Movimiento de Reformadores en el derruido imperio del retribucionismo, sino que la amplía a la población infanto-adolescente que carece de la satisfacción de sus necesidades básicas, y que según los conocimientos sobre los NNA hegemónicos en la época, claramente representados en la pediatría, la psicología y la pedagogía clásica, auguraban un futuro para ellos de por sí clausurado¹⁴⁹.

Por lo tanto, la situación irregular favorece una intervención estatal indiscriminada en los NNA actores de infracciones de la ley penal, es decir, se institucionalizan por acciones atribuibles a su voluntad. Pero a su vez, se encierra a NNA con dificultades socioeconómicas y afectivas, imposibles de atribuir a su discreción, voluntad o decisión propia¹⁵⁰. Esta comprensión y pauta de relación entre el Estado-Sociedad-Infancia, si bien es cierto, toma vida gracias a lo que dice, faculta y manda la norma al Estado para tener prelación en la vida privada de los NNA cuando lo considere necesario. Existen razones de peso que la impulsan, que la hacen posible, o si se quiere, que explican por qué el Estado a finales del siglo XIX en los Estados Unidos atiende las demandas de la sociedad civil con tanta complacencia.

1.3 Las motivaciones que legitimaron la Situación Irregular

En principio, aparecen algunas contingencias que podemos denominar superficiales o localizables, y que dejan ver que esta situación reformista se desarrolla con facilidad y no encuentra oposición mayor, ni siquiera entre los retribucionistas que al parecer perdían dominio sobre la infancia debido a tres factores principales: 1) “la ausencia de teóricos importantes en el campo del derecho penal” en los Estados Unidos¹⁵¹. 2) un alto número de administradores, funcionarios y guardianes penales que aseguran una burocracia y cierta concentración de recursos públicos. 3) la claridad que todo lo planteado como aspiración para los NNA no iba a ser trasladado al mundo de los adultos; el derecho penal seguiría siendo por esencia retribucionista.

Por otro lado, hay una marea de corrientes de pensamiento que asienten esa decisión. En busca de una palabra acertada: “motivaciones” que ayuden a consolidar las legislaciones tutelaristas de menores, o los soportes intelectuales del por qué era urgente y válido institucionalizar a los NNA que no fueran infractores, las cuales resumimos a continuación:

1.3.1 Necesidad de control social: Una de las inspiraciones principales para favorecer la institucionalización de la infancia, fue cuidar a la sociedad

149 “Disciplinas tales como la medicina, la educación y la psicología del desarrollo, asisten a las instituciones involucradas en la formación y cuidado de los niños a través de la identificación de un creciente catálogo de necesidades propias de la infancia. La satisfacción de éstas contribuyen al desarrollo normal del niño, mientras las necesidades insatisfechas constituyen indicadores de riesgo, aspecto que en forma creciente se asocia al status socioeconómico de la familia”. Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 15.

150 Ante esta construcción jurídica el “Movimiento de Reformadores” no expresó ninguna oposición. “La fuerte tendencia a la institucionalización (eufemismo destinado a designar privaciones de libertad de carácter indeterminado), puso inmediatamente en evidencia que la indignación moral de los reformadores se refería mucho más a los excesos y a la promiscuidad del encierro, dejando intacta una cultura hegemónica del secuestro y segregación de los conflictos sociales”. Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p. 2.

151 Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p. 46.

de los NNA ya reconocidos como peligrosos, es decir, aquellos que se volvieron infractores¹⁵². Pero a su vez, los que se conceptualizaban como posibles delincuentes por carecer del cuidado de una familia o de alguna escolarización; de socializaciones que los hicieran respetuosos de la ley.

Justamente, por la sobrevivencia de la idea que las nuevas generaciones para ser capital social vivo requerían como estímulo indispensable la regulación, el control y el cuidado del adulto. No se olvide, que esto es posible porque “al menos en las sociedades denominadas occidentales, hemos compartido una muy antigua necesidad de diferenciar entre dos grandes grupos de miembros de nuestras colectividades: los adultos y los menores, percibidos y clasificados como categorías de personas bien diferenciadas [...] Como algunos autores han señalado, el núcleo figurativo de las representaciones sociales adultas sobre la infancia en nuestra cultura parece haberse centrado en la idea de los *aún-no*; que en el fondo resulta una idea excluyente en relación con el grupo o categoría social al que corresponden los *ya-sí*”¹⁵³.

Por otra parte, una noción de control que supera el señalamiento del NNA como fragmentario o inconcluso, pero que también se asienta como impulsor de la situación irregular tiene que ver con el peligro representado por los hijos de los pobres para el status quo. La institucionalización de NNA provenientes de familias con insuficiencias económicas para cumplir con sus necesidades primarias no es una mera casualidad. Se nutre de una representación antiquísima, propia “de la primera etapa del capitalismo y del Estado liberal: la explosión de la cuestión social”¹⁵⁴.

Esto es, el miedo o el temor a que la plebe se subleve, pues al crecer la “desigualdad, la miseria, la explotación y la mortalidad entre los más pobres, se incrementaba la amenaza de rebelión y cuestionamiento obrero del orden social”¹⁵⁵. Esta visión es determinante para el surgimiento de la situación irregular, tal y como lo deja ver un funcionario penitenciario estadounidense, promotor del Tribunal de Illinois, al mencionar: “El movimiento democrático de este siglo ha provocado un acercamiento de las clases sociales, anteriormente desconocido. En consecuencia, son numerosas las personas que comprenden los peligros de las familias obreras y pobres. He aquí, otra influencia que favorece una modificación del derecho penal y procesal”¹⁵⁶.

Más adelante, esa posición fue altamente valorada en el entorno anglosajón y europeo, a razón de la gran crisis financiera de los años 30 y de la inmigración permanente de gentes de los países del tercer mundo que venían a engrosar las filas de pobres y desempleados existentes. En particular, por la masificación de las teorías estructural-funcionalistas norteamericanas de mediados del siglo pasado que establecieron como “lógico” que el ser proletario y de cualquier sector excluido era propenso al crimen y al delito¹⁵⁷.

152 Esto nunca fue discutido porque el control social bajo la vertiente del derecho iluminista gozaba de aceptación y de valoración positiva porque se consideran a la ley y al sistema penal como defensas del ciudadano y limitadoras de las arbitrariedades del Estado. Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p. 17.

153 Op.cit. CASAS, Ferrán. Infancia: perspectivas psicosociales. p. 32.

154 IFEJANT. Jóvenes y Niños Trabajadores: Sujetos Sociales. Modulo II. Lima. 1995. p. 91.

155 Ibid. p. 91.

156 Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p. 47.

157 Por ejemplo, para el sociólogo Richard Cloward, “la forma de conductas criminales pueden producirse no sólo por la falta de mecanismos culturalmente aprobados para alcanzar el éxito, sino que también de la disponibilidad de

De aquí se desprende la importancia de la institucionalización, dado que serviría para: 1) cuidar, regular, acompañar y ordenar la vida de los NNA sin tutela. 2) enseñar los valores cívicos y la noción de la ley a los NNA infractores, 3) imponer una fuerte moralización a los miembros pequeños de las clases populares. Una fuerte reeducación que los libere de los valores de la pobreza, concebida en su momento como una “falta de moralidad de las personas (negligencia, relajación, pereza)”¹⁵⁸. Por eso, al NNA considerado peligroso a futuro se le podría arreglar con la introducción de normas y comportamientos característicos del progreso, el orden y la civilización.

1.3.2 Etnocentrismo y la biología del pobre: Este es el segundo gran soporte intelectual de la situación irregular. Bien sabemos que a lo largo de la historia occidental el etnocentrismo ha sido la pauta de evaluación de la cultura distinta. Es decir, la horda conquistadora miró desde sus inicios a las culturas originarias de América Latina y África, con evaluaciones y prejuicios diseñados y procesados desde los interiores de la cultura europea como principios universales y absolutos.

El resultado de este examen fue promover su inferioridad y barbarie por no lograr abstraer de sus imaginarios y leyes procesos científicos. Como tal, a lo largo del siglo XIX estuvo viva y vigente esa mirada que define a ciertas comunidades como primitivas e irracionales; dañadas desde su biología¹⁵⁹.

Asimismo que muchos de los denominados inferiores en racionalidad, tenían condiciones de pobreza que atrapaban sus vidas; es decir, esta era una de sus particularidades primordiales o más sobresalientes de su estado biológico.

Por lo tanto, se presumía que los pobres eran resultado de la reproducción de deficiencias genéticas de carácter hereditario. Lo que significaba de inmediato varias cosas: 1) que los necesitados eran una manifestación natural a existir por siempre, 2) que dada la condición defectuosa de los NNA pobres, sería necesario por el bien del capital social, tratar de recomponer, de alterar, de desviar con un modelo educativo estricto lo que mandaban los genes de esos NNA.

En suma, toda esta corriente de pensamiento que promueve el desajuste social como una responsabilidad individual se conoce como el positivismo

una serie de medios no convencionales para lograr el mismo objetivo. Jóvenes provenientes de clases sociales acomodados, sin lugar a dudas, presentan una mayor disposición para lograr niveles de éxito social y material más altos por medio del ajuste a las formas socialmente aprobadas. Por el contrario, aquellos jóvenes que carecen de las mismas oportunidades y están expuestos únicamente a medios considerados ilegales no debería extrañar a nadie que éstos se valgan de ellos para alcanzar las mismas metas”. El sociólogo Albert Cohen sigue la misma línea, pero plantea que todo está determinado por la “clase social”, y que dentro de ella se engendran subculturas del crimen como contra respuesta a la posibilidades de crecimiento personal que han otorgado las “elites”; específicamente sugiere que “los jóvenes de clases bajas se enfrenta con una sociedad que les ofrece muy pocos elementos de respeto por sí mismo debido a las condiciones de pobreza y miseria en que viven. Como respuesta, es posible que dichos jóvenes desarrollen una subcultura delictual basadas en valores y normas que les permitan generar formas más favorables de respeto e identificación más positiva de ellos mismos. Tales valores y normas son frecuentemente opuestos a los de las culturas dominantes, pero dentro del contexto en que se generan, tanto las características de los actores como el tipo de conducta que generan se consideran como meritorias por el grupo”. GILBERT CEBALLOS, Jorge. Introducción a la sociología. Ediciones LOM. 1997. p.p 212-213.

158 Op.cit. IFEJANT. p. 93.

159 Véase LEVY-BRUHL, Lucien. El alma primitiva. Editorial Península. Barcelona. 1974. Y del mismo autor: La mentalidad primitiva. Editorial Leviatán. Buenos Aires. 1957.

bio-antropológico. Y viene a remarcarse a posteriori con una teorización que tuvo un gran auge en el siglo XIX y en la mayoría del siglo XX: el perfil del delincuente de la criminología de Lombroso.

Su base es la biología humana para promover la institucionalización y la creación de normas de control social. Por su obra, se hizo sentido común que el hombre es innatamente agresivo y que por medio de “estigmas físicos como barbilla hundida, orejas pequeñas y sin lóbulo, frente estrecha y nariz torcida” se podría identificar al criminal nato¹⁶⁰. Concluye “que el delincuente es un ser atávico que, dentro de la escala evolutiva, se encuentra más cerca del chimpancé que del hombre culto”¹⁶¹.

A fin de cuentas, deja establecidos parámetros para prevenir al delincuente del mañana tomando como patrones de castigo, su físico y su historia familiar del delito, casi siempre más repetitivas en las esferas económicamente deprimidas.

1.4 Las fórmulas legales e ideas sociales que permiten la aplicación de la Situación Irregular

Los dos elementos propuestos anteriormente explican como desde la autodefensa del Estado, más los intelectos de la biología y la raza vigentes, se dio vía libre a la institucionalización de los NNA, al igual que expone por qué el proceso de transformación fue tan levemente difícil y veloz: por presentarse como una fórmula legal de prevención; el tutelarismo es una forma de castigo mucho más perfeccionada que el retribucionismo.

Vale rescatar la importancia de pensar los cimientos de la situación irregular, dado que al ser en la interpretación oficial un mandato legal inscrito en los Códigos del Menor, como ya lo dijimos en páginas anteriores, se puede caer en la conclusión fácil que su producción es eminentemente jurídica. O sea, que la relación Estado-Sociedad-Infancia fue únicamente pensada desde el derecho sin tomar en cuenta los modelos interdisciplinarios de pensamiento imperantes. Planteamiento que supone a la ley como abstracta y con un vacío de nutrición política o de alguna intencionalidad¹⁶².

Creemos que esto no es cierto¹⁶³. El derecho viene a asimilar las representaciones ancladas en la relación del mundo adulto con los NNA, en las que prevalece notoriamente la idea que el niño es capullo, es un ser en transición, un *becoming*¹⁶⁴.

160 URRRA PORTILLO, Javier. *Violencia. Memoria amarga*. Editores Siglo XXI. Madrid. 1997. p. 37.

161 Ibid. p. 37. Adicionalmente esta visión deja entrever que el NNA asimétrico con el patrón de belleza e inocencia imperante era un posible criminal. En especial cuando en “nuestra cultura la imagen más pertinente del niño inocente es la de un chico blanco, de cabello rubio, de ojos azules... y los indicadores de clase media, raza blanca y masculinidad se interpretan como representativos de todos los niños”. GIROUX, Henry. *La inocencia robada*. Juventud, multinacionales y política cultural. Ediciones Morata. Madrid. 2003. p. 16.

162 “Desde esta perspectiva, varios de los países Latinoamericanos, carecen de evolución jurídica suficiente, para adecuar los principios de la sociología del Estado y de la socio-antropología al cuerpo legal vigente, creándose una brecha fatal, en lo que respecta a la concepción del Estado-sociedad”. TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique. *Teoría general de niñez y adolescencia*. Universidad de los Andes. Bogotá. 2005. p. 16.

163 Aunque existen posiciones que determinan la situación irregular como una concepción únicamente jurídica, al proponer que “la visión de la situación irregular del Menor, se deriva en lo sustancial del enfoque legal sobre el Menor. La formulación básica de ésta doctrina no recoge los aportes interdisciplinarios provenientes de otras ciencias tales como la antropología social, la sicología clínica, la psiquiatría forense y la sociología”. Ibid. p. 18.

164 No se olvide que “Etimológicamente, in-fancia viene del latín in-fale, el que no habla, es decir, el bebé. Pero con el tiempo fue adquiriendo el significado de *el que no tiene palabra*, es decir, el que no tiene nada interesante que decir, no vale pena escucharlo. Luego se planteó la pregunta ¿hasta cuándo?, ¿hasta qué edad los niños no adquieren la

Es importante advertir esta cuestión, debido a que los Códigos del Menor para poder desarrollar la situación irregular; a saber, para construirla legalmente se valieron de esa consideración profundamente arraigada y expresada en otra rama del derecho: el civil.

En efecto, con anterioridad al derecho de menores se podía encontrar en el derecho civil dos visiones sobre la “persona”; una referida a los que tenían capacidad de autogobernarse y otra de los que tenían una incapacidad innata que los obligaba a depender jurídicamente de otros y a requerir siempre una representación adulta para que sus actos o negocios jurídicos tengan validez legal: los NNA¹⁶⁵.

Así, se manifiesta la técnica jurídica, el ladrillo, la pieza de escritura con la que se arma la situación irregular. Al concebirse el “niño como menor (no capaz) desde el marco conceptual del Derecho Positivo y alrededor de éste concepto construir toda una urdimbre tendiente a protegerlo allí donde se encuentren presentes las condiciones sociales y económicas que hagan imperativo que sobre éste se apliquen medidas de orden legal para lograr su reinserción (protección) o su castigo (penalización)”¹⁶⁶.

Dicho en otros términos, del derecho civil se toma la noción que todo menor de edad para que sus actos y declaraciones de voluntad surjan efecto, es vital un acompañamiento tutelar a causa de su incapacidad, que en principio “compete a los padres (patria potestad) y tan sólo en forma subsidiaria, es decir, en defecto, le corresponde al Estado a través del funcionario competente o la persona designada (tutelas y curatelas)”¹⁶⁷.

Con esto claro, es fácil comprender que la autoridad y legitimidad del Estado para invadir a la familia e institucionalizar al NNA con necesidades insatisfechas deviene de la invocación de la figura del “Parens Patrie” o el Principio de Subsidiariedad que significa, algo así, como el deber del Estado de proteger a los incapaces para cuidar de sus bienes y sus mejores intereses¹⁶⁸. De tal manera, el Estado empieza a actuar cuando concibe que se expone al peligro el bienestar del niño y su futuro como adulto productivo por la falta de un acompañante; en sí es un corrector de conductas y situaciones estimadas como anómalas que dañan el capital social del niño.

1.4.1 Los momentos definidos como irregulares para un NNA

Pero a todas estas, cuáles son las condiciones exactas de la intervención. Qué dicen los códigos que demarcan la Situación Irregular. De manera general se podrían resumir las siguientes pautas teniendo en cuenta los que se crearon en América Latina¹⁶⁹:

1. Que se encuentre en situación de abandono o peligro material o moral.

capacidad de expresarse razonablemente? De tales cuestiones fueron surgiendo a lo largo de la historia conceptos tales como: *uso de razón, discernimiento, competencia, madurez...*”. Op.cit. CASAS, Ferrán. Infancia: perspectivas psicosociales. p. 25.

165 “Y tratándose del concepto de persona, éste se perfila desde la teoría general de la capacidad y la incapacidad correlativa de las personas (menor, menor adulto, menor incapaz, incapaz relativo)”. Op.cit. TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique. p. 17.

166 Op.cit. TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique. p. 17.

167 Op.cit. TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique. p. 17.

168 “en aplicación del principio de subsidiariedad, es decir, en ausencia de sus padres o sus representantes legales. Como quiera que los regular, es que el menor esté representado, desde la institución legal de la patria potestad o de las tutelas y curatelas, al encontrarse éste (el menor) desprovisto de aquellas, se hallará en situación irregular dando origen al término que identifica la doctrina que lleva éste nombre”. Op.cit. TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique. p. 17.

169 Tomamos como referencia el contenido del Código de Colombia, pues nos parece el que logra resumir las propuestas de los ya desarrollados en el continente.

2. Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas.
3. Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren.
4. Haya sido autor o participe de una infracción a la ley penal.
5. Presente deficiencia física, sensorial o mental.
6. Ser adicto a sustancia que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la adicción.
7. Ser trabajador en condiciones no autorizadas por la ley.
8. Se encuentre en situación especial que atente contra todos sus derechos o su integridad.

Surgen con la enumeración de estos puntos tres cortos pensamientos. Por un lado, que la carne de cañón y de coacción de la Situación Irregular necesariamente iban a ser los “hijos de la pobreza”. Puesto que al señalar como sujetos pasivos de protección a los NNA en abandono o en carencia económica, de por sí, se concentraría en NNA sin padres o en familias sin recursos y sin ingresos monetarios. Entiéndase entonces que la lógica de la situación irregular fue optar por soluciones de naturaleza individual ante la deficiencia y falta de políticas sociales; con la creación de un modelo de contención para las familias por fuera del circuito de la ciudadanía, en una clara criminalización-judicialización estatal de la pobreza ante su propia abulia de universalizar los servicios sociales básicos¹⁷⁰.

En segundo lugar, al ser la situación irregular un pensamiento para los NNA necesitados, se creó, indefectiblemente, una división de infancias sobresaliente. No solamente perceptible entre una infancia con necesidades satisfechas y otras que no, sino mucho más entre infancias visibles para el Estado, denominadas irregulares por la falta de un adulto compensador y protector. Y muchas que se configuran en la invisibilidad y se piensan como regulares al ser propiedad de un seno familiar; ellas no importan para el Estado así en sus relaciones se reprodujera el maltrato u tuvieran otras falencias distintas a las económicas.

Aunque es pertinente acotar, por paradójico que suene, que esta primera expansión del Estado a lo privado no es del todo negativa; arrastró una oportunidad. Antes del siglo XIX nunca se tuvo precisión, preocupación e interés sobre qué pasaba con los NNA al interior de las familias. Esto es lo único bueno que trae la situación irregular, pues visibiliza, según sector social, “las dificultades que los niños enfrentan al interior del espacio privado familiar, tales como el abuso físico y sexual, antes “invisibles” para la sociedad, se convierten en problemas sociales que demandan intervención del Estado”¹⁷¹.

Finalmente, esas situaciones irregulares contadas son el marco dado para la operación del juez de menores, encargado de aplicar las medidas de orden administrativo y judicial que saquen al NNA de cualquiera de los escenarios señalados.

Por lo que, todo el poder del Estado se consigna en la discrecionalidad del funcionario judicial, que al tener presente al NNA como incapaz, está compelido por la norma a dictaminar: A) la institucionalización o privación de libertad ante las carencias del

170 “la dimensión real de la competencia de la justicia de menores se encuentra directamente relacionada con el tipo y extensión de la cobertura de las políticas sociales básicas”. Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p. 5.

171 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 15.

NNA, u otro tipo de medidas como B) la amonestación a los padres o responsables, C) la custodia a un pariente, D) o la iniciación de los trámites de adopción.

1.4.2 Por qué el NNA en la Situación Irregular era un objeto de protección

Tenemos en consecuencia la explicación de la acreditada frase del NNA como objeto de protección, abstraída del tratamiento que el Estado le da a la niñez bajo la figura de un juez que lo define y dictamina como espectador de su protección y que lo lleva a entrar en un carrusel de reeducación, análisis médico-psicológico, tratamiento higiénico y clasificación social antes de su vuelta a la vida pública.

En ese tránsito él nunca tiene una participación de su destino, sino que queda en manos de los declarados especialistas. La situación irregular en este caso permite su cosificación, pero a su vez la violación sistemática de los principios generales del derecho más básicos; téngase en cuenta que se retiene y separa a NNA que no han violado la ley penal, que se les detiene por ser pobres. Lo que a todas luces se opone a lo inscrito en “casi todas las Constituciones latinoamericanas [...que...] incluyen el precepto relativo a que nadie podrá ser detenido sino en flagrante delito o por orden escrita de autoridad competente”¹⁷². De la misma manera, en el caso de los infractores al estar inmersos en un hecho judicial no tienen conocimiento de su archivo o sufren de la ausencia de un abogado que vigile el respeto a sus derechos¹⁷³.

Esto es posible por dos razones: 1) debido a que los Códigos del Menor carecen de los principios básicos del derecho, a saber, no los traían especificados en sus artículos y apartados, al considerárseles nociones sobreentendidas desde el Derecho Constitucional. 2) porque las categorías que definían la Situación Irregular, en particular la de abandono y peligro moral y material, son definiciones imprecisas ni designios jurídicos delimitados. Son completamente abiertas y confusas. Son propuestas de un NNA dañado a intervenir. En general en su categoría bisagra tomaban refugio múltiples infancias y situaciones totalmente distintas que tienen como único denominador común el habitar lo público sin la presencia de un tutor, como bien lo deja ver el artículo 21 de la ley argentina 10.903 de 1919:

“se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación de los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral, la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuencia a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o del mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos o cuando en esos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud”¹⁷⁴.

172 Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p. 67.

173 Al NNA “se les niega la posibilidad de la controversia necesaria para asegurar su legítima defensa debido a su consideración como persona incapaz ante la ley. Esta situación hace que las autoridades decidan más en función de la personalidad de adolescente y no de los hechos que se le atribuyen, y olvida los principios generales del debido proceso, como los ya enunciados de la presunción de inocencia y de la legítima defensa”. GALVIS ORTIZ, Ligia. La Convención de los Derechos del Niño, veinte años después. En Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud. Vol.7, N° 2 Julio-Diciembre de 2009. Universidad de Manizales. p. 596.

174 Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p. 63.

1.5 La evolución histórica de la Situación Irregular en Europa y Suramérica

A pesar, de las características negativas y vulneradoras de la Situación Irregular al privar de la libertad a tantos NNA, de invalidar su opinión y de negar sistemáticamente su humanidad, o consideración como persona. Este modelo de comprensión del NNA desde el Estado después de su primera aparición en los Estados Unidos, vivió una propagación rápida en la Europa Occidental que empezó con una presentación de sus beneficios con el I Congreso Internacional de Tribunales de Menores realizado en París en 1911. Luego se expandió siguiendo la presente dinámica¹⁷⁵:

CUADRO 2. Aparición histórica de la legislación minorista en Europa.

País	Año de creación de legislación y tribunal de menores
Inglaterra	1905
Alemania	1908
Portugal	1911
Hungría	1911
Francia	1912
España	1924

Fuente: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Infancia. De los derechos a la justicia*. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2004. p. 29. Elaboración propia: Camilo Bácares-IFEJANT.

Es apreciable como el contenido subyacente de la Situación Irregular (salvaguardar la integridad del niño para proteger a la sociedad de delincuentes en el futuro y salvar en la medida de lo posible, el capital social disponible de una nación) tuvo un gran eco, éxito y consenso como lo deja ver el cuadro presentado, en los principales países europeos entre 1905 y 1920.

En lo que respecta al caso latinoamericano, la fortuna del proyecto del Movimiento de Reformadores fue mucho más atrasada y larga en comparación a lo que ya había ocurrido en el viejo continente por varias razones, entre las que cabe destacar la persistencia de colocación de NNA en centros de reclusión de adultos y una deficiente traducción de los Códigos en Tribunales de Menores. La carrera por forjar legislaciones minoristas que permitieran tratar piadosa y represivamente al NNA en nuestro continente siguió este orden:

CUADRO 3. Aparición histórica de la legislación minorista en Suramérica.

País	Año de creación de legislación de menores
Argentina	1919
Brasil	1927
Uruguay	1934
Venezuela	1939
Perú	1962
Chile	1966

175 Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p. 29.

Bolivia	1975
Ecuador	1976
Paraguay	1981
Colombia	1989

Fuente: Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Compiladores Emilio García Méndez-Mary Beloff. Editorial Temis. Bogotá. 1998. p.p 115-1395. Elaboración propia: Camilo Bácares-IFEJANT.

En principio Argentina fue el país que acogió con urgencia y mayor agrado este modelo tutelar sobre la infancia por su seguimiento fiel a las transformaciones en Europa y por un sentimiento favorable al control de las comunidades llamadas bárbaras del cono sur. El resto de países suramericanos lo hicieron con los años, hasta la creación del Código del Menor colombiano con el que se cierra el período de la Situación Irregular y empieza la vigencia del nuevo paradigma.

Así las cosas, se puede decir que la Situación Irregular llegó a su cúspide, que se homogeneizó como tratamiento a la infancia a nivel institucional hasta la aparición de la CDN.

1.6 La aparición de la Protección Integral

Es hora por tanto, de hablar de la protección integral y su repentina aparición en 1989 con la CDN. Normalmente se estima como un paradigma sujeto a cuatro instrumentos jurídicos de hechura de la gobernabilidad global¹⁷⁶; los que podemos contar a continuación:

1. La CDN
2. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing)
3. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad.
4. Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad)

Sin embargo, a nuestro modo de ver esto no es tan preciso. Para empezar los 4 instrumentos tienen asimetrías temporales de elaboración; por ejemplo las Reglas de Beijing son paralelas a la construcción de la CDN, pues su aparición internacional se da en 1985. Las Directrices de la Riad son posteriores, al emitirse como resolución en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento que tuvo lugar en la Habana en 1990¹⁷⁷.

Por otra parte, es poco acertado equiparar la CDN a los otros tres instrumentos, ya que al fin y al cabo son específicos y delimitados sobre una infancia: la infractora. Como sus nomenclaturas lo evidencian tratan del respeto a los derechos de los NNA que infrinjan la ley penal y postulan la prevención como mecanismo anterior a la privación de libertad, que en todo caso debe entenderse como un último recurso en estos casos.

¹⁷⁶ Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p. 14.

¹⁷⁷ CAPPELAERE, Geert. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. [revisado 30 de enero de 2011]. http://www.iin.oea.org/cad_RIAD.pdf

En cambio la CDN habla y promueve una relación del Estado con todas las infancias. Es en este instrumento donde se halla la Protección Integral, que a diferencia del paradigma anterior no es algo explícito. Antes, la Situación Irregular se presentaba en el articulado de los Códigos del Menor como un escenario de apertura del Estado a la intervención del NNA. En la CDN, en ninguno de sus artículos se puede encontrar la denominación de Protección Integral; es simple y llanamente un título al proyecto que persigue, o el resultado de una hermenéutica que descubre en qué se sostiene.

Precisamente, la CDN es una ley de interpretación global, aquellas que le competen dos características fundamentales: 1) incorporan los principios generales y básicos del Derecho, 2) promueven nuevas leyes nacionales consecuentes con dichos principios. De tal modo, la CDN se elabora como un faro hecho para guiar todos los sistemas legales y políticos estatales en su trato con las infancias de sus jurisdicciones.

1.6.1 Algunos elementos significativos de la protección integral

Al traer consigo los principios generales del Derecho la CDN propone un nuevo enfoque cualitativo, una bisoña mentalidad o percepción sobre la niñez y la adolescencia que rompe totalmente con el modelo anterior por medio de las siguientes pautas:

1.6.1.1 Concepto de protección: Da evolución y vuelta de tuerca al concepto de protección que se manejaba en la Situación Irregular. Recuérdese que se institucionalizaba a los NNA con el afán de proteger sus cualidades y potencialidades para el futuro; obviamente como un discurso ficticio para encubrir el control social. En la perspectiva de la protección integral se piensa en actuar no solamente en la vulneración, en el daño, en la crisis, en la infracción sino complementariamente en las causas, los factores de riesgo y precipitantes de los distintos fenómenos que dañan a la infancia.

De tal manera, la protección en la CDN se delimita en dos pisos de acción oficial. El primero, interesado en diagnosticar las causas estructurales y persistentes de la negación de los derechos de los NNA; protegiendo antes de las tragedias, si se puede decir así. Activando los derechos, para que no se queden en atributos inejecutables. En este caso la protección va hasta la naturaleza del hecho conocido como multiplicador de deficiencias y trampas a los derechos infanto-adolescentes permitiendo efectuar una acción coherente, a largo plazo y de fondo de parte de las instituciones encargadas de monitorearlos y velar por su respeto.

El segundo escalón, tiene en su base la disposición de actuar ante las contingencias impredecibles o en razón de la falta de prevención de fenómenos que pueden poner en jaque los derechos de tantas infancias, para rehabilitar o reparar la falencia vivida.

¿A todas estas, por qué se dan estos niveles para delimitar y enriquecer conceptualmente la protección? Principalmente, porque deja de ser sinónimo de tutela y encierro por unos contados derechos (alimentación, educación, salud). Pasando a significar, garantía y defensa de todos los derechos inscritos, reconocidos y pactados en la Declaración Universal de 1948 que luego toman su forma para los NNA en el lenguaje de la CDN.

Por ello, es que legalmente se define a la protección en este paradigma como las “actividades continuas y permanentes encaminadas a proporcionar el desarrollo integral”¹⁷⁸. A saber propone que A) la protección es sistemática y deniega de lo momentáneo; cubre toda la trayectoria cronológica de un NNA y B) que el desarrollo humano tiene un carácter holístico, superando lo psicomotor o lo fisiológico como soporte único de la personalidad y de la construcción del adulto. Asume el desarrollo como la potencialización del ciudadano, a partir de circunstancias mínimas de validación de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; entre los que sobresalen los que ven al NNA como un ser participante y organizativo de las instituciones en las que está: familia, escuela, comunidad, etc.

1.6.1.2 Consenso de derechos para el NNA: La protección integral se preocupa por el NNA en larga duración porque el NNA pasa a tener derechos específicos; es decir, goza de la categoría de ciudadanía. De ahí que la integralidad se basa en que el Estado debe proteger todos los DDHH de todos los NNA. Con esto se rompe la parcialización asistencial y represiva que vivían los hijos de la pobreza. Es más, ello explica la susodicha frase del NNA como sujeto de derechos al ser reconocidos como portador de ellos por la sociedad y el Estado¹⁷⁹.

1.6.1.3 Desvanecimiento de la propiedad privada: Una de los puntos más importantes de la Protección Integral es que por fin se destierra la idea legal que el NNA es responsabilidad única de la familia. Como vimos, la Situación Irregular era permisiva de una visión autocrática de la familia; a saber era vista como un centro de dominio de sí misma, a menos que no se cumplieran los deberes de la patria potestad, o que el control del padre, jefe de familia rompiera el límite de la ley penal. Con el enfoque de DDHH esa noción de ente aislado y cerrado se fractura por dos razones esenciales: A) las relaciones de dominación pueden ser sancionadas y castigadas; no se olvide que el NNA tiene ahora derechos y es un sujeto de interés público, B) se imponen las relaciones de cooperación debido a que ante la ley todos los miembros de la familia son iguales; no hay nadie un poco más completo, o mejor dotado de derechos.

1.6.1.4 Reconocimiento público y político del NNA: Un elemento importante del reconocimiento de derechos, que por lo general se obvia y los deja como pura ontología, es la responsabilidad de los que pactan. Con claridad, los derechos al ser acuerdos políticos ritualizados o simbolizados a través del derecho positivo generan una responsabilidad de acción, pero no únicamente para el ciudadano: es de doble vía ese compromiso.

Efectivamente, la Situación Irregular era un sistema de impunidad favorecedor de la expiación adulta frente a las causas reales de la irregularidad que combatían: la falta de políticas de servicios sociales básicos. De una manera más sencilla, era un sistema en pro de la irresponsabilidad política de los

178 Op.cit. TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique. p. 17.

179 La postulación del NNA como sujeto activo de derechos era un hecho ya casi inevitable, que no podía esperar mucho dentro de las Naciones Unidas y en las relaciones estatales que de su seno se desprenden. Señalamos esta cuestión porque desde la Internacionalización de los DDHH con la Declaración Universal de 1948 se dejó establecido por consenso que para que la libertad, justicia y paz tengan sustento y puedan realizarse es deber indispensable el reconocimiento de la dignidad y de derechos inalienables para todos.

gobernantes al no preguntarse nunca el por qué de la situación denominada irregular de los NNA y al no hacer nada más allá de culparlos individualmente de sus deficiencias y desobediencias¹⁸⁰.

Por el contrario, con la Protección Integral lo que se considera como erróneo o irregular es la institución responsable del NNA; recreadora en gran parte de la realidad por acción, omisión, negligencia o incapacidad. Por tanto, el “niño no puede ser entendido como abstracción del mundo que lo rodea, de sus circunstancias especiales, familiares, socio-afectivas y económicas”¹⁸¹. Se le asume como un sujeto social que se ha configurado por la diversidad de fuerzas dinámicas en las que está inserto, entre las que le cabe plena responsabilidad a las que tiene con el Estado y la familia.

1.7 La hoja de ruta de la Protección Integral para reformular al Estado en servicio de la Infancia

Retomando la postura recién mencionada de la responsabilidad del Estado con los NNA es lógico decir que proteger todos los derechos de toda la infancia está lejos de ser una tarea espontánea, a darse a ciegas y en las manos de un único agente.

Claro que hay un plan y que las responsabilidades competen a todos, pero en especial al Estado, garante de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de DDHH.

Esto nos obliga a hacer énfasis que la CDN y la Protección Integral que la nutre es un pensamiento garantista, es decir, todo lo opuesto al subjetivismo y a la discrecionalidad. La infancia no queda a merced del antojo, del “vez en cuando”, del deseo personal de un gobernante, o del libre albedrío del juez; se convierte en una obligación de Estado en lo relativo a la efectividad de sus derechos.

Necesariamente, el “carácter garantista de una legislación remite a una doble caracterización. Por un lado, al respeto riguroso por el imperio de la ley propio de las democracias constitucionales basadas en una perspectiva de los derechos humanos hoy normativamente establecidos y, por otro, a la existencia de mecanismos e instituciones idóneas eficaces para la realización efectiva de los derechos consagrados”¹⁸².

Esto pone sobre la mesa de discusión, que evidentemente, la Protección Integral supera el cambio en lo mental y en lo psíquico: al enunciar que el NNA es sujeto de derechos. Claramente, trae una propuesta permanente de pensar la relación del Estado-Sociedad-Infancia para lograr validarlos según las condiciones del contexto político, económico y cultural siguiendo unas pautas, reglas o valores.

Este marco u hoja de ruta, basada en el garantismo se resume y manda en tres procesos duraderos en el artículo 4 de la CDN que se expuso en el comienzo del texto.

180 “...el sistema tutelar es un sistema (sic) cuyas respuestas se fundamentan en la autoabsolución del mundo de los adultos, en la no responsabilidad de los adultos frente a las llamadas conductas irregulares de los menores”. Op.cit. TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique. p. 34.

181 Op.cit. TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique. p. 34.

182 Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p. 253.

Ahí se pide, 1) cambiar la condición jurídica de la infancia de la Situación Irregular al enfoque de la Protección Integral, es decir llevar a cabo una adecuación normativa y legislativa; o sea ajustar la legislación interna a los parámetros del Derecho Internacional. Hacer esto implica dar visibilidad por vez primera a la infancia en un país, al darle la connotación jurídica de sujetos de derechos. En Suramérica la transformación ha sido totalmente dispareja, a pesar que las ratificaciones de la CDN fueron inmediatas, como lo ilustró el cuadro de la primera página. Hasta el momento este primer paso ordenado por el artículo 4 para aterrizar la Protección Integral se ha cumplido con este orden:

CUADRO 4. Cronología de las reformas legislativas en Suramérica.

País	Año de reforma legislativa: aparición del Códigos del NNA
Brasil	Estatuto del Niño y del Adolescente (Ley N° 8069) 1990
Ecuador	Código del Menor 1992-Reformado nuevamente con el Código de la Niñez y Adolescencia (Ley N° 100) 2002
Bolivia	Código del Menor 1992- Reformado nuevamente con el Código del Niño, Niñas y Adolescente (Ley N° 2026) 1999
Perú	Código del Niño y Adolescente 1992
Venezuela	Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente (Ley N° 5266) 2000
Paraguay	Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 1680) 2001
Uruguay	Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 17823) 2004
Argentina	Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley N° 26061) 2005
Colombia	Código de la Infancia y la Adolescencia 2006
Chile	Sin transformación legislativa. Se perfeccionó el Código del Menor de 1966 con la Ley Orgánica de Creación del Servicio Nacional de Menores (Decreto N° 2465) 1979

Fuente: Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Compiladores Emilio García Méndez-Mary Beloff. Editorial Temis. Bogotá. 1998. DÁVILA, Paulí, NAYA, Luis. Infancia, Educación y Códigos de la Niñez en América Latina. Un análisis comparado. En Revista Española de Educación Comparada. N°16. 2010. p. 220. Elaboración propia: Camilo Bácares-IFEJANT.

El cuadro recién esbozado deja ver a Chile como el único país todavía ausente de cumplir este compromiso con la CDN. Allí se trata a la infancia con una esquizofrenia jurídica, ya que la ratificó el 26 de enero de 1990, lo que la incluye en su aparato jurídico nacional y la pone como herramienta de relación con la infancia adyacentemente al Código del Menor de 1966; dos leyes que apuntan al mismo tema pero con un visor antagónico. Esta paranoia legal, en la misma intuición que nos permite el cuadro fue recientemente superada por Argentina y Colombia.

En la mayoría de países la relectura legislativa de la infancia se encontró con un sinfín de resistencias. No fue una tarea fácil, sin importar que respondiera a un compromiso

del Derecho Internacional. Los principales obstáculos fueron: A) algunos leves como el rechazo a la Protección Integral por ser un “marco impuesto por la cooperación internacional”¹⁸³. B) otros de mayor envergadura, por quitar poder a los jueces del menor. Partamos de que la literatura circundante al NNA antes de 1989, incluyendo los Códigos del Menor, fueron escritos por los propios funcionarios encargados más tarde de aplicarlos¹⁸⁴. C) súmese a ello, la construcción de una buena moral de los operadores de justicia, resultante de la omnipotencia del juez, según las cuales sus intenciones eran superiores al derecho; esto obedeciendo a que el juez estaba a compelido a actuar desde lo mejor que le parecía a él para el NNA, caso similar al de un buen padre de familia¹⁸⁵. D) Otra ideas que circularon como coágulo a la Protección Integral, “incluían un arco temático que iba desde la necesidad de considerar los aspectos positivos de la doctrina tutelar, hasta una alerta sobre el efecto inicial de reducción de la población privada de libertad [con su] seguro aumento desmesurado posterior. Las cifras de la administración del sistema de justicia juvenil de Costa Rica, cuatro años después de entrada en vigencia de la ley, desmienten rotundamente dichas acusaciones”¹⁸⁶.

Una vez terminadas las reformas legislativas se rompe la columna vertebral de la Situación Irregular. Si esta última logró separar a los NNA de los adultos en las cárceles, la Protección Integral permite la diferenciación entre la competencia tutelar y penal del Estado. Es decir, aboga por la separación y distinción en plano normativo de los problemas de naturaleza social de las infracciones y conflictos con la ley penal que tengan como protagonistas a los NNA.

2) La segunda clave del plan de acción de la protección integral, también parte del artículo 4, es el aludido a las medidas administrativas para dar efectividad a los derechos del NNA. Es casi lógico, que si durante la vigencia de la Situación Irregular el sistema administrativo del Estado se resumía en espacios para encerrar a los NNA y operadores de la psicología, pedagogía y el trabajo social para vigilarlos, o detectarlos en sus familias antes de ponerlos a disposición del juez.

Con la llegada de la protección integral y “desde la perspectiva de la titularidad de derechos fundamentales adscrita al niño, éste ejercerá dichos derechos y ante su imposibilidad de hacerlo, le compete al Estado mismo, su protección y amparo. Lo anterior, hará imprescindible el rediseño de los procedimientos administrativos”¹⁸⁷, y la creación de instituciones enfocadas exclusivamente a garantizarlos por medio del diseño, gestión y evaluación de políticas públicas que cubran integralmente los derechos de los NNA.

Esto es evidente en un horizonte garantista: la existencia de instituciones especializadas, con sus respectivas dependencias para cubrir los derechos inscritos en la CDN. De un lado, en lo que tiene que ver con los derechos sociales, económicos, culturales, civiles y políticos. Del otro, con la creación de un sistema de responsabilidad penal

183 Op.cit. TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique. p. 141.

184 “contrariamente a lo que sucede en otras áreas del derecho, donde el grueso de la producción teórica se realiza por individuos no pertenecientes al sistema (judicial) encargado de su aplicación, un relevamiento de la literatura existente en el contexto latinoamericano demuestra que los textos clásicos del derecho de menores son producidos mayoritariamente por quienes tienen o tuvieron responsabilidades institucionales directas en su aplicación”. Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p. 8.

185 Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p. 9.

186 Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p. 252.

187 Op.cit. TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique. p. 34.

adolescente encargado únicamente de atender a los NNA denominados infractores, claro está siempre partiendo de un respeto irrestricto a sus derechos.

3) El tercer patrón de afirmación de la Protección Integral son las políticas públicas. Vale detenerse y pensar que la adecuación legislativa es inservible si se cree terminada con la creación de un Código de NNA e instituciones desde su mandato, sino es para construir políticas públicas que garanticen condiciones de vida dignas para la infancia. Adecuar, “entonces, no hace referencia tan solo a la búsqueda de la concordancia del derecho internacional con el interno, sino que trasciende dicho marco legal buscando la reformulación de los mecanismos de acción del Estado mismo, la creación de una cultura garantista a favor de la infancia y el diseño de verdaderas políticas públicas que más allá de los simples programas de gobierno materialice los fines esenciales del Estado”¹⁸⁸. En concreto tiene que ver con la afirmación de la función del Estado: garantías y políticas públicas a favor del ciudadano.

Decir esto no significa que los nuevos códigos sean innecesarios; son fundamentales al representar el mapa de navegación de la política pública y del significado del NNA para el Estado.

Por una época se pensó así, al considerar que con la inscripción constitucional bastaría para cumplirle a la infancia, al plantearse como en el caso colombiano que la Protección Integral como paradigma ya estaba tipificado y desarrollado en la Constitución al establecerse una concordancia conceptual e instrumental entre ella y la CDN¹⁸⁹. Una posición errada, ya que sí bien es cierto que los códigos son normas de inferior jerarquía, es desde ellos, que se plantea la reforma obligatoria administrativa y desde donde se crean obligaciones para la producción de política pública; cumpliéndose a cabalidad el artículo 4. Por esto, de manera hipotética no es descabellado afirmar que sin código es imposible hablar de un marco de política pública de infancia. Se podría hacer, pero sin la atención a la calidad de sujeto de derechos de los NNA y a la integralidad que los beneficia.

Como sea, la política pública es cardinal porque permite que sea eficaz la adecuación legislativa. Siempre debe tener un humor sistemático dentro del derecho positivo para hacer que todas las normas, que están fuera del Código de NNA, sean afines a la CDN. Muchas veces el código no logra totalizar la dimensión del Estado con la infancia, siempre existen normas, decretos, políticas y lineamientos que pueden poner en riesgo algún derecho de un NNA.

Resumiendo y para poner punto final a este capítulo. Lo más inteligente es cerrar planteando algunos puntos:

- Los paradigmas tienen historia. No nacen de la nada. La situación irregular y su apogeo institucional y legal, es posible gracias a una multiplicidad de factores políticos, económicos y culturales que superan en todo caso la misma normativa. Lo mismo sucede con la protección integral: su nacimiento tiene su sustento en las falencias y grandes errores que tenía la Situación Irregular y en la configuración distinta sobre el niño que tienen la psicología, la sociología, el derecho, la antropología; etc.

188 Op.cit. TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique. p. 34.

189 Op.cit. TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique. p. 140.

- La Situación Irregular tras su promulgación tuvo un período largo de aplicación y reforma del Estado para cumplirse. En todo caso vimos como en todos los países suramericanos ese proceso fue desigual. La Protección Integral debido a su juventud, viene a sufrir del mismo problema. Ponerla en marcha requiere de un proceso de lectura profundo y de compromiso político. En todo caso, entender un paradigma toma tiempo.
- Digan lo que digan, la CDN y la Protección Integral son un paradigma, pues cargan un proyecto de sociedad, de utopía sobre el NNA. Tiene un paradigma en movimiento y en “búsqueda e implementación de sistemas reales que, por su propia dinámica, sean capaces de crear la nueva realidad en materia de niñez. En otro términos: pasar de la formulación del deber ser al ser”¹⁹⁰.
- Esa aplicación de la dogmática jurídica, de lo escrito en la ley, reside en el plan de cambio que traza la interpretación de la CDN. Que empieza por el derecho positivo interno, sigue en la reforma o creación de un sistema de administración pública en materia de niñez y termina con el diseño, implementación y evaluación de políticas, planes y programas dados para validar los derechos del niño.
- De cualquier manera y aunque existe un modelo de aplicación completa de la CDN y la Protección Integral; cualquier paso de ese formato debe darse a la luz de contexto y de las urgencias de la infancia.
- Finalmente, la Situación Irregular en lo normativo está casi muerta, con ciertos rezagos legales, pero socialmente está viva en las prácticas cotidianas de negación de los derechos de los NNA de parte del Estado y la sociedad en su conjunto.

190 Op.cit. TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique. p. 141.

Capítulo 2: Los componentes principales de la CDN

Mínimamente, una política pública, o una decisión administrativa, legislativa, judicial o privada tomada en el sector de la ONG's para ser respetuosa de la legalidad trazada por la CDN, o en concreto, para evitar tener un acento ilegal debe cumplir con ciertos requisitos, indispensables, en la ruta de no dañar los derechos de los NNA. La aplicación de los Principios facilita la puesta en marcha de un filtro a decisiones discrecionales, paternalistas, personalistas y subjetivas cuando el Estado y la sociedad desarrollan acciones, quizás movidas por la emocionalidad, para proteger sus derechos. Este capítulo enumera los denominados Principios de la CDN, pero va un poco más allá, al hacer un detallado análisis histórico de sus desenvolvimientos, ciertamente, distintos los uno de los otros. De manera similar, se atreve a hacer postulaciones y definiciones de ellos, una tarea siempre importante, puesto que hay zonas de incertidumbres que aún siguen abiertas en lo que se refiere a la No Discriminación, el Interés Superior del Niño, la Supervivencia y el Desarrollo, y la Participación de los NNA.

2.1 El mandato del preámbulo

La CDN es un instrumento de derechos humanos heredera de lo ya realizado, avanzado y suscrito en todos los documentos de este tipo que le precedieron, y en particular de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 donde se estipulan tres principios fundamentales que guían los acuerdos entre los Estados y sus ciudadanos: universalidad, indivisibilidad e interdependencia.

Esto es claro y evidente, sobre todo, al revisarse el “Preámbulo” de la CDN en cuya prosa aparece lo siguiente:

- El principio de la universalidad: “Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todo los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna...”.
- La deconstrucción de la protección especial para la infancia: “Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10)...”.

Al leer estas citas se hacen obvias dos cosas. En primer lugar, la ausencia de la indivisibilidad e interdependencia como texto preciso en el preámbulo de la CDN. Su nula ubicación se debe a que ni siquiera en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 son legibles, ya que aparecieron a posteriori como mecanismos de interpretación de estos derechos para todos los países. En sí, todo análisis que tenga

que ver con los derechos humanos tiene que basarse necesariamente en la tríada de principios relatada.

En segundo lugar, la CDN le rinde honor a la historia de los derechos específicos del niño y a la razón de su aparición: la infancia como población vulnerada requería de una reafirmación y protección especial¹⁹¹. En este caso, la CDN retoma esa línea, más sin embargo, se aparta notablemente de la concepción y contenido de derechos de la Declaración de Ginebra y de 1959 que defendían el tutelarismo y la comprensión del niño como objeto de protección¹⁹².

Por otra parte, dentro del mismo “Preámbulo” subyacen varios elementos que son de significativa importancia para hacer una lectura más completa de la CDN y la aplicación de los derechos que reconoce. Entre estos podemos mencionar:

- **El cumplimiento de la promesa “aquella” de la internacionalización de los derechos humanos:** Con la CDN por primera vez en la historia de la humanidad se afirma a los NNA como personas por medio del reconocimiento de igualdad e inalienabilidad de derechos como el resto de los miembros de la familia humana. En concreto, a pesar de que con la internacionalización de los derechos humanos y la Carta de la Naciones Unidas se había planteado que para alcanzar la dignidad colectiva era necesario cumplir ese requisito con todos los sujetos de la especie para asegurar la libertad, justicia y la libertad; la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 perpetúa la categoría de objetos de tutela en los NNA. Es por tanto la CDN quien hace eco de ese llamado, quien cumple y rompe la desigualdad normativa entre los NNA y el resto de personas.
- **El compromiso del Estado con la familia para cumplir corresponsablemente con los derechos de los NNA:** A pesar que la CDN se refiere a los NNA, en algunos pasajes de sus artículos nombra a la familia y le otorga un papel sobresaliente en el acompañamiento y efectividad de los derechos consagrados para la infancia¹⁹³. En esa medida, la CDN deja al Estado como tarea apoyar también a la familia, pues en algunos casos a través de ella se pueden cumplir cabalmente los propios derechos de los NNA. Por ello, dice el “Preámbulo”, “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

191 Nos referimos a ella como vulnerada y no vulnerable; ya que la “vulnerabilidad social definida como herida (del latín *vulnus*, herida, golpe, llaga, corte) evoca la idea de fragilidad, indefensión, que se ajusta entonces de manera natural a los sistemas de asistencia social. Se institucionaliza así el derecho por el otro, al atribuirle y ajustarle este perfil de riesgo. La poderosa arma del lenguaje trastoca realidades; naturaliza e invisibiliza de manera conveniente y establece paradigmas que implantan supuestos, transfieren y vacían el contenido potencial de un concepto (según dice Sartre en el prólogo a *Los condenados de la tierra*). Es el caso de transferir la acción y el significado del verbo *vulnerar*: herir, transgredir, violar una ley, dañar, perjudicar, para usar en su lugar la forma nominalizada *vulnerabilidad*, o bien en la forma de un calificativo: *vulnerable*. En ambos casos se absolutiza y congela la acción, convirtiéndola en un estado, en un atributo pasivo de quien lo sufre, y se oculta la agencia y el sujeto de quien lo produce, el sujeto de la acción de vulnerar. La posibilidad de usar el concepto en la línea de los derechos humanos, de la conciencia ética de bienestar humano y desarrollo, se difumina y desaparece, al iluminar tan sólo a la víctima vulnerada de la violación”. DEL RÍO, Norma. A puerta cerrada, paradigmas de la exclusión. En *Derechos de los niños y las niñas: debates, realidades y perspectivas*; eds. Ernesto Durán, María Cristina Torrado. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2007. p. 347

192 De ahí que demos como título a ese proceso histórico la deconstrucción de la protección especial de la infancia.

193 Nos referimos a los artículos 9, 10 y 18.

- **El NNA es un sujeto de amorosidad y afecto:** La CDN viene a recordar la importancia de los vínculos afectuosos que tracen los adultos y el Estado con la infancia para favorecer su desarrollo integral¹⁹⁴. En el articulado de la CDN se deja claro que los NNA tienen derecho a formarse en ambientes que no los discriminen, maltraten o excluyan. A saber, que se les trate con lo antagónico a la tristeza y la violencia. De tal manera, se promueve que el desarrollo integral de los NNA no sólo se queda en el cumplimiento de las necesidades básicas fisiológicas como la alimentación, el vestido, la salud y la educación. Es mucho más amplia y explica la razón que en el “Preámbulo”, se señale, “Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”¹⁹⁵.
- **El Estado y las instituciones deben ser educadoras en la ética:** Los Estados parte y las instituciones culturales como la familia y la escuela adquieren un compromiso gigantesco con la aparición de la CDN, más allá del cumplimiento de los derechos consagrados para la infancia bajo un modelo asistencial. Tienen la obligación de educar a la niñez y la adolescencia en “el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”. No obstante, como es claro, es imposible educar en algo que no se pone en práctica o se desconoce. De ahí que, planteemos que los Estados tengan una gran responsabilidad encima: dar garantías a los derechos y construir una actitud que impida considerarlo en paralelo un trasgresor y violador de los mismos¹⁹⁶.
- **Una contradicción en la categoría de sujeto de derechos del NNA:** Con todo y que la CDN logra ponderar al NNA como persona digna de todos los derechos. En su “Preámbulo” se cuela una idea netamente evolutiva, que deja abierta la corriente de pensamiento del pasado que considera al

194 Cuando se le da importancia al amor se dan dos fenómenos inmediatos: 1) el reconocimiento social del NNA: “El filósofo Axel Honneth nos recuerda que el reconocimiento, la experiencia de ser reconocido es como nacer socialmente y es como la condición sine qua non del desarrollo personal. No hay identidad personal sin esta experiencia por más embrional que ésta sea”. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Aprender la Condición Humana. Ensayo sobre la pedagogía de la ternura. Itefant. Lima. 2010. p. 90. 2) la validación del amor como fundamento de lo social: sin el amor no se puede hablar de una verdadera aceptación del NNA como persona ni de una relación social igualitaria. Téngase en cuenta, que “La emoción fundamental que hace posible la historia de humanización es el amor. Sé que puede resultar chocante lo que digo, pero, insisto, es el amor. No estoy hablando desde el cristianismo. Si ustedes me perdonan, diré que, desgraciadamente, la palabra amor ha sido desvirtuada, y que se ha desvirtualizado la emoción que connota de tanto decir que el amor es algo especial y difícil. El amor es constitutivo de la vida humana, pero no es nada especial. El amor es el fundamento de lo social, pero no toda convivencia es social. El amor es la emoción que constituye el dominio de conductas donde se da la operacionalidad de la aceptación del otro como un legítimo otro en la convivencia, y es ese modo de convivencia lo que connotamos cuando hablamos de lo social. Por esto digo que el amor es la emoción que funda lo social; sin aceptación del otro en la convivencia no hay fenómeno social. En otras palabras, digo que sólo son sociales las relaciones que se fundan en la aceptación del otro como un legítimo otro en la convivencia, y que tal aceptación es lo que constituye una conducta de respeto”. MATURANA, Humberto. Emociones y lenguaje en educación y política. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 1991. p. 22.

195 Un cambio clave que ya se había inscrito como artículo en la Declaración de los Derechos de 1959.

196 Una de las grandes paradojas del enfoque de los derechos humanos es que los encargados de validarlos a la ciudadanía son los Estados-Nación; actores que a lo largo de la historia han sido promotores y responsables de muchas de sus violaciones: por ejemplo, con el fenómeno de la desaparición forzada, los límites a la libertad a pensamientos contrarios a políticas estatales, o la corrupción que capta los recursos de derechos sociales. Ante esto, “se debe tener presente que no obstante el carácter transnacional de sus fundamentos éticos, los derechos humanos son respetados o violados en el espacio del Estado-Nación, es decir, se hacen efectivos en la forma de derechos de ciudadanía. Ante esta realidad, se han generado diversos mecanismos institucionales de carácter transnacional diseñados para velar por el cumplimiento de las obligaciones que los Estados asumen al acceder a las disposiciones contenidas en los diversos instrumentos internacionales que regulan los derechos humanos. Para Beetham, el hecho que la protección de estos derechos dependa de un sistema integrado por Estados independientes y soberanos, constituye el punto frágil del régimen internacional de derechos humanos. Por esta razón, sostiene, el problema fundamental que limita la aplicación de un régimen universal de derechos humanos, como componente central de la gobernabilidad global, está dado por la vigencia de un sistema mundial de Estados soberanos que pueden ser, simultáneamente, tanto signatarios como violadores de Convenciones para la protección de los derechos humanos”. Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 35.

NNA como incompleto, o en proceso de “ser”. Decimos lo anterior, partiendo de la indicación: “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

- **La CDN es un instrumento general y condensador de algunos derechos más trabajados en otros documentos:** El “Preámbulo” deja claro que algunos derechos contenidos en la CDN venían siendo trabajados con mayor precisión en otros instrumentos especializados. Lo que significa en una interpretación mayor, que el Estado para la promoción de una política pública, o una institución privada que intente desarrollar un proyecto social en torno a los derechos relacionados con las infancias infractoras, la mujer, los NNA en conflictos armados, o en el tema de adopción y colocación en hogares de guarda tienen que remitirse a ellos y realizar una hermenéutica con la CDN; en este sentido la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, las Reglas de Beijing y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en situaciones de emergencia o de conflicto armado son instrumentos integrados dentro del enfoque de los derechos del niño, que permiten una lectura y aplicación eficaz de la CDN.
- **La aplicación de la CDN en los primeros años aparece escalonada y progresiva:** Si bien la CDN se rige por la noción de atender y cubrir todos los derechos de todos los NNA, en un inicio, esto es imposible por la falta de diagnósticos sobre las infancias a las que el Estado jamás prestó atención. Empero, si está en el plano de lo posible y real en el corto plazo atender a las infancias que se detectan como las más vulneradas en sus derechos, siguiendo todas las estadísticas que tenía Unicef sobre los países en vía de desarrollo y que denominaban NNA en condiciones especialmente difíciles¹⁹⁷. Por esto, el “Preámbulo” marca: “Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles, y que esos niños necesitan especial consideración”.
- **La compaginación de la categoría del niño occidental en las culturas originarias y campesinas:** Mucho se ha establecido que el occidentalismo con el que se escribió la CDN, dañó y limitó los derechos consuetudinarios y las prácticas culturales de muchas comunidades indígenas en el mundo, al igual que los modos de vida de la infancia campesina¹⁹⁸. Sin embargo, esto no es tan cierto si se sale de la lectura rígida de artículos que dejen abierta esa posibilidad, como el de la salud (artículo 24) y se amplíe la interpretación de los mismos por medio de lo pactado en el “Preámbulo”: “Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño”. Esta pista

197 Entre estas infancias se encuentran los NNA bajo un régimen de explotación infantil, los que se encuentran en actividades delictivas, los NNA de calle, los NNA víctimas de maltrato y abandono, los NNA infractores, los NNA víctimas de conflictos armados, los NNA víctimas de desastres naturales y ecológicos, y “la totalidad de los niños, niñas y jóvenes que, junto con sus familias y vecindarios, viven en espacios o áreas geográficas claramente delimitadas por una combinación de condiciones crónicas y extremas de pobreza críticas, y de crisis cultural y familiar; lo que produce un acelerado deterioro tanto de sus condiciones materiales de vida, como de sus condiciones sociales y culturales de existencia; por lo cual se encuentran de manera permanente y peligrosa, en inminente riesgo de maltrato, de abordar y participar en forma precoz en estrategias de sobrevivencia, de deserción escolar, de drogadicción, de prostitución, de vagancia, de conductas infractoras, y de disolución de los vínculos familiares y de vecindario. Pertenecen a esta categoría, entre otros, los niños, niñas y jóvenes que viven en condiciones extremas de pobreza crítica urbana, los migrantes ilegales en fronteras internacionales, y los que pertenecen a etnias discriminadas (tales como negros e indígenas)”. UNICEF. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Lineamientos para la aplicación de la guía metodológica para el análisis de situación de menores en circunstancias especialmente difíciles. Bogotá. 1989. p. 70.

198 RECKNAGEL, Albert. Entre reivindicación universal y diversidad local. En *Infancia y Derechos Humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica*. Coordinadores Manfred Liebel, Marta Martínez. Ifejant. Lima. 2009. p.p. 57-67.

hermenéutica no es una mera casualidad. Sirve para amortiguar la aspiración universalista de la CDN en contextos locales divergentes a Occidente bajo el axioma de respetar tradiciones culturales, que claramente, no dañen al niño sino que por el contrario sirvan para su desarrollo en la comunidad donde vive¹⁹⁹. Asimismo, impulsa la búsqueda de una “concepción universal mínima sobre los derechos humanos, a partir de la premisa que, no obstante su diversidad, la humanidad comparte atributos comunes”²⁰⁰.

- **El compromiso de los países ricos:** Vale decir que los países desarrollados e industrializados al ratificar la CDN desarrollan un compromiso doble: 1) aplicarla en su jurisdicción en beneficio de todas las infancias. 2) impulsar su aplicación en los países en vía de desarrollo gracias a sus donaciones presupuestales a la cooperación internacional; es decir, adquieren un compromiso de aplicación mundial que sobrepasa sus fronteras²⁰¹. Esto queda marcado en el “Preámbulo”: “Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo”. Esta postura es tremendamente positiva, pero arrastra un peligro. Tiene como gran fortaleza la circulación de recursos económicos para asentar los derechos sociales de los NNA más pobres. Situación que lamentablemente puede interpretarse de una manera negativa al provocar una abulia de recursos en los Estados tercermundistas; provocando lo que podríamos llamar el síndrome de la alcancía: esperar recursos del extranjero en contraposición a la creación de una política fiscal para los derechos de los NNA.

2.2 Los principios de la CDN: ¿Qué son?

Como se ve, la CDN actúa y se fundamenta en los pilares centrales de la doctrina de derechos humanos. Al igual que deja en su “Preámbulo” pistas históricas para mejorar la lectura de los artículos de la CDN; de hecho, lo escrito en la introducción no está como adorno, es a todo lugar, una herramienta dada para la interpretación de lo convenido por los Estados.

199 “La difusión mundial del régimen de los derechos humanos durante las últimas décadas ha suscitado polémicas en torno a la aplicabilidad de estos derechos a nivel universal. Quienes cuestionan esta posibilidad argumentan que los derechos humanos individuales corresponden a concepciones liberales de la persona, propias de corrientes de pensamiento de origen Occidental, no transferibles a una diversidad de sociedades cuyas culturas y sistemas políticos se basan en fundamentos ontológicos distintos al liberal en lo que respecta a la relación entre individuo y sociedad. Estas diferencias se manifiestan en sistemas de creencias y valores distintos, a menudo expresados en términos no traducibles”. Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 52.

200 “Desde esta perspectiva, se llevan a cabo análisis comparativos entre diversas culturas a fin de identificar concepciones universales referidas a la dignidad humana, la justicia y la moral, sobre cuya base se intentan establecer las equivalencias correspondientes con los términos y conceptos del discurso occidental sobre derechos humanos”. Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 52.

201 Sobre esto expresa el Comité de los Derechos del Niño: “Los Estados, cuando ratifican la Convención, asumen la obligación no sólo de aplicarla dentro de su jurisdicción, sino también de contribuir, mediante la cooperación internacional, a que se aplique en todo el mundo [...] El artículo 4 pone de relieve que la aplicación de la Convención es una actividad de cooperación para todos los Estados del mundo. Este artículo y otros artículos de la Convención hacen hincapié en la necesidad de cooperación internacional. La Carta de las Naciones Unidas (arts. 55 y 56) establece los objetivos generales en materia de cooperación internacional económica y social y los Miembros se comprometen en virtud de la Carta “a tomar medidas conjuntas o separadamente, en cooperación con la Organización” para la realización de estos propósitos. En la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas y en reuniones mundiales, entre ellas el período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la infancia, los Estados se han comprometido, en particular, a realizar actividades de cooperación internacional para eliminar la pobreza [...] El Comité insta a los Estados a que alcancen las metas acordadas internacionalmente, incluida la meta de la asistencia internacional para el desarrollo fijada por las Naciones Unidas en el 0,7% del producto interno bruto. Se reiteró ese objetivo, junto con otras metas, en el Consenso de Monterrey de la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo celebrada en 2002”. Op.cit. Observación general N° 5. Comité de los Derechos del Niño. pp. 4,17, 18.

Complementariamente, la CDN al ser un documento revolucionario en la dinámica de los derechos del niño, trae inscritos sus propios principios y pilares que complementan los ya tradicionales e históricos de los derechos humanos, acaecidos como sabemos desde su internacionalización. Téngase claro, son principios de los derechos humanos del niño; elaborados en su especificidad.

Antes de explorarlos es vital tomar en consideración la importancia de un principio. El hacerlo, facilita entender que su diseño y construcción se dio a partir de consensos para seguir una ruta, un camino, una postura, una conducta común para preservar un ideal. Entonces ¿Qué es un principio? Sin duda, es una regla en la que todos confían, libre de discusiones sobre su validez e importancia. Un principio, por lo general es perenne y aplicable en toda situación; pauta un modo de vida en relación a algo u alguien.

Por tal razón, declarar “como principio es emancipar algo de su contingencia, de su circunstancia y reconocerle una fuerza inspiradora que opera, en primer lugar, como un imperativo ético”²⁰². Esto último es bien importante tenerlo grabado, restringir y negar un “principio” trae consecuencias sobre la persona humana, la daña si se puede decir así.

En el tema de los derechos humanos y la CDN los principios sirven para evitar justamente eso: el malogramiento de la dignidad humana, que no es otra cosa, que la situación de vida generada por la negación de uno o todos los derechos. Lo que nos lleva a decir, que los principios de la CDN al tener como interés salvaguardar la dignidad del NNA, “encarnan y refieren a valores necesarios y no negociables”²⁰³.

No se olvide lo recién expuesto. Los “principios” de la CDN son principios jurídicos garantistas; o sea, prescripciones imperativas para cualquier autoridad judicial o administrativa que trabaje con NNA²⁰⁴. En otras palabras, y para remarcar lo dicho son “una obligación de la autoridad pública destinada a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales”²⁰⁵. Lo que nos da pie para asegurar dos cuestiones: 1) que una decisión judicial y administrativa sobre el NNA que no los tome en cuenta, o los deseche, es en sí, un arbitraje o sentencia viciada y por tanto revocable, dado el caso que exista un ente superior para cambiar el fallo. 2) Todos los Estados tienen que atenderlos al momento de interpretar y dar garantías a los derechos de la infancia y la adolescencia en el horizonte de las políticas públicas; no pueden pasarles por encima o dejarlos de lado, a razón que por buena que fuera la política o el proyecto a implementarse, tendría inscrito en su diseño una violación a los derechos del niño.

202 CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia II. Sujeto de derechos y protagonista. Ifejant. Lima. 2010. p. 22.

203 *Ibid.* p. 22.

204 “La Convención contiene principios –que a falta de otro nombre, denominaré “estructurantes” [...] Estos principios son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, et; cuyo cumplimiento son una exigencia de la justicia. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. Entendiendo de este modo la idea de “principios”, la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra ellos)”. CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. En *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Compiladores Emilio García Méndez-Mary Beloff. Editorial Temis. Bogotá. 1998. p. 77.

205 FREEDMAN, Diego. Funciones normativas del interés superior del niño. *Jura Gentium. Revista de filosofía del derecho internacional de la política global*. 2005. <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm> [Revisado 15 de enero de 2011]

Sabiendo esto, centrémonos en los principios particulares de la CDN. A diferencia de lo que sucede con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la CDN sí trae todos sus principios escritos en el articulado. En total son cuatro y para comprenderlos mejor los vamos a precisar a continuación:

2.2.1 Principio a la No Discriminación

Este criterio se inspira en el “principio” de la universalidad de los derechos humanos; nos indica que todos los derechos mencionados en la CDN corresponden a todos los NNA sin excepción alguna.

De lo que podemos inferir al instante dos temas: 1) el presente Principio es una reafirmación tardía de la concepción de igualdad ante la ley que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 promovió para todas las personas en sus artículos 1 y 2.

Decimos que es una enunciación atrasada, porque a pesar de que hoy es tan normal pensar en una igualdad de derechos para la diversidad de infancias que existen, hace nada, con la situación irregular era un designio jurídico para el Estado, separar y tener un trato diferenciado entre los NNA hijos de senos pudientes y los de hogares económicamente deprimidos.

Súmele a esto, que siendo un mandato e inspiración de la internacionalización de los derechos humanos, en su primer documento posterior de derechos específicos de la niñez, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, brilló por su ausencia. Ya es de conocimiento público que para esa época en un borrador anterior a sus diez puntos, “se eliminó una disposición aparte en la que se afirmaba la igualdad de derechos para los niños y niñas nacidos dentro y fuera del vínculo matrimonial”²⁰⁶.

En efecto, es hasta 1989 con la CDN que se establece en un acuerdo supranacional, “la eliminación de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos en lo referido a los derechos sucesorios y de filiación”²⁰⁷. Esto levemente venía dándose en experiencias nacionales, que repetimos, los formuladores de la Declaración de 1959 no fueron capaces de impulsar, asumir e imitar como una postura internacional²⁰⁸.

Por supuesto, no era algo fácil o sencillo de derrumbar, más aún, con la prevalencia del imaginario de un NNA superior amparado en un contrato civil y religioso, que debilitaba la existencia del NNA por fuera del vínculo matrimonial en lo que respecta al trato y derechos de herencia de sus padres. Nociones favorecidas por la iglesia y marcos jurídicos de la misma ralea que el Código Napoleónico de 1804, que en su cláusula 340 establecía que: “Los hijos nacidos fuera del matrimonio no podrán en ningún caso reclamar la filiación”²⁰⁹.

206 Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. Edición Especial. p. 7.

207 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p 23.

208 El “derecho a la igualdad se formaliza a finales de la I Guerra Mundial en países pertenecientes al sistema legal nórdico, luego en naciones pertenecientes a la tradición jurídica germánica y del Derecho Común anglosajón, en las que las formulaciones legales correspondientes se verifican durante el período comprendido entre los años cincuenta y finales de los setenta [...] Sobre el particular, cabe señalar que en Suecia el régimen jurídico de la filiación fue modificado en favor de la igualdad en 1917, en tanto en Chile ello ocurre recién en 1999”. Op.cit. PILOTTI, Francisco. p 23.

209 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p 24.

2) Teniendo en cuenta este contexto, el Principio de la No discriminación toma un acento mayor. Evidencia su importancia, pues con su aparición se hace clara una oposición a todas las configuraciones culturales que tienen como eje, la separación y la dominación del contrario; ejemplos sobran con: el machismo, el racismo, la aprofobia, el adultocentrismo, etc.

Por esto puede decirse que el Principio a la No discriminación es una pauta dada para garantizar los derechos de toda persona que se encuentre en su estado infanto-adolescente; elaborado como una contra a los hechos habituales con los que a los suyos se les violenta.

Esto es claro. Naciones Unidas lo proyectó como un mecanismo de protección a las poblaciones más golpeadas y discriminadas en el mundo. Al punto, que con anterioridad a la CDN, en un tono de instrumento de Derecho internacional, se redactaron la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial en 1965 y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en 1979. Así, el Principio de No discriminación toma nota de la infinidad de fenómenos que impedirían que todos los NNA gocen de sus derechos, como a su vez evoca estas convenciones nombradas.

Además, sin su inscripción dentro de la CDN, la alocución del artículo 4 en que se establece que todos los derechos deben ser protegidos, quedaría coja o flotando sin la suma de: a todos los NNA, sin distinción alguna que propone el Principio de No Discriminación. Es decir, no tendríamos la base clásica de la protección integral.

2.2.1.1 Análisis textual del principio a la No Discriminación

Prosiguiendo con el tema, la letra precisa del Principio a la No discriminación se encuentra en el artículo 2 de la CDN, en el que se afirma:

“1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

2. Los Estados Partes tomarán todas la medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

De su dicción literal salen a flote dos cortas reflexiones:

- Este Principio al crear una tipología de situaciones que pueden dañar los derechos de los NNA, subraya que la infancia es una construcción social. Precisamente, que no todos los NNA tienen los mismos servicios sociales a su disposición, que tienen modos de vida distintos a causa de su religión, etnia y raza, que tienen impedimentos físicos que en la vida cotidiana hacen que se les discrimine. Por ende, existen poblaciones infanto-adolescentes

con necesidades mayores de protección, que en consonancia requieren un esfuerzo mayor del Estado.

Entiéndase bien: todas las infancias tienen los mismos derechos, pero no todas son iguales en la demanda de protección de estos²¹⁰. Lo que indica, que el acceso a derechos no supone un trato idéntico; por ejemplo, entre los NNA indígenas y los discapacitados las medidas para protegerlos son específicas a su condición.

- Seguidamente, en el artículo 2 se da la clara misión al Estado de evitar que algún niño quede ausente de derechos. En el primer inciso, se dice que tiene que “asegurar la aplicación” de todos los derechos reconocidos a todos los NNA en su jurisdicción; a saber, tiene que llevar a cabo acciones oficiales que superen lo discursivo y que eviten cualquier justificación para negar un derecho y su protección debida a todas las infancias.

En el segundo inciso, se lo recuerda a los Estados y le plantea que eviten excluir de protección alguna a una infancia, ordenando que tome todas las medidas apropiadas, o las que vengan al caso para evitar la discriminación a causa del vínculo familiar que traza al NNA. De tal modo, Naciones Unidas intenta ir más allá, al entender que la discriminación no se concentra y origina únicamente en el individuo concreto; en lo que hace, dice y es. Toma forma también por el colectivo en el que vive, lo acompaña, defiende y representa desde su nacimiento: la familia.

Por esta razón, según el inciso 2, cualquier Estado debe prevenir la discriminación y la violencia contra un NNA por razones familiares, en atención de cuatro líneas:

A) Condición: Refiere al modo de vida de los padres, a la definición que cargan, a la respuesta a la pregunta qué son. Por ejemplo, gitanos, inmigrantes, desplazados por la violencia, esquizofrénicos, etc.

B) Actividades: Refiere a los roles y acciones profesionales de los padres, legales o ilegales con las que se ganan la vida o que resultan cotidianas. Por ejemplo, ser empleada del hogar, narcotraficante, paramilitar, etc.

C) Opiniones expresadas: Refiere al dictamen, sentir, o juicio sobre algo u alguien. Por ejemplo, la posición de los padres sobre el pensum de un colegio, de compartir la oposición contra un gobierno, etc.

D) Creencias: Refiere a un firme asentimiento o convicción de los padres que delinea la vida familiar. Por ejemplo, la religión.

Ahora bien, que el artículo 2 ponga sobre el tapete la tarea de proteger al NNA de cualquier tipo de discriminación. Y que hable sobre medidas apropiadas para lograrlo. Nos hace suponer varios desafíos para concretar el principio. El primero, tienen que ver con la realización de diagnósticos que denoten la situación de los derechos de los NNA y su existencia demográfica y diversificada por infancia; pues es imposible evitar la discriminación en los

210 "Hay que poner de relieve que la aplicación del principio no discriminatorio de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un trato idéntico". Op.cit. Observación general N° 5. Comité de los Derechos del Niño. p. 5.

servicios institucionales, sino se cuenta con cifras de cuántos NNA hay en el mundo de lo político, lo económico y lo cultural.

Lo segundo, detectar quién o quiénes son los principales agentes de la discriminación, los victimarios que evitan la aplicación de los derechos para que sean sancionados. Suponemos que la discriminación no se da en el vacío; depende de un actor que la implementa.

Lo tercero y último; políticas públicas pensadas con esa información para garantizar que el NNA sin importar lo descrito en el artículo 2 sea protegido contra toda forma de discriminación. Total, lo que viene a decir este principio es que el Estado debe implementar políticas públicas para todos los NNA, con la legitimidad, claro, de su derecho a la opinión.

2.2.2 Principio del Interés Superior del Niño (ISN)

Es quizás, el principio más nombrado de todos los que componen la CDN. Se ha escrito sobre él una contada bibliografía y en ocasiones cuando se le cita, aparecen dos grandes interpretaciones que consideramos erróneas y tremendamente superficiales ante la hermenéutica que suscita la CDN. Enumerémoslas para discutir sus desaciertos.

2.2.2.1 La no muy convincente interpretación de la prevalencia

Una de las versiones más socializadas del ISN es la que señala que cuyo contenido “no es otra cosa que una forma de expresar que no puede haber un interés superior a la vigencia efectiva de los derechos del niño o la niña y que ni el interés de los padres, ni el de otros adultos, ni el del Estado, puede ser el prioritario, cuando se toman decisiones que los afecten”²¹¹.

En concreto, que los derechos del NNA son prevalentes frente a los de cualquier persona en una decisión oficial y privada; o en otros términos, que si los derechos de alguien están en contravía a los de la infancia, al final, ésta siempre gana. Lamentablemente, estamos ante una mirada privativa de los derechos, que pone en un pedestal al NNA frente a las demás personas en sus distintas etapas de vida: juventud, adultez, vejez.

Para presentar una crítica coherente a este criterio del sujeto prevalente, nos parece que la fácil aceptación de esta definición deviene y se sustenta en:

211 DURÁN, Ernesto. Los derechos de los niños y las niñas: marco general y puntos de debate. En *Derechos de los niños y las niñas: debates, realidades y perspectivas*; eds. Ernesto Durán, María Cristina Torrado. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2007. p. 44. Esta no es una versión de autoría de Durán, es reiterativa en muchos autores que abordan la CDN y el ISN como GATICA, Nora. CHAIMOVIC, Claudia. La justicia no entra en la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Citado por AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El principio del interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos. En *Estudios Constitucionales*. Año 6, N° 1. 2008. p. 230. “Por otra parte, Gatica y Chaimovic han señalado que el llamado “interés superior del niño debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña”. Esta posición también se repite en GROSSMAN, Juan. Análisis de la convención de los derechos del niño. 2003. Citado por SOTO, Ricardo. Aplicabilidad del interés superior del niño. En *El Estado y el ejercicio ciudadano de la infancia en la sociedad peruana en los albores del siglo XXI. Maestría de Políticas Sociales*. UNCP. Save the Children Suecia. Huancayo. 2011. p. 81. “Grossman señala que “es un principio que constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces. En caso de conflicto frente al presunto interés de un adulto, debe priorizarse el del niño”.

- ❖ Una interpretación errónea de la categoría superior: Recordemos que la lengua oficial en la que toman forma los documentos de Naciones Unidas es el inglés. En su original, antes de la traducción al español, se habla: “The best interests”, en lugar de ISN²¹².

Así, suponemos que los que se van por esta vía son presos del calificativo superior. Con este sedentarismo en la lectura del texto se desecha la obligación de ver sus primeros pasos y asumir que el “superior” no indica la creación de un súper humano, más valioso y crucial, sino el deber para el Estado y la sociedad de apuntar a su carácter opuesto: a lo inferior. A las prácticas que dañen el desarrollo y la dignidad del NNA²¹³.

- ❖ Conocimiento limitado de la historia de los DDHH: Ya sabemos que los derechos específicos son normas dadas para reelaborar la protección de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 frente a ciertas poblaciones: mujeres, negritudes, discapacitados, NNA, etc; que a pesar de ser reconocidos seguían siendo vulnerados y victimizados sin ningún compromiso de los Estados para evitar que eso sucediera. Como tal, los derechos específicos remarcan los mismos derechos que tenemos todos, tomando en cuenta la condición y el contexto del sujeto. No crean derechos superiores o nuevos derechos de los que nadie más goza.

En contraposición a la razón histórica de los derechos específicos, aparece la percepción del sujeto prevalente infante-adolescente que aquí criticamos. Esta postura se va por la vía de los derechos especiales; los cuales no existen en la doctrina de los derechos humanos, puesto que ello significaría que hay un tipo de persona que nace con una mayor libertad, dignidad y derechos que las demás.

- ❖ Desconocimiento del contenido de la CDN: La lectura centrípeta del ISN y el artículo que lo tiene depositado, abre camino para olvidar un análisis integral de la CDN. Efectivamente, es imposible que llegue a buen puerto y se consolide la perspectiva de los derechos del niño como “prevalentes”, ya que dentro de las

212 El ISN en “los distintos ordenamientos recibe similares denominaciones, así en el mundo anglosajón, recibe el nombre de “best interests of the child” o “the welfare of the child” [...] en el modelo Francés se refiere a “l'intérêt supérieur de l'enfant”. Op.cit. AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. p. 226. Esta calra diferenciación Alejandro Cussiánovich la recuerda al señalar: “Cuando hablamos de interés en el ámbito de la CDN, ¿estamos aceptando confrontación de intereses, valores y aspiraciones al interior de la sociedad? ¿Qué intereses sociales se están jugando a través de determinada decisión que hay que tomar? Ciertamente, el interés superior del niño forma parte de los intereses sociales. Pero hay que reconocer que eso de “superior” es una traducción poco feliz del inglés y que pareciera sugerir en castellano una suerte de jerarquía. Más exactamente debe entenderse como los “mejores intereses”, es decir aquello que nos hace mejores. El interés superior del niño es un principio que nos exige pensar siempre en el sujeto niño como contenido y referencia ética permanentes, y por ello el bienestar será siempre el bienestar de su entorno”. EKSTEDT, Julia. Programación de los Derechos del Niño. Guía de capacitación. Save the Children Suecia. Lima. 2004. p. 48.

213 Por lo pronto, vale ser cuidadoso de esta mirada. Además la interpretación de la literalidad se debe fundar en el proceso de la letra, y no solamente en la caligrafía final. Sobre esto, se “han hecho algunas críticas concerniendo la utilización de este superlativo, infiriendo que el interés superior (the best interests) significaba que en cualquier circunstancia, el interés del niño debía primar sobre cualquier otro interés [...] Con una interpretación tan literal, se haría del niño un ser de excepción que, desde el momento en el que se encontrara en interferencia con otras personas no niños u otros cuerpos sociales, tendría forzosamente siempre razón. No se puede apoyar esta posición ya que si se pone otra vez en relación el artículo 3 cf.1 con el artículo 5 por ejemplo, se comprende bien que el niño no es una persona individualizada al extremo, sino que permanece una persona miembro de su familia y miembro de la comunidad, en todos los casos futuro ciudadano, con lo cual parte integrante del Estado”. ZERMATTEN, Jean. El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico. Informe de trabajo. Institutue International des droits de l'enfant. 2003. p. 7.

páginas de la CDN son varios los artículos y derechos que cargan restricciones frente a los derechos de terceros y el Estado²¹⁴.

- ❖ Ambigüedad ética: Decir que el NNA es prevalente, supone de inmediato que el anciano, o el adulto mayor siempre tendrá que ceder sus derechos a la hora de producir política pública. Algo diferente al enfoque de los derechos humanos, que tiene como ideal la protección de todos, a partir de conocimientos fiables sobre sus necesidades, dificultades y el número de población existente. De tal manera, se caería por su propio peso el axioma popular de “antes” que cualquiera, recursos y políticas para los NNA.

Sería poco ético señalar que siempre el NNA va primero en los momentos de crisis. Le restaría reconocimiento e importancia a la vida humana seguir tal postulado. Además llevaría a cualquier interpretador del ISN, juez, legislador, o padre de familia a imaginarse y dictar que una vida vale más que otra; y de paso a desechar el principio de universalidad de los derechos humanos.

Interpretar entonces, el ISN bajo esta lógica pone en riesgo la vida y derechos de los demás. Seguramente, si el ISN tuviera como escenario esa famosa pregunta de la película de Woody Allen, *Balas sobre Broadway* de 1994: “En un incendio, ¿salvarías el último ejemplar de las obras completas de Shakespeare o a una persona anónima?”, la decisión sería casi unánime: la persona, más, si fuera niño. Pero si la paradoja se complejiza y la obra literaria se convierte en una mujer y el ser anónimo toma el rostro de un niño de 6 años; cuál vida prevalece, por qué se tendría que privar la vida femenina.

Pensar sin ética, es por tanto sumamente peligroso cuando se habla de humanidad y de derechos. A la par, es un error darle superioridad al NNA en momentos de conflictividad; pues ello indicaría que se piensa en su bienestar en las dificultades, en la hecatombe, en una clara manía reactiva y no preventiva de derechos: un comportamiento a todas luces antiético; defender al NNA cuando ya hay poco que hacer.

Si acudimos a la ética, el ISN tiene que ver con dar garantías a los derechos del NNA para que se evite cualquier tipo de vulneración y resistencia a su ejercicio.

2.2.2.2 La interpretación del Bienestar

Por otra parte, una posición que también es reconocible en las definiciones comunes sobre el ISN, es la que la asocia con la búsqueda del bienestar del NNA. Es por esto, que se “reconoce que el significado de este principio puede adquirir connotaciones distintas en contextos culturales diferentes, señalando, a título de ejemplo, que en los países altamente industrializados el interés superior del niño puede considerarse vinculado a aquellas medidas que estimulen al máximo su autonomía e individualidad, mientras que en países más tradicionales, puede predominar la noción que dicha autonomía debe estar subordinada, en aras del propio interés superior del niño, a las necesidades de la familia y la comunidad”²¹⁵.

214 Estos artículos son el 10, 12, 13 en su inciso 2, 14 en su inciso 3, y el 15 en sus incisos 1 y 2.

215 Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 53.

La diferencia expuesta sobre el ISN en países con heterogéneas velocidades productivas, es posible porque el bienestar, resulta ser una categoría que leída con el lente de la cultura se vuelve tremendamente relativa y discrecional. Es decir, bienestar se viene a definir según lo que la sociedad y el adulto desean para el NNA. De ahí que, sí en los Estados Unidos, en Suecia, en Vietnam, en Nueva Zelanda o en los andes peruanos se les preguntara a las autoridades y a los padres de familia qué entienden por el ISN y lo simplificaran al vocablo bienestar, cada uno nos compartiría una enunciación distinta sobre este principio.

Vale recalcar, que cuando se vincula el ISN con el bienestar del NNA, por lo general, no se piensa desde dónde se pauta tal concepción. Se da por obvio que el adulto sabe qué es lo mejor para él.

Algo que encaja, o mejor representa “el buen obrar” del adulto frente al niño en el paradigma de la situación irregular que ya vimos con detalle. En dicho modelo, el bienestar y la “interpretación del contenido del interés superior quedaba entregado a la autoridad administrativa en el plano de las políticas públicas y programas sociales o a la judicial en el ámbito del control/protección de la infancia”²¹⁶. Es decir, a su benevolencia paternal, a su deseo o desinterés por aplicarlo, a su poder total, que lo desobligaba de preocuparse o analizar cómo sus decisiones afectarían la dignidad del NNA²¹⁷.

Postulado que hoy por hoy brilla por su anacronismo. Acordemos que el ISN no es toda decisión que toma un adulto en favor del NNA, sin más insumo que su subjetividad. El bienestar del NNA es y debe ser producto de la garantía de sus derechos.

¿Por qué planteamos esto? Es muy sencillo, a razón que el ISN y su enunciación textual en el artículo 3 aparece en el paradigma de la protección integral y esto no puede desconocerse de buenas a primeras²¹⁸. Así, bienestar se transforma de la representación de cada cual, en sinónimo del comportamiento de la autoridad pública regido a la promoción de los derechos y los principios inscritos en la CDN; al pacto, al compromiso o responsabilidad que pauta la relación Estado-Sociedad-Infancia en función de velar por los derechos del niño²¹⁹.

Por lo tanto, la discrecionalidad no tiene cabida en la interpretación del ISN y mucho menos bajo la excusa de que su escritura es vaga. Se rumora que al ser poco precisa deja abierta la puerta a un ejercicio discrecional; a una lectura moral sobre lo mejor para el NNA sin tomar en cuenta su participación y el conjunto de derechos

216 Op.cit. CILLERO BRUÑOL, Miguel. p. 79.

217 “En el esquema paternalista/autoritario, el juez, el legislador o la autoridad administrativa “realizaba” el interés superior del niño, lo “constituía” como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su actuar dependía de que el juez se comportara de acuerdo a ciertos parámetros que supuestamente reflejaban su idoneidad. El ejemplo clásico es el juez buen padre de familia representado como modelo en las legislaciones y en la literatura basadas en la doctrina tutelar o de la situación irregular. En aquella orientación teórica, el “interés superior” tiene sentido en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconocen derechos y en su lugar se definen poderes-deberes (potestades) a los adultos que deben dirigirse hacia la protección de estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños”. Op.cit. CILLERO BRUÑOL, Miguel. p. 79.

218 Op.cit. FREEDMAN, Diego. “el interés superior del niño está previsto normativamente en forma expresa y, por lo tanto, no puede ser desconocido por el saber jurídico”. <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm> [Revisado 15 de enero de 2011]

219 En la CDN se “Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no “constituye” soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no solo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente”. Op.cit. CILLERO BRUÑOL, Miguel. p. 79.

reconocidos²²⁰. Que al leerse el ISN, se deja a la buena conciencia del juez o del legislador la satisfacción de los derechos de su consideración.

Indudablemente, esto puede darse, pero no porque el ISN sea un “caballo de troya” ni por una falencia del artículo, que evidentemente, carece de una definición y se estaciona en una simple mención²²¹. La discrecionalidad solamente podría ser posible por la herencia de la situación irregular, que patrocina la abulia en el interpretador y limita su comprensión del carácter integral de la CDN.

En esencia, el ISN no es externo a la CDN y por eso es imposible que sea leído aparte. Cualquier decisión sobre el ISN tiene que darse en derecho, en respeto irrestricto al conjunto de la ley que se sostiene en un modelo de pensamiento: la protección integral. Por tal razón, el ISN no es un principio autónomo, favorecedor de decisiones extrajurídicas, posibles únicamente cuando se actúa por fuera del derecho.

Para evitar más vueltas, quién tome una decisión en nombre del ISN tiene que hacerlo atendiendo a todas las disposiciones de la CDN: preámbulo, principios, derechos reconocidos. Respetando siempre la función del ISN dentro del paradigma de la protección integral: garantizar todos los derechos a todos los NNA.

2.2.2.3 Los orígenes del ISN

Después de tomar una posición sobre lo relatado; es hora de abordar de dónde viene y qué es el ISN. Al respecto, lo primero a señalarse es que el ISN nace mucho antes de la CDN. Como idea de bienestar subjetiva nos acompaña desde las primeras sociedades, puesto que resulta obvio que en “todos los tiempos y todas las culturas el ser humano ha abogado por el interés superior del niño, ya que de éste depende la supervivencia de la humanidad y su cultura”²²².

Pero desde el punto de vista legal, el ISN toma dos cursos de vida a lo largo del siglo XX: A) para empezar, tiene una historia ligada a la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos del niño; así, en la Declaración de 1924 se promueve el lema de los niños primero, o “la humanidad debe ofrecer al niño lo mejor que esté a su alcance”²²³. En la Declaración de 1959 el ISN aparece textualmente en dos artículos y se establece que el mismo será una consideración primordial a la hora de generar leyes de protección de la infancia²²⁴.

220 Op.cit. FREEDMAN, Diego. <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm> [Revisado 15 de enero de 2011]

221 “parece ser que el interés superior del niño es el Caballo de Troya de la Convención al permitir cierto grado de discrecionalidad de las autoridades públicas al interpretar y aplicar sus disposiciones normativas”. Op.cit. FREEDMAN, Diego. <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm> [Revisado 15 de enero de 2011]

222 EK, Simone. La Convención sobre los Derechos del Niño y el Interés Superior del Niño. Radda Barnen. Agosto de 1998. p. 4

223 Este tipo de consignas ayudaron también al sentido común a estimar el ISN como la prevalencia de los derechos del niño.

224 Nos referimos al Principio 2 que dice: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño” y al Principio 7 que también tiene incorporada la noción del ISN: “El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar

Más adelante, este “principio es reflejado también en dos artículos de la Convención contra la Discriminación de la Mujer...”²²⁵.

En todas esas apariciones el ISN está ausente de una dilucidación y tiene márgenes amplios de interpretación cultural y discrecional; dado que imperaba la situación irregular como marco regulador de la relación Estado-Sociedad-Infancia.

B) Contrariamente, la otra vertiente normativa del ISN pre-CDN, se concentra en producciones nacionales atentas a solucionar las derivaciones o efectos en los NNA que dejan los conflictos familiares relacionados con adopciones, divorcios y retiros de la patria potestad por el Estado; esto es, el ISN nace para evaluar cómo afectarían el desarrollo del NNA tales hechos y como una herramienta dada para que el juez, o la autoridad administrativa tomase una decisión en beneficio, tanto de los intereses de los padres como del NNA.

Su formulación responde a las más incipientes determinaciones legales de los Estados por visibilizar y proteger “la potencialidad”, o el “don de futuro” que se interpretaba en la figura infanto-adolescente, cuando éstos eran puestos en riesgo por la acción u omisión familiar²²⁶.

Recuérdese que la utilización de la facultad del “*parens patrie*” de parte del Estado en la situación irregular seguía este raciocinio. Se protegía e institucionalizaba al NNA bajo la consigna de su incapacidad, pero en el fondo la sociedad se protegía de él, y de paso a sus posibilidades económicas y cívicas próximas.

Por tanto, todavía no estaba tan clara su figuración como persona con derechos; o para evitar rodeos, la declaración del ISN en los sistemas jurídicos nacionales aparece siguiendo esa línea utilitarista; más que por tomar en cuenta la condición humana del NNA²²⁷.

A pesar de estas consideraciones, viene a ser un gran logro el reconocimiento de que los NNA tienen intereses jurídicamente diversos que los de sus padres; el ISN al fin y al cabo permite empezar a dejar claro que: i) las acciones adultas tienen secuelas en la vida de los NNA, ii) que al poder dañarse o mejorarse su desarrollo por una acción externa como la nutrición o el amor, los adultos y el Estado adquieren responsabilidad política con ellos, iii) que los NNA se hacen sujetos públicos y por ende los padres pierden su calidad de dueños o propietarios de sus vidas, imaginario legitimado con anterioridad por la inexistencia de un derecho especializado en la protección de los derechos de la infancia contra la arbitrariedad privada.

Ciertamente, este origen del ISN deviene de una tradición anglosajona, siendo el Imperio Británico la primera nación en implementar este principio de equidad entre el NNA y el adulto en sus colonias, donde el “Estado podía asumir en ciertos casos la tutela del niño o impartir órdenes para su educación, como ocurría con el Tribunal de

orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho”.

225 Op.cit. EK, Simone. p. 6.

226 Piénsese en preguntas tales como ¿el divorcio hará al NNA rebelde? ¿la familia adoptante tiene capacidad monetaria para cubrir las necesidades básicas del NNA? ¿los padres protegen adecuadamente al NNA?

227 En este sentido nos apartamos de la consideración que el nacimiento del ISN y la preocupación por los NNA que lo creó, es gratuita. Hay una clara actitud de utilidad que marca el transcurso de la nada, cuando los NNA eran invisibles para el derecho, hasta la creación jurídica de la categoría de sujeto de derechos que hoy los cobija.

la Cancillería que actuaba en nombre de la Corona británica...”²²⁸. Luego tuvo asidero en la ley y práctica francesa con “...disposiciones como la del Código napoleónico que permitía que el Tribunal –para un mayor bienestar de los niños– pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio”²²⁹.

En seguida en Latinoamérica, el ISN es tomado como referencia en las legislaciones proteccionistas de comienzos del siglo XX y en el derecho de familia²³⁰. Asimismo, se torna en un principio obligatorio a la hora de la revisión del derecho de adopción y de filiación en otros países europeos, como Suiza a mediados de los setenta²³¹.

La anterior revisión histórica deja percibir cierta evolución del concepto del ISN en los derechos del niño, ya sea en la etapa de positivización de cada país, o en la de su internacionalización hasta 1959.

2.2.2.4 Qué entendemos por el ISN

Con la aparición de la CDN el ISN toma otro grado definitorio a tono de la protección integral, pues en “los documentos internacionales así como en las legislaciones nacionales, el principio del interés superior del niño se ha limitado específicamente al área de la legislación familiar. Pero en la Convención sobre los Derechos del Niño, el concepto ha sido ampliado hasta cubrir todos los ámbitos de la sociedad. Esto significa que el interés superior del niño será considerado, no solamente en áreas relacionadas a la patria potestad, derecho de visitas y adopciones; tampoco se limitará a las medidas especialmente dirigidas a los niños, como p ej. la educación y la atención a los menores, sino que prevalecerá en todos los ámbitos de la sociedad”²³².

Tal hecho demuestra que el ISN tiene como objetivo proteger igualmente los derechos de los NNA en todas las situaciones sociales que puedan afectarlos drásticamente, planeadas en la escuela, la familia, la gobernanza política, etc.

Al llegar a este punto, es preciso arriesgarnos a establecer de una vez por todas qué es el ISN partiendo de su ubicación en el texto de la CDN. Diferenciándose de los otros principios, el ISN tiene dos tipos de apariciones en los artículos de la CDN y en consecuencia carga dos tipos de significación y función.

No obstante, en la primera aparición está contenida la noción principal del ISN, el principio en pleno, a lo largo del primer inciso del artículo 3, en el que se dice:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

228 Op.cit. CILLERO BRUÑOL, Miguel. p. 76.

229 Op.cit. CILLERO BRUÑOL, Miguel. p. 76

230 “Desde hace tiempo, el principio del interés superior del niño ha sido un concepto incorporado a las legislaciones de los países. En países como Canadá, Francia, India, EEUU, Zimbabwe y Suecia el interés superior del niño constituye el fundamento para la elaboración de leyes relativas a la familia”. Op.cit. EK, Simone. p. 6.

231 En Suiza, “Para llegar a hablar de una noción como es el bien del niño, ha sido necesario esperar la revisión del derecho de la filiación al principio de los años setenta para ver introducido, relativamente a la adopción, la necesidad de que el “...el establecimiento del vínculo de filiación sirve al bien del niño...”, mientras que hasta entonces era suficiente que se asegurara de que “...la adopción no era perjudicial para él”. Op.cit. ZERMATTEN, Jean. p. 3.

232 Op.cit. EK, Simone. p. 6.

De su lectura es posible establecer in so facto que el ISN es una alerta, o un recordatorio al funcionario del Estado y al padre de familia a garantizar el NNA imaginado y pactado en la CDN. El ISN es un mecanismo para edificar el estado práctico del sujeto de derechos; su estado ideal se halla en la codificación y en el consenso por los derechos del niño; el ISN trata de que sea vivible y realizable.

De una forma más sencilla, el NNA en la letra figura como sujeto de derechos. El ISN sirve para que en la realidad, en el ejercicio resultante de la responsabilidad del Estado y las instituciones privadas en políticas, proyectos y fallos judiciales dados para asegurar la efectividad de los derechos se haga vigente la calidad integral del sujeto de derechos.

Así, abogamos por definir finalmente: que el ISN es un deber de toda autoridad estatal, familiar y educativa para que en sus políticas, acciones privadas, públicas y judiciales se satisfagan y privilegien, de uno, en uno, todos los derechos del NNA hasta dónde sea posible, y de no hacerlo se explique y se tenga en cuenta cómo la restricción de ciertos derechos afectaría a corto y largo plazo el desarrollo del NNA y de la persona adulta.

Sobre esta definición a la que nos aventuramos salta a la vista la expresión “hasta dónde sea posible”, que podría indicar cierta ligereza y discrecionalidad. Pero, bien sabemos que es imposible garantizar todos los derechos consagrados en la CDN a todos los NNA en todos los casos, pues algunos de ellos se sobre especializan en la condición y contexto de los NNA. Por ejemplo, si en Uruguay o en Costa Rica, se pensara en implementar una política de Estado sobre educación, o salud infantil, el derecho a la protección de NNA refugiados que se encuentra en el artículo 22 y la prohibición del reclutamiento a las fuerzas armadas que reposa en el artículo 38, no podrían ser refrendados porque en esos países no sufren de ningún tipo de conflicto armado interno, o de alguna guerra civil en vigencia y por tanto, estas poblaciones en sus jurisdicciones son inasibles y ficticiales.

Por esto lo que hay que hacer siempre, o lo que recomendamos para velar el ISN es tomar la CDN y evaluar derecho por derecho, si está siendo tomado en cuenta en la política pública, acción privada y decisión judicial, y de no ser así, por qué. La explicación a la ausencia de uno, o varios derechos es un compromiso dentro del propio ISN; es vital para dar a entender porque es innecesario que un NNA goce de un derecho contemplado en la CDN²³³.

233 Respecto a esta posición sobre el artículo 3, Freedman lleva a cabo una disertación crítica del pensamiento generalizado sobre el ISN, basado en el texto de Cillero Bruñol que se ha citado en este documento reiteradamente. A pesar de ser muy novedosa e ingeniosa frente a la repetición del pensamiento de Bruñol, la consideramos equivocada. Freedman dice que el ISN no se le puede entender como el mandato de garantizar todos los derechos, porque eso ya está establecido en el artículo 4. Sin embargo, no compartimos tal concepto, pues asumimos que el ISN está para preservar la protección integral y no ir en su contra; como una pauta de ejercicio de la categoría de sujeto de derechos y de limitación a la discrecionalidad del juez, el legislador, cualquier funcionario privado o público, el padre de familia. etc. En su opinión, el ISN se resume en privilegiar ciertos derechos por la autoridad pública y privada, en todas sus acciones, políticas, y fallos judiciales; derechos que él llama, de núcleo duro de la CDN (arts.6, 7, 8, 24, 27, 28, 31 y 40), pues en su literalidad no tienen ninguna restricción. Sin embargo, esta posición, repetimos, novedosa en la habitual sosedad bibliográfica del ISN, nos parece equivocada porque la afirmación del ISN como un conjunto de cinco derechos, iría en contra del principio de indivisibilidad de la doctrina de los derechos humanos. Súmesele a ello, que no se puede caer en la idea que hay derechos de ISN per sé. Pues ello, desembocaría en posibles perezas del legislador y el juez por interpretar la ley, según el caso de un NNA y su historia; terminando por actuar bajo un recetario jurisprudencial. En concreto, el principio está, para garantizar todos los derechos del niño, en la medida de lo posible. Por eso, siempre se requiere de la interpretación de las condiciones de la política, el fallo y el conflicto que los provoca.

Téngase presente que el ISN está para velar por los intereses del NNA y a cualquier contraluz, éstos son sus derechos, cimiento de su status ciudadano. A fin de cuentas no proteger el ISN es de por sí anular la protección de larga duración de la persona humana, para la cual fueron creados los derechos específicos y en trasfondo a ello, la elemental consideración del ciudadano.

Abocamos por reiterar la obligación de la autoridad pública y privada por explicar la ausencia de protección a un derecho infanto-adolescente. Puesto que, la anulación del derecho no es una simple violación al mandato de la ley, ni siquiera un problema para el NNA en exclusivo, sino una tragedia para el adulto que carga, antropológicamente hablando y para la especie que representa²³⁴. Así, el ISN siempre tiene que ir tanteando la dignidad del NNA en el hoy sin olvidar el mañana.

Además, el ISN al ser una consideración permanente para el Estado y las demás autoridades relacionadas con el NNA, regula cualquier conducta esquizofrénica que pueda desarrollar, al ejercer por un lado políticas diseñadas para dar vida a los derechos del NNA; pero por otro llevar a cabo políticas generales en rubros distintos que para su consolidación requieren restar recursos a las primeras; las llamadas políticas violatorias de tratados internacionales y de los principios de la doctrina de los derechos humanos. De tal modo, no es fortuito que el Comité de los Derechos del Niño planteara que todos “los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o ser verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente”²³⁵.

Quiérase o no, el ISN al ser definido como deber, al tener el humor de un principio, sirve como una garantía para se cumpla el sentido que en el derecho internacional tiene una Convención y para que los NNA sean incluidos en la agenda política. El ISN,

234 Ciertamente, sería muy tonto declarar como superior algo para el NNA, partiendo de que los adultos no lo conozcan, o no gocen de ello. Suponemos que si se crea la categoría de ISN es porque lo superior es algo de lo que goza la humanidad, y al ser los NNA portadores de la misma, no se le puede abstraer de la vida infantil. Por esta razón, rescatamos la siguiente reflexión fechada en 1997, que nos parece totalmente novedosa frente a lo que se había y se siguió escribiendo sobre el ISN: “El interés superior del niño no es otra cosa que la apodíctica afirmación de que el niño constituye el interés superior de la humanidad en la medida en que se reconoce que la humanidad es el interés superior de la humanidad. Pero valdría preguntarnos, ¿qué es lo que hace superior el interés del niño? Para nosotros lo que hace “superior” el interés de la infancia, de cada niño en particular, es que ninguna de las cosas constituyen un bien, un valor, un derecho para la infancia, es privativo de los niños. Todos ellos nos entroncan con los intereses, aspiraciones, necesidades, derechos del conjunto de la humanidad. Esto lejos de quitarle especificidad a los derechos de la infancia, los torna aún más significativos, toda vez que los reconoce como portadores de los intereses de la sociedad [el subrayado es nuestro], del conjunto de los seres humanos. De allí que toda negligencia, todo maltrato, toda mediocridad en el trato, en la relación profesional, en la atención a un niño deviene en una negligencia, en una violación de los intereses de éste y de todos aquellos a quienes este niño representa, al conjunto de la sociedad. Que esto no lo percibamos, no lo veamos, no lo palpemos en sus efectos, eso es un problema de sensibilidad, de conciencia, de visión, de perspectiva, de ceguera social, política, humana. Podríamos compararlo con el discurso de los ecologistas, cuando dicen que contaminar un río, un campo, depredar un espacio, no es un daño hecho a estos terrenos, a este río, a este espacio inmediato, sino afectar un ecosistema más amplio. Pero esta dimensión global y orgánica no es evidente, no forma parte de una experiencia tangible. Igual, *servatis servandis*, sucede cuando el interés superior del niño se concreta pero no se reduce a lo que ahora creo que el conviene a este niño. Ese niño, esa niña que tengo delante no es aislable del conjunto de la humanidad, pues lo que le afecta para bien o para mal tiene que ver con el ecosistema de la humanidad que formamos todos, aunque no siempre lo tengamos presente. Esta visión, lejos de ser una visión gregarista de la infancia, la considera como fenómeno social constitutiva de la humanidad, consubstancial del resto y constituida ella misma por su consubstancialidad a la humanidad, a la sociedad humana”. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Jóvenes y Niños Trabajadores: Sujetos Sociales. Ser protagonistas. Ifejant. Lima. 1997. p. 44.

235 Op.cit. Observación general N° 5. Comité de los Derechos del Niño. p. 5.

pone “a los niños al centro, enfoca el interés sobre ellos, de tal manera que el Artículo 3 debe verse como una garantía de que la perspectiva del niño no sea olvidada o desatendida”²³⁶.

2.2.2.5 Una lectura adicional desde la textualidad del ISN

Tras todo este intento de definir la intención del legislador en el ISN y para poner a prueba la definición que compartimos y para complementar con otras ideas el principio que reside en el artículo 3, vamos a analizar por separado su vocabulario:

- El ISN no es tan impreciso como se cree: Una de las principales intenciones de lo que llevamos escrito es aceptar que como artículo el ISN no está tarifado, es decir, explicada y descrita su función; solamente viene en formato de ordenanza. Pero como ya creemos, se dejó claro su interpretación debe ser integral, en correspondencia al paradigma de la protección integral, para poder ser entendido.
- El ISN remarca la no discriminación: En el momento que el artículo 3 dice “los niños”, está sobresaliendo una concepción plural y social de la infancia. Imposibilitando en cualquier análisis una concentración de atención y acción social en ciertos, o contados niños²³⁷.
- El ISN también es un deber familiar; no es unidimensional al Estado: Si se ve de nuevo lo redactado en el artículo 3, la familia no es mencionada en ninguna línea. Lo que podría llevar, en un repaso rápido, a la conclusión que el ISN corresponde únicamente a la institucionalidad, librando de deberes a la familia en la promoción de los derechos del niño. No obstante, si recordamos que el Preámbulo de la CDN pauta un ejercicio corresponsable entre familia-Estado para la efectividad de los derechos del niño, y si se suma a ello que textualmente en el artículo 3 se dice que “En todas las medidas concernientes a los niños”, es casi obvio en una perspectiva profunda de la expresión que la familia no escapa a velar por el ISN²³⁸.

Lo aseguramos, debido a que no nos cabe en la cabeza que en el ISN se piense en todas las medidas concernientes a los niños, repetimos, en todas, y por la ausencia literal de una palabra, se clausure un proyecto de derechos en los núcleos familiares²³⁹.

236 Continuando con la cita, “Aquí se establece un nuevo modo de pensar y exige un serio análisis de las decisiones que se tomen. Este es tal vez el aspecto más importante, exigir que se haga un análisis serio previo a la toma de decisiones. En materia de presupuesto, o sobre la construcción de una nueva carretera, el cierre de un centro de atención infantil, la reducción de personal en un centro asistencial, el rechazo de una familiar inmigrante o si Suecia debe formar parte o no de la Unión Monetaria Europea, se deben analizar las consecuencias de esta decisión para el niño a corto y largo plazo”. Op.cit. EK, Simone. p. 8.

237 “Desde el punto de vista gramatical, está claro que el legislador ha querido que, en sus intervenciones que atañen todos los niños, se aplique sistemáticamente el criterio general del interés del niño como unidad de apreciación de la decisión que se deba pronunciar. El empleo del singular hubiera sido más restrictivo”. Op.cit. ZERMATTEN, Jean. p. 5.

238 Este debate también se puede dar, y tal vez, con más dificultades para pensar el ISN en lo privado, con el contenido del artículo 3 en otros idiomas. Por ejemplo, hay una tremenda divergencia “entre la versión francesa (dans toutes les décisions/en todas las decisiones) y la versión anglaise (official actions), el calificativo inglés “official” tiene el mérito de clarificar el alcance de la intervención: debe venir de una autoridad (judicial, administrativa o legislativa) y no de una autoridad privada (padres)”. Op.cit. ZERMATTEN, Jean. p. 6.

239 Hay un error manifiesto en sacar del ISN a la familia por una cuestión semántica poco explícita, cuando implícitamente el paradigma de la protección integral regula una relación no solamente entre Infancia y Estado, sino en forma de tríada: Estado-Sociedad-Infancia. Aunque es válido cuestionar la redacción y ausencia de la palabra familia, es imposible excluir en “ningún caso la aplicación del principio del interés superior del niño en las situaciones domésticas, esto debiera ser evidente. No se comprendería, en efecto, que sólo fueran obligadas las autoridades por el principio y que las familias no lo fueran; el principio general se aplica y cubre las situaciones particulares. Op.cit. ZERMATTEN, Jean. p. 6.

- La prevalencia del ISN en las decisiones de las autoridades públicas y privadas no es definitiva en ocasiones muy puntuales: No cabe duda que el ISN es un deber a ser atendido por tribunales, autoridades administrativas, legislativas y privadas de bienestar social. Sin embargo, vale preguntarse si es una tarea a darse permanentemente, o si es capaz de ceder ante otros intereses. Hay quienes dicen con preocupación que al “ser una consideración primordial a la que se atenderá”; es decir, sostenerse en un artículo indefinido, o abierto, deja trazada la posibilidad que en ciertas circunstancias puedan equipararse intereses jurídicos y sociales diferentes al ISN cuando se diseñe una política o una ley²⁴⁰.

Algo plenamente normal y para nada descabellado. Acordémonos, que por lo que lucha el ISN no corresponde a un patrimonio privado; los derechos son fundamentalmente públicos.

Vale plantear, que el reconocimiento del interés de la infancia no fue creado para victimizar a los demás. En episodios concretos el ISN no puede dañar los derechos de los adultos, puesto que los minimizaría y les impondría un sacrificio de su derecho, un haraquiri de su concepción de persona. Por ejemplo, en un aborto médico si la vida de la madre está comprometida por algún inconveniente del feto en su sistema, el ISN pierde su obligatoriedad.

Por lo tanto, el artículo una se escribió en el artículo 3 para evitar una sobre imposición del NNA en estos casos, y mostrar que puede ser revocable siempre y cuando vaya en contra de un derecho fundamental de otra persona; o se enfrente a un hecho o interés colectivo que no daña el desarrollo integral del niño, como lo dejó ver el Tribunal Supremo de Maryland en el 2000 al dar luz verde a la impugnación de paternidades reconocidas con la famosa prueba de ADN²⁴¹.

Sea como sea, la apertura del artículo una, no debilita el ISN, dado que sigue siendo una obligación a revisarse en la política pública, proyectos o fallos judiciales, que para determinados casos habría que sopesarse con otros teniendo presente lo dicho. Lo importante, es que con esta nimiedad no se pierda de vista su obligatoriedad y se evite dejarlo como un hecho electivo.

- La infancia y su participación pasa a ser siempre un tema legislativo: Desde el momento en que el artículo 3 incluye a los “órganos legislativos”, les plantea la obligación de contar en la producción de leyes para la infancia, e inclusive en aquellas sobre temas genéricos que los afectan,

240 “Alston indica que la decisión relativa al uso del artículo indefinido una fue objeto de amplio debate y que el texto definitivo refleja el reconocimiento que bajo ciertas circunstancias pueden darse intereses jurídicos o societales de igual o mayor jerarquía que el interés superior del niño. Concretamente, se consideró la situación que puede surgir durante un parto difícil en el que la autoridad sanitaria tiene que decidir entre la vida de la madre o del hijo de acuerdo a criterios clínicos sobre la probabilidad de supervivencia de los afectados”. Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 54.

241 “Recientemente, el tribunal supremo del Estado de Maryland dictaminó, con efecto retroactivo, que aquellos individuos que legalmente reconocen una paternidad, tienen el derecho a impugnarla *ex post facto* sobre la base de pruebas genéticas que demuestren la inexistencia del vínculo biológico. Ante el argumento de que este dictamen atenta contra el interés superior del niño, la corte opinó que éste no puede situarse por encima del establecimiento de la verdad”. Op.cit. PILOTTI, Francisco. p. 55.

con un apartado para los NNA sustentado y legitimado en su previa participación²⁴².

Lo que supondría que cada ley sin importar su carácter, debería ser consultada a los NNA y validar de paso el principio de participación. Seguramente, para evitarse tal concepción se podría afirmar que los órganos legislativos están obligados por la CDN a incluir la participación “en todas las medidas concernientes a los niños”, y para nada en cuestiones globales de la sociedad; en lo que está pensado únicamente para el niño, que lo recuerda en un título. Sin embargo, acaso los temas de seguridad, de salud, de transporte, de infraestructura, etc, no tienen que ver con los NNA. Piénsese, de una forma muy sencilla, en la revolución urbanística de las grandes ciudades de América Latina, en la proliferación de autopistas y edificios, en desmedro a la minimización de parques y del derecho a la recreación de los NNA²⁴³.

- Control a la discrecionalidad de la beneficencia, la buena voluntad y las ONG's utilitaristas de la infancia: Si el artículo 3 le pone una vara muy alta a los Estados, las organizaciones de protección y bienestar social, y las enfocadas a la promoción y exigencia de los derechos del niño, no escapan a una medición de la practicabilidad de la categoría de sujeto de derechos.

Como es sabido la discrecionalidad en las ONG's y en las instituciones de bienestar social que trabajan con NNA en circunstancias especialmente difíciles abunda. Igualmente, el sector de la investigación, la consultoría y la intervención con proyectos a favor de la infancia, no siempre parten de la referencia obligatoria del ISN y los demás principios de la CDN.

De tal manera, la redacción de “instituciones privadas de bienestar social” de parte de los legisladores, es un reconocimiento a “la importancia histórica de las organizaciones privadas de ayuda a la infancia [a los] servicios que rinden las innumerables asociaciones, fundaciones, ONG haciéndose cargo de los niños (nutrición, escolaridad, cuidados, reinserción)”²⁴⁴, pero a su vez, es una forma de control positiva a todas las organizaciones que trabajan autárquicamente, que no se suman al movimiento pro derechos del niño, que a pesar de ayudarlos, actúan sin quererlo, o a veces conscientemente, en contra de sus intereses.

2.2.2.6 La aparición y función del ISN en algunos derechos puntuales de la CDN

En otro orden de ideas, dijimos en páginas preliminares que el ISN es el único principio que es nombrado, explícitamente, en varios artículos de la CDN. Su significación como principio en el artículo 3 ya la vimos; ahora muy rápidamente para cerrar lo que abarca el ISN adentrémonos en la función que brota de sus otras apariciones en la CDN.

²⁴² La institución legislativa no fue tomada en cuenta en una primera versión del artículo en el año de 1981; fue producto del debate posterior. Lo que le dio claridad a la función política con los NNA en función de derechos y no discrecionalidades: “Esta adjunción, tiene una importancia capital: significa que, cuando se establece una ley, el Estado nacional, regional, cantonal, municipal, debe verificar que se tenga en cuenta a los niños (the children) y que su interés superior esté preservado. Es pues por estas dos palabras (órganos legislativos), que toda la dimensión política o macro societal, se introduce en la convención”. Op.cit. ZERMATTEN, Jean. p. 6.

²⁴³ No sin razón el pedagogo italiano Francesco Tonucci evidencia una preocupación mayúscula por la construcción de ciudades que no incluyen al NNA y en las cuales adicionalmente se le prohíbe jugar en los espacios públicos.

²⁴⁴ Op.cit. ZERMATTEN, Jean. p. 7.

En esencia es un poco diferente; su función obedece a la misión con la que nació en los sistemas jurídicos nacionales mucho antes de la CDN, en la segunda mitad del siglo XX: servir como pauta interpretativa y resolutoria en situaciones particulares en la que chocaran los intereses de los adultos y los de los NNA.

Por supuesto, en esa época los intereses de los NNA no alcanzaban el rango de derechos; hoy con la CDN, el choque y la concepción es distinta. Fundamentalmente, el ISN viene a actuar como una pauta interpretativa para solucionar un conflicto de derechos de un NNA. Conflicto generado, aunque suene paradójico, por el ejercicio pleno de un derecho acordado y reconocido para la niñez y la adolescencia en la CDN²⁴⁵.

Vale decir, que las situaciones conflictivas donde aparece el ISN son de dependencia específica del juez y en algunos casos de la administración pública. Las instituciones privadas y públicas de bienestar social, así como los órganos legislativos no tienen competencia en la aplicación del ISN en estos casos. Eso sí, la metodología de interpretación para el funcionario judicial y administrativo no cambia con respecto al principio contenido en el artículo 3. Es su tarea privilegiar en la medida de lo posible, uno a uno, los derechos; buscar su satisfacción simultánea. Tienen que ser cotejados en la situación conflictiva para saber si tienen posibilidades de verse afectados, próxima y lejanamente en la vivencia del derecho en cuestión. Confrontados, por supuesto, a la luz del contexto y la situación de vida del NNA con el fin de lograr un óptimo desarrollo de los derechos, o por lo menos, un equilibrio de efectividad. Si la conclusión revela que garantizar el derecho vulnera un número considerable de otros entendidos como fundamentales, lo ideal es aplazar su efectividad hasta que se cumplan ciertas condiciones para tal suceso, ya que la decisión que no tome en cuenta estas consideraciones en la validación de un derecho conflictivo puede al final afectar y anular a un número desconocido de derechos²⁴⁶.

Leído esto, evítese creer que los derechos que mencionan y ordenan el ISN como pauta de validación sean derechos limitados, o restringidos por la existencia de unos de mayor jerarquía. Lo que sucede es que ciertos derechos al practicarse pueden afectar la integralidad y la calidad de sujeto de derechos de un NNA; pueden ser causa de vulneración de otros derechos. Ante esto, el ISN sirve para indicar que un derecho puede gozarse siempre y cuando no violenta a otros.

Para no darle más vueltas al asunto, los artículos en que el ISN sirve como criterio guía para las decisiones judiciales y administrativas son:

- **Artículo 9-Derecho a no ser separado de los padres:** *"1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto*

245 El ISN permite "la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niños se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño. En estos casos el principio permite "arbitrar" conflictos jurídicos de derecho. La propia Convención en diferentes situaciones de esta naturaleza toma una decisión –establece un orden de prelación de un derecho sobre otro- para luego relativizarla o dejarla sujeta al "interés superior del niño" [...] En síntesis, el principio del interés superior del niño permite resolver "conflictos de derechos" recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto". Op.cit. CILLERO BRUÑOL, Miguel. p. 81.

246 "Por ello, una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no solo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa". Op.cit. CILLERO BRUÑOL, Miguel. p. 83.

cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”

En este artículo se encuentra una paradoja. El NNA, evidentemente tiene derecho a estar con sus padres, pese a ello, muchas veces, esa permanencia, vivencia, cercanía, o convivencia puede ser un factor de vulneración de derechos fundamentales. Por ello, el derecho debe ser validado siempre e intocado por la autoridad estatal, a menos que se constate judicialmente que el NNA viene siendo maltratado en lo físico y en lo sexual, o se encuentra en un estado de abandono claro y constatable.

Por otra parte, su derecho a estar con sus padres no puede convertirse en una obligación para el niño, razón por la cual, el NNA tiene derecho adicional en los casos de divorcio o separación de sus padres a estar con uno de ellos, en una sola residencia. Igualmente, puede crecer en un ambiente no estrictamente paternal en lo biológico y estar separado de sus padres, por causa de la detención, encarcelamiento, exilio, o deportación de ellos; así también otros factores como cuando los padres son habitantes de calle, o cuando se estima que son consumidores de sustancias psicoactivas asiduamente, o cuando continúan siendo actores de violencia contra el NNA, etc. A los NNA no se les puede obligar a acompañarlos a menos claro que se comprobara que esto dañara el ISN.

En resumidas cuentas, el Estado debe intervenir para proteger al NNA si endógenamente en la familia se pone en riesgo el derecho a la vida y a la integridad. Pero, debe respetar la separación del NNA de sus padres y los contactos periódicos que establezcan, por factores exógenos a su voluntad que puedan limitar derechos sociales.

- **Artículo 18-Derecho a la crianza y la educación por los padres:** *“1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”*

En este derecho se viene a reafirmar que el ISN es un deber tanto del Estado como de la familia. Ya habíamos afirmado que la expresión en “En todas las medidas concernientes a los niños” del artículo 3, así lo hacía saber²⁴⁷.

El inciso tiene como propósito plantear que tanto la madre y el padre como hacedores físicos del NNA, tienen el derecho y la obligación de criar y educar ambos a sus hijos, tanto en la unión como en la separación; que no resulta una tarea única de uno de ellos.

²⁴⁷ “...uno de los aportes de la Convención ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos (como la Declaración de 1959) o judicial (como lo disponen numerosas legislaciones en materia de familia), sino extenderlo hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres”. Op.cit. CILLERO BRUNOL, Miguel. p. 83.

Aparte del derecho paterno y materno a la crianza, el párrafo, subraya su responsabilidad primordial de velar por el desarrollo del NNA en consonancia del ISN; que como vimos se traduce en promover una satisfacción simultánea de los derechos, empezando por los más básicos. Lo que significa que el derecho de los padres a la crianza tiene un límite, al negárseles un actuar discrecionalidad y de paso la creencia de propiedad sobre el NNA. De cualquier forma poner al ISN como preocupación fundamental para los padres en pro del desarrollo y la crianza, es muy importante, pues les da una carta de navegación a su tarea de formadores, de responsables de un sujeto de derechos.

Por otra parte, el inciso 1 aporta una aparente encrucijada. Una familia con escasos recursos económicos estaría imposibilitada la mayoría de las veces para dar garantías holísticas al desarrollo del NNA siguiendo el paradigma de la protección integral. Respecto a esto, el artículo no es liberador de responsabilidad pública, al sugerir “que cada uno se las arregle como pueda”. Simple y llanamente es una remarcación de la corresponsabilidad expresada en el preámbulo; que en el caso de estar debilitada del lado de la familia será apoyada por el Estado con regulación pública para que se afirmen²⁴⁸, sobre todo, los derechos de educación, alimentación, salud e integridad como se señala en el inciso 2 del presente artículo²⁴⁹.

Tómese nota que en el otrora paradigma de la situación irregular, más que un acompañamiento del Estado para que los padres ejercieran la crianza y el desarrollo, con todo y su estado económico precario, lo normal y corriente sería la institucionalización del NNA ante un incumplimiento con sus necesidades fisiológicas. En la concepción de la protección integral y como lo propone el artículo 18, más un mirada interdependiente con el artículo 9, se evidencia que el propósito de la CDN es apoyar la unión familiar como espacio de crecimiento y vivencia del NNA.

Por lo tanto, la misión delegada por la CDN a los Estados es apoyar a las familias, pero a su vez vigilar su desempeño como garante del ISN. Esto explica, la supervivencia de la protección institucional en centros de acogida, ahora con una lógica distinta a separar a los NNA de los padres por su pobreza: solamente es necesario su apartamiento cuando se evidencia que la familia abusa, explota, maltrata, o abandona al NNA. De tal modo, acompañar y apoyar no implica una ceguera del Estado ante cualquier actuación negativa del padre o madre contra el NNA.

- **Artículo 20-Derecho a ser protegido por el Estado en la ausencia de familia:** *“1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.”*

Este derecho está plenamente relacionado con el contenido en el artículo 9. Aunque no habla textualmente del ISN, si remarca la atención al superior interés de los NNA a ser separados de su medio familiar por causa previa de alguna vulneración de

248 No hay que alarmarse por una liberación del Estado frente al NNA. Su actuación de acompañamiento a la familia siempre será necesaria, y más en los contextos como los latinoamericanos en los que “independientemente de su voluntad numerosas parejas jóvenes no tienen las oportunidades reales para conformar o mantener una familia. Muchas familias son destruidas ante el embate de la pobreza y la desigualdad, otras se degradan, y otras no llegan a ser constituidas. Hay una grosera discriminación en este campo, que es reforzada por la falta de políticas públicas activas enfatizadas en la protección de la unidad familiar”. KLIKSBURG, Bernardo. La familia en América Latina interrogantes y perspectivas. Documento de apoyo a la exposición del autor sobre “Evolución de la relación del niño, la niña y el adolescente con la Familia” en el XII Congreso Panamericano del Niño, México, 27-29-October de 2004. p.2.

249 Por favor remitirse al artículo completo en la CDN.

un derecho fundamental, para luego ser protegidos y asistidos por un programa del Estado.

La verdad sea dicha, este artículo es de difícil interpretación para el funcionario judicial y administrativo. Justamente, porque deja claro que una familia maltratadora es nociva para el sujeto de derechos, pero su solución, la protección estatal en un centro especializado a largo plazo, o de manera indefinida de igual manera lo es.

Una institucionalización vitalicia, como en muchos casos sucede, por pésimas interpretaciones interdependientes con el derecho a la no separación de los padres y la familia, ya sea extensa, o adoptiva, permite que se genere una nueva etapa de vulneración de derechos.

De tal modo, la protección del Estado a duras penas debe ser temporal en una institución. La prioridad de los jueces y empleados de la administración pública, en armonía con los derechos pro unión familiar, es priorizar el reintegro familiar, por medio de un acompañamiento psicosocial y pactos de no agresión contra el NNA, o de ser imposible, tal fenómeno, ayudar a que se agilice un proceso de adopción para poder validar ese derecho como una opción a garantizar la crianza y desarrollo en un escenario privado y familiar.

De lo contrario, interpretar y forzar la protección del Estado a los NNA en instituciones hasta la mayoría de edad, prácticamente es darle con un desfibrilador al paradigma de la situación irregular nuevos años de vida.

- **Artículo 21-Derecho a la adopción:** *“Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y.”*

El derecho a la adopción, por obvias razones, está conectado con los tres artículos que hemos repasado: la separación parental por poner en riesgo el ISN, el derecho a ser criado por padres, o tutores adoptivos, y el derecho a la protección del Estado en ausencia y maltrato de las figuras paternas.

Este hecho de filiación que adquirió el grado de derecho se presenta como una segunda oportunidad para los NNA, a los que por cierta desventura victimizó la violencia y el abandono, para formarse y desarrollarse en un entorno familiar.

Afirmarlo exige mucho cuidado y alerta de parte de los jueces y los cuerpos administrativos atentos a aprobarlo; pues como la medida de la institucionalización protectora, la adopción puede sorprender al NNA con una nueva fuente de violencia y vulneración de derechos. Por ello, antes de dar a un NNA en adopción es conveniente conocer el lugar dónde va a vivir el NNA, el historial psicológico y judicial de los solicitantes, su capacidad económica de salvaguardar sus derechos sociales, etc.

- **Artículo 37-Derecho a no ser torturado ni encarcelado ilegalmente:** *“c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales”.*

Si bien uno de los éxitos del tutelarismo con la situación irregular fue la ruptura del encierro de NNA con adultos en las prisiones, a causa de infracciones a la ley penal.

El inciso C trae a la mesa el tema de la convivencia de NNA privados de libertad, con adultos en los espacios creados para su responsabilidad penal, o protección y asistencia social en favor de su ISN. En esta disposición de una permisible coexistencia intergeneracional “la Convención toma una decisión -otorga una garantía- pero deja abierta la posibilidad (judicial) de tomar una resolución diferente atendida la circunstancia de que se afecte, en el caso particular, algún otro derecho del niño que justifique modificar las reglas”²⁵⁰.

Es decir, ordena que los NNA estén en recintos propios para su condición, sin huéspedes adultos, a menos que su ISN lo requiera. Suponemos, que esta posibilidad fue escrita previendo una actuación en escenarios muy singulares, como la de NNA infractores muy jóvenes, por ejemplo, los famosos victimarios del niño James Bulger²⁵¹, que requerían de un acompañamiento cuasi permanente, o en situaciones de enfermedad de los NNA, etc.

Del mismo modo, la interpretación al inciso alcanza para comprender el fenómeno de las guarderías en los centros penitenciarios de mujeres. Mucho se critica su existencia bajo la tesis que los NNA no han cometido delitos que los obligue a fijar como residencia un recinto de naturaleza retribucionista. Sin embargo, muchas mujeres son detenidas y encarceladas durante el embarazo, o pueden quedar en cinta en sus visitas conyugales. En este caso, por el bienestar de los derechos más inmediatos en una etapa postnatal y en favor de la estimulación temprana y la adecuada lactancia del bebé, comúnmente, se ha impuesto el ISN.

- **Artículo 40-Derecho a la justicia ante violaciones de la ley penal:** “b) *Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;*”

En este artículo especializado para el procedimiento procesal de los NNA en conflicto con la ley penal, complementario del artículo 37, se señala en referencia al ISN que los jueces deben considerarlo en las audiencias, o en los momentos de la preparación y presentación de la defensa que hace el NNA sobre los cargos penales que se le imputan.

250 Op.cit. CILLERO BRUÑOL, Miguel. p. 81.

251 “James Patrick Bulger (16 de marzo de 1990 - 12 de febrero de 1993), un niño de dos años de edad oriundo de Merseyside, Inglaterra, fue secuestrado, torturado y asesinado por dos chicos de diez años: Robert Thompson (nacido el 23 de agosto de 1982) y Jon Venables (nacido el 13 de agosto 1982). Bulger desapareció el 12 de febrero de 1993 en el centro comercial New Strand mientras acompañaba a su madre. Su cuerpo mutilado fue encontrado en una línea férrea cerca de Walton el 14 de febrero. Thompson y Venables fueron acusados de secuestro y homicidio el 20 de febrero de 1993. El 24 de noviembre de 1993, Thompson y Venables fueron declarados culpables de la muerte de Bulger, convirtiéndose en los asesinos convictos más jóvenes en la historia moderna de Inglaterra. Ambos fueron sentenciados a **detención** hasta que alcanzaran la **adultez**, inicialmente hasta los dieciocho años, siendo liberados en junio de 2001”. Artículo “Asesinato de James Bulger”. Página Web de Wikipedia. http://es.wikipedia.org/wiki/Asesinato_de_James_Bulger [Revisado el 1 de marzo de 2011].

Mejor dicho, después de que el NNA es informado directamente, o través de sus padres, de los cargos que pesan contra él, su presencia y opinión en una audiencia puede ser oída y requerida por la autoridad judicial, según las reglas procesales y de la interrogación expresadas en la ley, a menos que esto dañara su ISN, ya fuese por su edad, situación o la presencia de sus padres.

Ante esto el juez tiene que tomar en cuenta y ordenar previamente un reporte psicológico de los efectos causados por la asistencia de un NNA de determinada edad, a un tribunal y a un juicio para asumir su responsabilidad penal. Aunque estimar objetivamente esta cuestión es bastante complicado, pues como sabemos, en el caso citado de los niños británicos que asesinaron a James Bulger, a pesar de la gravedad del hecho y de sus 10 años de edad, ellos estuvieron presentes en la imputación de los cargos. Por tal razón, no existe una receta mágica de aplicación, las propia casuística viene a dictaminar el por qué el ISN puede estar en riesgo.

Finalmente, en relación a los padres, su presencia puede ser nociva al ISN en una audiencia judicial en la que el NNA actúa como testigo de su propio caso, por causa de una implicancia conjunta o familiar del delito; que al llevarla a cabo expone su vida, seguridad, e integridad física y emocional.

2.2.3 Principio de Supervivencia y Desarrollo

Este principio es el más corto y contundente de todos los que cimentan la interpretación de los derechos del niño. Tan sólo tiene cuatro líneas, legibles, en el artículo 6 de la CDN:

- “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.*
- 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”*

Sin titubeos, su lenguaje permite inferir varias cuestiones. Una primera, es casi evidente: el fin del Estado es evitar la muerte del NNA, ya sea, por su acción violenta y represiva legalizada, o por la omisión en los servicios sociales que le puedan costar la vida. Decir que el Estado es consciente de un reconocimiento frente a la existencia del NNA, es más que pura palabrería, devela a ciencia cierta una responsabilidad, como lo hemos repetido en varias ocasiones, para evitar acciones estatales que vulneren ese derecho y por añadidura a generar las condiciones políticas, económicas y culturales necesarias para hacerlo efectivo.

Como antes, el Estado no reconocía ese derecho, pues estaba dentro de sus cabales la negación de compromisos y responsabilidades con el NNA; podía actuar a diestra y siniestra en la política sin importar las consecuencias mortales para la infancia y la adolescencia. Con este principio, se detiene esa posibilidad; la muerte de un NNA deja de ser un daño colateral, o un efecto perverso de una decisión política. Así todavía cueste entenderlo, adquiere el nivel de un delito; si se comprueba que las autoridades gubernamentales toman caminos premeditados para favorecer, en vez, de atacar las causas más comunes y profundas de la negación de la vida infanto-adolescente.

Una segunda reflexión atañe a la aparición social del NNA generada por su reconocimiento al derecho a la vida. Esa afirmación posibilita una visibilización

social que, paulatinamente, puede ser vitalizada en las voces de las instituciones privadas, en las preocupaciones de la academia, en las denuncias de los medios de comunicación en virtud de su status de sujeto público. El NNA ahora es perfectamente asible y visible. Previamente a la CDN, si alguien quería conocer la realidad de la infancia en su país en términos nutricionales, por poner un ejemplo, la bibliografía al respecto, o las estadísticas, eran mucho más limitadas que las que se tienen en esta época porque las responsabilidades con los niños eran discrecionales y residían en el ocultamiento.

Pero en honor a la verdad, la visibilidad tiene que ver aparte de la investigación pública y con que la gente se entere qué pasa con los niños de su país, en una pasajera semejanza a las anotaciones de un partido de fútbol de fin de semana, con el acompañamiento social para que sus derechos sean respetados, con la instauración definitiva en la conciencia de la sociedad que maltratar a un NNA, que dejarlo morir de hambre, que sea atropellado por la carencia de los servicios más elementales como el agua y la salud, es un crimen. Por esto, cada violación a este principio nos habla de la calidad ética de una sociedad; es un termómetro de humanidad, si no es descabellado utilizar esta expresión.

Una tercera idea, definitoria del principio es: el planteamiento al Estado que garantizar la supervivencia y el desarrollo del niño es un deber, una de las principales prioridades de su accionar. Por lo tanto, es contrario a la caridad gubernamental, o a la llegada de un gobierno progresista que priorice cambios sociales. Ítem, al ser prioritaria la protección a la vida, los presupuestos y servicios sociales, “deben mantenerse en la fortuna y en la adversidad, en tiempos normales y en tiempos de emergencia, en tiempos de paz y de guerra, en tiempos de prosperidad y de recesión”²⁵².

Por último, de su aparición textual queda un sin sabor que a la hora de la hora y con una lectura anclada al artículo 6 podría tumbar la tesis de la responsabilidad del reconocimiento del derecho y la prioridad en las decisiones de Estado. Ojéese, que está escrito, los Estados “garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. Y esa tarifación de “máxima”, le da un hueco a la responsabilidad política que puede ser aprovechada de forma oportunista por el gobierno de turno. Pese a esto, la consideración de “hasta dónde los recursos alcance” siempre debe ser demostrada y comprobada expresamente. Por esto, las excusas para evitar la responsabilidad de Estado con la infancia promulgada por un gobierno, son obsoletas si se quedan en el discursivismo y no pasan al terreno de demostrar la disposición tributaria, las políticas y los NNA que han sido atendidos en los males comunes de la desnutrición, las enfermedades prevenibles, la violencia, etc.

2.2.3.1 Proceso histórico y político de la Supervivencia y Desarrollo

Con esta vertiente de ambigüedad, evidenciada, en el artículo que contiene al principio de supervivencia y desarrollo, y tomando en cuenta que cada “día 100.000 personas mueren de hambre o de sus consecuencias inmediatas. Más de 36 millones en 2002. Cada siete segundos muere de hambre un niño menor de diez años. Cada cuatro

²⁵² Es crucial, aceptar que vida del NNA no tiene que “depender de los caprichos de la sociedad adulta, ni de si un país está en guerra o en paz, ni de qué partido concreto ocupa el poder, ni de si la economía está bien o mal administrada, ni de si se han pagado o renegociado las deudas externas, ni de si han subido o bajado los precios de las exportaciones, ni de ningún otro altibajo en las interminables e inevitables oscilaciones de la vida política y económica del moderno Estado nacional”. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 1990. p. 7.

minutos alguien pierde la vista debido a la falta de vitaminas A. Son 840 millones de seres los que están severamente desnutridos, mutilados permanentemente por el hambre [...] Más de 2.700 millones de seres humanos viven en lo que el PNUD denomina “miseria absoluta”, sin renta fija, sin trabajo, sin alimentos suficientes, sin alojamiento adecuado, sin agua potable, sin escuela”²⁵³.

Es casi lógico guiarse por el sentido común y creer que este es el principio menos atendido e implementado de todos los que están inscritos en la CDN. Sin embargo, tal suposición no es tan cierta. Por paradójico que nos parezca, al conocer de antemano las condiciones de vida en la miseria de millones de NNA y la insatisfacción de sus necesidades capitales; la supervivencia y el desarrollo ha sido el eje de los derechos del niño y el principio más aplaudido, abrazado e impulsado políticamente del corpus de la CDN. La prueba factible de lo que planteamos se resume en tres grandes hechos políticos:

2.2.3.1.1 La Cumbre Mundial en Favor de la Infancia de 1990: En ella 71 mandatarios se reunieron por primera vez para hablar de la desnutrición, la mortalidad infantil y la protección del desarrollo físico y mental de los NNA. De su diálogo y encuentro surgieron dos documentos que han sido el mapa de validación de la supervivencia y el desarrollo hasta el momento: la “Declaración sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño”, en la que los Estados se comprometieron a dar alta prioridad a los derechos sociales y residualmente al resto que se encuentran en la CDN. En paralelo a este documento, se redactó un “Plan de acción para la aplicación de la Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño en el decenio de 1990”. En el mismo se plantearon 36 metas, de las cuales, 7 se estimaron como primordiales, para guiar la acción de los Estados que habrían de alcanzarse hacia el año 2000²⁵⁴. Esta cumbre tuvo un efecto político rápido en los parámetros de la formalidad, pues se estima que en el lapso 1990-2000, 117 países elaboraron planes de acción nacionales por la infancia y se fueron ampliando²⁵⁵, poco a poco, los presupuestos y programas para NNA en circunstancias especialmente difíciles.

2.2.3.1.2 La Sesión Especial en Favor de la Infancia de las Naciones Unidas de 2002: Hasta ahora no deja de ser un hecho insólito que la Asamblea General de las Naciones Unidas se reuniera para hablar sobre los derechos de los NNA. Esta cita tuvo lugar para evaluar y verificar el cumplimiento de las metas trazadas y pactadas por los Estados en la cumbre de 1990 a favor de la supervivencia y desarrollo de los NNA. Los resultados, si bien es cierto mostraron mejoría y avances en normas y cambios institucionales, al revisarse las cifras duras se evidenció que las transformaciones totales del modo de vida

253 ZIEGLER, Jean. Derecho a la alimentación. Un derecho en construcción. El hambre y los derechos humanos. En Geopolítica del hambre. Hambre: ¿Quién es responsable? Informe 2003-2004. Editorial Icaria. Barcelona. 2004. pp. 247,248.

254 De las 27 metas se estimaron 7 de ellas como principales: 1) La reducción de la tasa de mortalidad de menores de cinco años en una tercera parte o a un nivel de 70 por 1000 nacidos vivos. 2) Reducción de la tasa de mortalidad materna en un 50% con respecto al nivel de 1990. 3) Reducción de la tasa de desnutrición grave y moderada de los menores de cinco años en un 50% con respecto al nivel de 1990. 4) Acceso universal de agua potable y a los servicios sanitarios de eliminación de excrementos. 5) Acceso universal a la educación básica y terminación de la enseñanza primaria de al menos el 80% de los niños en edad escolar. 6) Reducción de la tasa de analfabetismo de los adultos al menos a la mitad del nivel registrado en 1990, concediendo particular importancia a la alfabetización de las mujeres. 7) Protección de los niños en circunstancias especialmente difíciles, sobre todo en situaciones de conflictos armados. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 1991. p.p 5,6.

255 UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 2000. p. 15.

de los NNA, planeadas en un entusiasmo inusitado al año de la aprobación de la CDN terminaron por ser limitadas, descoordinadas y olvidadas²⁵⁶. En razón de esto, los Estados se comprometieron a complementar el programa pendiente de la cumbre de 1990 y abordar ciertos puntos decisivos para lograr los objetivos del milenio, acordados, en la “Declaración del Milenio de las Naciones Unidas de 2000”. Dicho compromiso se vio materializado en una nueva declaración con su añadido plan de acción global conocido como “Un Mundo Apropiado para los Niños” que ordena actividades, metas y objetivos intermedios en el curso del decenio 2000-2010 con sustento en 10 principios²⁵⁷, y 4 grandes temas de acción²⁵⁸.

256 Las estadísticas de Unicef denotan las siguientes tendencias de cumplimiento sobre las siete metas principales de la cumbre de 1990: 1) Sobre la meta 1, se avanzó pero no se cumplió lo pactado. Se anhelaba reducir en 70 por 1.000 nacidos vivos, la muerte en menores de cinco años. En 1990 la tendencia era de 94 niños muertos por cada 1.000 nacidos vivos, en el 2000 se descendió a 81 por cada 1000 nacidos vivos. 2) Sobre la meta 2, no hubo cambio alguno. Se mantuvo la tendencia anual de deceso de 515.000 mujeres por complicaciones con el embarazo y partos. Para el 2000, se estimaron 400 defunciones maternas por cada 1.000 nacidos vivos. Vale señalar, que sobre esta meta, la aspiración de reducir la mortalidad de las madres en un 50% de los noventa, se bajó para el 2010 a un 33%. 3) Sobre la meta 3, el avance es mínimo. En 1990 el 32% de la infancia menor de 5 años estaba desnutrida crónicamente, al 2000 se redujo la cifra al 27%. El avance es muy limitado, cuando se aspiraba a una reducción del 50% en la desnutrición moderada y grave. 4) La meta 4, es una de las más deficientes en cambios, a pesar de su importancia para la higiene y la salud y el tono de promesa de acceso universal de agua y saneamiento que se planeó en los noventa. En 1990, un 79% de la población mundial (4.100 millones) tenía acceso a agua potable, para el 2000, los beneficiados de ese derecho básico, aumentaron a un 82% (5.000 millones). Por lo tanto, el superávit no fue tan memorable. Para el 2010 se trazó como meta aumentar en un 33% ese servicio, que no alcanza a suplir todavía a los 1.100 millones de personas carentes de agua apta para el consumo. Asimismo, el aumento en servicios de saneamiento para la eliminación de excrementos fue deficiente. En 1990, un 55% de la población mundial (2.900 millones) gozaba de saneamiento, para el 2000, las redes se aumentaron a un 60% de la población mundial (3.600 millones). Es decir, solamente se dio un incremento de 5 puntos porcentuales. De igual forma, que la reafirmación de la meta para el 2010 se aspira lograr un aumento de un 33% en el servicio, que tampoco alcanzaría para cubrir a los 2.400 millones de personas que carecen de un acceso de saneamiento. 5) La meta 5, continúa teniendo dificultades mayores para consolidarse. En 1990 el acceso a la educación básica y primaria en el mundo estaba asegurada para un 78% de la infancia. En el 2000, el acceso educativo se incrementó para un 82% de la población infantil. Es decir, se logró la meta propuesta en más de dos puntos porcentuales. Sin embargo, no deja de ser dramático que al 2000 existieran 100 millones de niños sin instrucción escolar básica. Dentro de las metas renovadas se ha planteado para el 2010 que la tasa de matrícula escolar ascienda al 90%. De cumplirse, en ese flujo tomaría aún, entre diez y quince años para resolverse la escolarización gratuita en el mundo. 6) La meta 6, que tenía como fin reducir en un 50% el analfabetismo de los adultos, tan sólo logró una disminución de 4 puntos porcentuales. Téngase presente, que en 1990, la población de adultos analfabetos era de un 25% (895 millones) y para el 2000 se reportó en 21% (875 millones). 7) La meta 7 tiene una gran complejidad para ser medida y comprender un avance. Ya que se basa en mejorar la protección de los NNA en condiciones especialmente difíciles, y este es un concepto que como vimos, piensa a varias infancias como: los niños que trabajan, los niños que viven en situaciones de conflicto armado, los niños refugiados, los niños víctimas de abuso y explotación sexual, los niños que están presos, los niños impedidos y los niños que se encuentran en situaciones de desventaja desde el punto de vista social. Por lo tanto, resulta particularmente difícil reunir información estadística de NNA que ejercen prácticas y modos de vida ilegales. Las penosas estimaciones sobre ellos existen, pero es complicado analizar un retroceso o un progreso. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 2002. p.p 9-24.

257 Los principios concertados para lograr un mundo apropiado para los niños consisten en: 1) Poner a los niños siempre primero, 2) Erradicar la pobreza: invertir en la infancia, 3) No permitir que ningún niño quede postergado, 4) Cuidar de todos los niños, 5) Educar a todos los niños, 6) Proteger a los niños de la violencia y la explotación, 7) Proteger a los niños de la guerra, 8) Lucha contra el VIH/Sida, 9) Escuchar a los niños y asegurar su participación, 10) Proteger a la tierra para los niños. UNICEF. Un mundo apropiado para los niños. p.p 17-19. Véase Página Web de Unicef. Documento “Un mundo apropiado para los niños y las niñas”. [Revisado el 10 de abril de 2011]. http://www.unicef.org/lac/Un_mundo_apropiado_para_los_ninos_y_las_ninas.pdf

258 Los 4 grandes temas de acción contenidos en el Plan de acción de “Un mundo apropiado para los niños” son: 1) Promoción de una vida sana, en el que se plantearon los siguientes objetivos: “(a) Reducir al menos en un tercio la tasa de mortalidad infantil y de niños menores de 5 años, como un primer paso hacia la meta de reducirla en dos tercios para 2015; (b) Reducir al menos en un tercio la tasa de mortalidad materna, como un primer paso hacia la meta de reducirla en tres cuartas partes para 2015; (c) Reducir al menos en un tercio la malnutrición de los niños menores de 5 años de edad, prestar especial atención a los niños menores de 2 años de edad y reducir al menos en un tercio la tasa actual de casos de bajo peso al nacer; (d) Reducir al menos en un tercio el número de hogares que no tienen acceso a servicios higiénicos de saneamiento y de agua potable a precios asequibles; (e) Formular y aplicar políticas y programas nacionales de desarrollo del niño en la primera infancia para promover el desarrollo físico, social, emocional, espiritual y cognitivo de los niños; (f) Elaborar y ejecutar políticas y programas nacionales de salud para los adolescentes, así como los objetivos e indicadores. 2) Acceso a una educación de calidad, en el que se plantearon los siguientes objetivos: “(a) Ampliar y mejorar el cuidado y la educación integral del niño y la niña en la primera infancia, especialmente respecto de los niños más vulnerables y desfavorecidos; (b) Reducir en un 50% el número de niños en edad escolar que no están matriculados y aumentar la tasa neta de la matrícula en la enseñanza primaria o de la participación en programas de educación primaria no tradicionales de buena calidad al menos a un

2.2.3.1.3 La Sesión Especial en Favor de la Infancia de las Naciones Unidas de 2007: Hasta la fecha, es la última gran reunión política a nivel internacional convocada para dar prioridad a la supervivencia, protección y desarrollo de todos los NNA. La nueva sesión especial en la Asamblea General de las Naciones Unidas se dio para evaluar las tendencias de cambio proferidas por el plan de acción redactado en el 2002. A este encuentro se le conoce como “Un mundo apropiado para los niños + 5”, puesto que, el 2007 fue el punto intermedio del decenio de aplicación de ese plan concordado otrora por representantes de 189 países. En este caso, con la presencia de 140 gobiernos se evaluó y discutió su incidencia y los resultados esperados, que al final fueron refrendados en otra declaración, homónima del evento, para alcanzar los objetivos completos y sin excusas al 2015²⁵⁹.

90% para el año 2010; (c) Eliminar las disparidades entre los sexos en la enseñanza primaria y la secundaria para el año 2005 y conseguir la igualdad entre los géneros en materia de educación para el año 2015 poniendo especial cuidado en que las niñas, en igualdad de condiciones, tengan pleno acceso a una educación básica de buena calidad y puedan aprovecharla plenamente; (d) Mejorar la calidad de la enseñanza básica en todos sus aspectos, a fin de que los niños y los jóvenes logren resultados comprobados y cuantificables, especialmente en el aprendizaje de las matemáticas y de la lectura y la escritura, y adquieran conocimientos que los preparen para la vida; (e) Velar por que se atiendan las necesidades educativas de todos los jóvenes mediante el acceso a programas apropiados de enseñanza básica y de conocimientos que los preparen para la vida; (f) Conseguir para 2015, a más tardar, un avance del 50% en los índices de alfabetización de adultos, especialmente en lo que respecta a las mujeres. 3) Necesidad de proteger a los niños de los malos tratos, la explotación y la violencia, en el que se plantearon los siguientes objetivos: “(a) Proteger a los niños de todas las formas de maltrato, abandono, explotación y violencia; (b) Proteger a los niños de las consecuencias de los conflictos armados y garantizar el cumplimiento del derecho internacional humanitario y de los instrumentos de derechos humanos; (c) Proteger a los niños de todas las formas de explotación sexual, incluida la pedofilia, la trata de personas y los secuestros; (d) Tomar medidas efectivas de inmediato para eliminar las peores formas de trabajo infantil, estipuladas en el Convenio No. 182 de la Organización Internacional del Trabajo, y elaborar y aplicar estrategias para eliminar el trabajo infantil que contravenga las normas internacionales aceptadas; (e) Mejorar la suerte de millones de niños que viven en circunstancias especialmente difíciles”. 4) Lucha contra el VIH/SIDA: “(a) Para 2003, establecer metas nacionales con un calendario preciso a fin de lograr el objetivo de prevención mundial convenido internacionalmente de reducir la prevalencia del VIH entre los jóvenes de uno y otro sexo de 15 a 24 años de edad en un 25% para 2005, en los países más afectados, y en un 25%, en todo el mundo, para 2010, y redoblar los esfuerzos por alcanzar esas metas y luchar contra los estereotipos de género y las actitudes conexas, así como contra las desigualdades de género en relación con el (b) Para 2005, reducir la proporción de lactantes infectados con VIH en un 20%, y para 2010 en un 50%, para lo cual habrá que velar por que el 80% de las mujeres embarazadas con acceso a atención antes del parto reciban información, asesoramiento y otros servicios de prevención del VIH disponibles para ellas, aumentar la disponibilidad, para las mujeres y los recién nacidos infectados de VIH, de tratamientos eficaces para reducir la transmisión de VIH de madre a hijo y suministrarles acceso a ellos, así como llevar a cabo intervenciones efectivas en bien de las mujeres infectadas de VIH, en particular de asesoramiento y de ensayos clínicos voluntarios y confidenciales, acceso a tratamientos, especialmente a terapia antirretroviral y, si corresponde, a sustitutos de la leche materna y la prestación de una amplia gama de servicios; (c) Para 2003, elaborar, y para 2005, ejecutar, políticas y estrategias nacionales encaminadas a: consolidar y reforzar la capacidad de los gobiernos, la familia y la comunidad de crear entornos que presten apoyo a los huérfanos y niños y niñas infectados de VIH/SIDA o afectados por esa enfermedad, incluso prestándoles un asesoramiento y un apoyo psicosocial adecuados; velar por su matriculación en las escuelas y por que tengan acceso a vivienda, buena nutrición y servicios de salud y sociales en igualdad de condiciones con otros niños; y proteger a los huérfanos y a los niños vulnerables de todas las formas de maltrato, violencia, explotación, discriminación, trata y pérdida de bienes sucesorios. Plan de acción “Un mundo apropiado para los niños”. Véase Página Web de Unicef. Documento “Un mundo apropiado para los niños y las niñas”. [Revisado el 10 de abril de 2011]. http://www.unicef.org/lac/Un_mundo_apropiado_para_los_ninos_y_las_ninas.pdf

259 En la sesión especial de “Un mundo apropiado para los niños +5” se mostraron avances en relación a los temas y pactos más significativos del plan de acción de 1990 y el del 2002. Por ejemplo, en el tema de disminución de la tasa de mortalidad de menores de cinco años por cada 1.000 nacidos vivos, se bordeó por fin la cifra que se quería para el año 2000 a nivel mundial. Justamente, para el 2006 se calcula que la tasa estuvo en 72 por cada 1.000 nacidos vivos. Sin embargo, cuando se ve regionalmente mantiene una imagen de estacionamiento como en el caso de África Subsahariana donde la tasa al 2006 fue de 160 por cada 1.000 nacidos vivos, es decir, murieron 4.8 millones de niños, en comparación de los 27 por cada 1.000 nacidos vivos de Latinoamérica, o en números absolutos, 300.000 niños que no superaron los cinco años de edad. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 2008. p. 6. Por otro lado, en la meta de la educación gratuita universal en primaria, se pasó de una cobertura mundial al 2000 de 82%, a un 86% al 2006. Por lo tanto, “el número de niños y niñas en edad de estudiar en la escuela primaria que están desescolarizados ha bajado considerablemente en los últimos años: de 115 millones en 2002 a 93 millones en 2005-2006. Esto representa un progreso considerable, y muchos países están en vías de lograr la educación primaria universal. No obstante, hay países y regiones donde queda una enorme labor por hacer, como África subsahariana y Asia meridional, donde unos 41 millones y 31,5 millones de niños en edad de asistir a la escuela primaria, respectivamente, se encuentran desescolarizados”. Véase Página Web de Unicef. “Progreso para la infancia. ODM 2: Lograr la educación primaria universal”. [Revisado el 1 de abril de 2011]. http://www.unicef.org/spanish/progressforchildren/2007n6/index_41796.htm

2.2.3.2 Fundamentos y razones de la priorización política de la Supervivencia y Desarrollo

Con la mayor acogida de la supervivencia y desarrollo en la atmósfera de la diplomacia cosmopolita se vio aplazada, considerablemente, la aplicación de los otros principios en las dos décadas de vida de la CDN. Las razones que permitieron este enfoque parcializado son variadas, dispersas y un poco invisibles. Rastreando en la historia, la economía y en la política ofrecemos las siguientes, que creemos dan sustento a la tesis de su primacía a lo largo de los años:

- El desconocimiento de un instrumento recién aprobado: La aceleración estatal por la defensa de la supervivencia y el desarrollo del NNA en lo concerniente a la atención sanitaria básica, la mejora del acceso a fuentes de agua, el control de enfermedades, la lactancia materna y la estimulación de la nutrición se imponen de inmediato, a la aprobación de la CDN como complemento de los esfuerzos y la trayectoria de Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Salud (OMS) en su tarea de lograr la inmunización del 80% de la infancia habitante de países en vía de desarrollo para 1990. A principios de los ochenta, en pleno arranque de las discusiones que parieron a la CDN, “poco más del 15% de los niños del mundo en desarrollo estaban inmunizados”²⁶⁰.

Por lo tanto, cuando entra la CDN en vigor se piensa que el camino a seguir es el del continuismo, es decir, la atención inmediata a los impedimentos del desarrollo físico y mental del NNA. Lo que indica que no se lee con profundidad la CDN y su concepción de que la protección y el desarrollo del NNA es integral: requiriendo de cuidados fisiológicos, de prevenciones estructurales, de oportunidades sociales, de libertades y escenarios de interlocución política para reafirmar al sujeto de derechos consignado en el instrumento internacional. Normalmente, en esa época se pasó por alto todo esto y se creyó que tras diez años de negociaciones, en la CDN, únicamente, se consolidaron “unas normas mínimas para la protección de la supervivencia, la salud y la educación de los niños, así como la protección explícita contra la explotación laboral, los malos tratos físicos o abusos sexuales y los efectos degradantes de la guerra”²⁶¹.

De cualquier manera, el inicio del compromiso estatal con la infancia por los derechos sociales, fue importante, y legal en atención del mandato que vimos al comienzo del capítulo, cuando se analizó el preámbulo de la CDN: los primeros a protegerse serán los NNA en circunstancias especialmente difíciles.

- Una tradición proteccionista de la sociedad civil y del Estado: Antes de la entrada oficial de la situación irregular, es decir, de su conceptualización jurídica en los Códigos del Menor, imperaba el proteccionismo privado y caritativo a sus anchas; siendo éste el único medio de satisfacción de las necesidades de los NNA abandonados y de las clases populares.

260 Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 1991. p. 14.

261 Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 1991. p. 5.

Efectivamente, en los Estados Unidos, país inventor del paradigma de la situación irregular, previo a 1889 existía una hegemónica propensión al salvacionismo y a la beneficencia de mano de las comunidades religiosas, católicas y protestantes, para cuidar y proteger a los NNA denominados “dependientes”²⁶².

El papel del Estado era incipiente; la infancia necesitada de ayuda fue delegada a las casas de caridad y a los hospitales de los condados. De hecho, su único papel en el cuidado de la infancia huérfana y desamparada, se dio, financiando hogares e instituciones privadas de carácter religioso²⁶³, que entendieron y utilizaron al trabajo y el discurso industrial como medio de resocialización y de cultivo de las virtudes del ciudadano²⁶⁴.

Así las cosas, el Estado en el medio anglosajón poco o nada se presentó como benefactor del NNA. En muchas ocasiones sus presupuestos fueron innecesarios, puesto que la protección infantil se sostuvo en la caridad y en los donativos de la aristocracia que trataba de imprimir “moral” al NNA, considerado el actor y dramaturgo del futuro en la sociedad²⁶⁵.

En esta perspectiva, a la mujer le cupo un papel importantísimo. Ella fue una ardua promotora de la protección de las necesidades fisiológicas en la pre-situación irregular y luego más tarde en su promoción. Téngase en cuenta, que el movimiento de salvación por el niño que exigió las reformas y las leyes de menores a la institucionalidad en pro del bienestar infantil, en una manifiesta trampa de control y moralización, tuvo una voz profundamente femenina.

La posibilidad de su acción junto a la iglesia, tuvo acogida y legitimidad, primero por una creencia favorable a que la reeducación y el cuidado fisiológico del NNA resultaba ser una labor de predominio maternal²⁶⁶. En segunda, debido a que la mayoría de mujeres que militaron en la filantropía eran las esposas de los dirigentes políticos y financieros de los Estados, lo que les daba facilidades para obtener recursos, confianza para administrarlos

262 Los NNA dependientes, vienen a ser la carne de cañón de la situación irregular, los pobres, los abandonados y los infractores de la ley penal. Ya en 1879 se les definía como todo aquél que: “pide o recibe limosna mientras está vendiendo o haciendo que vende algún artículo en público, o que frecuenta cualquier calle, callejuela u otro lugar con el fin de pedir o recibir limosna; o que no teniendo lugar de residencia fijo, el debido cuidado de los padres o tutores o suficientes medios de subsistencia, o por cualquier otra causa, vaga por calles y callejuelas y otros lugares públicos; o que vive con, frecuenta o se asocia a, ladrones conocidos u otras personas viciosas...”. PLATT, Anthony. Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia. Siglo XXI Editores. México. 2006. p.128.

263 “Entre 1850 y 1870, el sistema de casas de caridad se completó por organizaciones privadas y sociedades de salvamento. Estos celadores autonómicos de la integridad moral y física de los niños proporcionaban la máquina administrativa para la aplicación y el cumplimiento de las leyes de beneficencia, que de otra manera no hubieran podido hacerse respetar [...] La población infantil de la casa de caridad en el condado de Cook fue declinado gradualmente debido al número de entidades privadas de cuidados a los niños que había en Chicago. Para 1880, había doce de ellas, y sólo cinco no tenían una política sectaria”. Ibid. p. 127.

264 Entre las principales instituciones privadas que funcionaron en la zona donde nace el primer Tribunal de Menores de los Estados Unidos, se cuentan en 1876 la “escuela industrial de Illinois la Women’s Centennial Association”, la “Illinois Industrial Training School for Boys” en 1887 y la organización católica, la “Escuela Industrial para muchachas de Chicago” que funcionaba desde 1855. Ibid. p.p 125-134.

265 Por ejemplo, “El Girard College, uno de los orfanatorios más grandes de Estados Unidos, fue construido y amueblado con fondos de la fortuna bancaria de Stephen Girard; y los vaqueros y financieros católicos de Nueva York contribuyeron a movilizar apoyo y dinero para diversas obras de caridad católicas”. Ibid. p. 24.

266 “Había amplio apoyo público para la idea de que era incumbencia de la mujer participar en la reglamentación de la asistencia a los niños. Las mujeres eran consideradas “curadoras por naturaleza” de los niños descarriados, y en la nueva penología entraban funciones maternas en el plan de reformatorios [...] En general se tenía a las mujeres por mejores maestros que los hombres, y también tenían más influencia en el manejo de los problemas de disciplina en el hogar. El hecho de que la educación pública estuviera principalmente en manos de maestras aumentaba el predominio de la mujer en la educación de los niños”. Ibid. p. 96.

y como recompensa, una destacada fama por sus esfuerzos en mejorar las condiciones de vida de los NNA²⁶⁷.

En Latinoamérica el tratamiento a la infancia siguió el mismo patrón. Durante los Estados oligárquicos, esto es, aquellos que tuvieron lugar en lo inmediato a los procesos de independencia, se desarrolló una justicia caritativa, afirmante, del recorrido colonial de amor al prójimo que había estado en manos del sector privado.

Las prácticas filantrópicas y los servicios de atención a las necesidades inmediatas de la infancia dominaron la escena, con diseños y ejercicios principalmente femeninos, como el acaecido en el Perú con la nombrada “abuelita de los niños”, Juana Alarco Dammert que en el siglo XIX impulsó orfanatos en la ciudad de Lima, en particular, el conocido “Patronato de la Infancia”²⁶⁸.

Sin entrar en más consideraciones para seguir comprendiendo esta línea proteccionista privativa, es remarcable en toda ella la falaz aparición del Estado para soportar y dar bríos a la supervivencia de los NNA.

Su dejadez empieza a ser superada bien entrado el siglo XX con la internacionalización de la doctrina de los derechos humanos y la especificidad de los derechos del niño. Se pasa de una protección esquematizada en el encierro y la entrega de requerimientos inmediatos para curar la enfermedad, la penuria y la orfandad, a la afirmación paulatina de derechos sociales gracias a la consolidación de los Estados populistas de mediados de los cincuenta al setenta.

Estas administraciones promulgan un credo de justicia redistributiva, que intenta romper en el continente la “larga tradición para tratar a los niños excluidos como objetos de programas diseñados para paliar las múltiples carencias que los afectan”²⁶⁹. Lógicamente, no de forma total o pensando en concreto en la humanidad y particularidad del NNA, sino en su potencial económico y en las facilidades que requerían sus familias para llevar a cabo sus trabajos sin distracciones.

En ese escenario seguía teniendo vida legal la situación irregular y su fórmula del encierro preventivo del NNA pobre y el infractor de leyes penales, pero

267 Vale acotar que la filantropía femenina proteccionista tenía como objetivo primordial, más que el cuidado del NNA, la posibilidad de ascender socialmente, romper roles domésticos y participar del poder público. De cualquier modo, los “salvadores del niño tenían conciencia de que su defensa de marginados sociales tales como los inmigrantes, los pobres y los niños no estaba motivada totalmente por ideales desinteresados de justicia y equidad. La labor filantrópica llenaba un vacío en su vida, un vacío creado por la declinación de la religión tradicional, el aumento del ocio y el aburrimiento, la aparición de la educación pública y la desintegración de la vida comunal en ciudades impersonales y llenas de gente”. *Ibid.* p. 97.

268 El fenómeno de los patronatos, tiene una larga tradición en el Perú desde la época de la colonia con la abundancia de niños huérfanos resultado del peligro al que se exponía el honor occidental con los hijos ilegítimos. De hecho, la “escena de recién nacidos “botados” en las calles de la ciudad fue parte de la vida diaria de Lima [...] Este fenómeno dio lugar a la fundación, en 1603, de la Casa de Niños Expósitos, conocida también como el hospital de los Niños Huérfanos de Atocha”. MANNARELLI, María. La infancia y la configuración de los vínculos en el Perú. Un enfoque histórico. En “Políticas Públicas e Infancia en el Perú. Recomendaciones de política”. Save the Children-UK. Lima. 2002. p.p 28, 29.

269 PILOTTI, Francisco. Marco para el análisis de las políticas públicas dirigidas a la infancia. En Niños, adolescentes, pobreza, marginalidad y violencia en América Latina y el Caribe: ¿relaciones indisociables? Organizadores: Irene Rizzini. Ciespi. Río de Janeiro. 2006. p. 35.

complementariamente sin ninguna conexión del mundo jurídico y político, se empezaron a tejer políticas sociales masivas que permitieron el arraigo del desarrollismo promovido por Harry Truman desde la Casa Blanca pasada la segunda guerra mundial²⁷⁰.

Grábese en la cabeza del lector, que los logros que deja la era desarrollista para la infancia, si bien protege algunos de sus derechos sociales, lo hace más que por ser, precisamente derechos de la gente infantil, por su utilidad al plan del progreso, por ser un factor complementario e incluyente para la masa campesina que se traslada del campo a la ciudad con la masificación de vivienda social, y necesario para ocupar con escolarización a los hijos de la clase obrera en función de estar a la altura de los designios de la industrialización y las sociedades de vanguardia de la época.

Con esto en mente y la necesidad impuesta por el progreso, es notable como de 1960 con una población de 117 millones de niños, de 6 a 11 años sin escolarización primaria, se logra reducir la cifra en 1985 a 50 millones de niños de la misma edad sin escolarización siguiendo las premisas desarrollistas²⁷¹. En similar tendencia, a la cobertura en la enseñanza primaria, el sector salud registra logros notables, al reducirse la “mortalidad y la morbilidad infantil, respectivamente. Sin embargo, estas acciones favorecieron preferentemente a los niños cuyas familias estaban integradas a la sociedad, excluyendo a un creciente número de niños y adolescentes provenientes de la pobreza e indigencia.”²⁷². Para tal caso, todos aquellos que fueron excluidos, o en un lenguaje más cordial no llegaron a ser alcanzados por estas políticas, más tarde; en una clara comprensión residual de la infancia pobre y con vínculos “anormales” se les cumplió con una variedad de programas y campañas asistenciales.

Hay, entonces, un camino largo enfocado a la protección de lo tildado de básico en los NNA muy anterior a la CDN. Inicialmente con experiencias caritativas de acento privado y en seguidilla con políticas residuales estatales en los países en vía de desarrollo por la ordenanza de un modelo económico. La simbiosis de estos elementos, dieron lugar a lo que podríamos llamar: un acostumbramiento a actuar en favor de las necesidades fisiológicas de la infancia²⁷³. Que como toda costumbre arraigada en el tiempo se torna dogma,

270 “En su discurso de posesión como presidente de Estados Unidos el 20 de enero de 1949, Harry Truman anunció al mundo entero su concepto de “trato justo”. Un componente esencial del concepto era su llamado a Estados Unidos y al mundo para resolver 105 problemas de las “áreas subdesarrolladas” del globo [...] La doctrina Truman inició una nueva era en la comprensión y el manejo de los asuntos mundiales, en particular de aquellos que se referían a los países económicamente menos avanzados. El propósito era bastante ambicioso: crear las condiciones necesarias para reproducir en todo el mundo los rasgos característicos de las sociedades avanzadas de la época: altos niveles de industrialización y urbanización, tecnificación de la agricultura, rápido crecimiento de la producción material y los niveles de vida, y adopción generalizada de educación y los valores culturales modernos. En el concepto de Truman, el capital, la ciencia y la tecnología eran los principales componentes que harían posible tal revolución masiva. Sólo el sueño americano de paz y abundancia podría tenderse a todos los pueblos del planeta”. ESCOBAR, Arturo. La invención del Tercer Mundo: construcción y deconstrucción del desarrollo. Editorial Norma. Bogotá. 2004. p.p 19, 20.

271 Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 1990. p. 9.

272 Op.cit. PILOTTI, Francisco. Marco para el análisis de las políticas públicas dirigidas a la infancia. p. 40.

273 Curiosamente, ya en pleno siglo XXI dichas incipientes manifestaciones de protección siguen siendo inmediatistas frente a ese gran discurso de valoración del niño por las instituciones y la moral pública: del “hombre por hacer”; quedándose corta y agotada en el plano de la salud con programas asistenciales para curar cuando es posible, o sólo tratar cuando ya no hay nada que hacer, enfermedades como las derivadas del consumo de agua en mal estado. Por ejemplo, en Colombia en el año de 1984, “la primera causa inmediata de mortalidad en niños entre 1 y 4 años fueron las enfermedades infecciosas intestinales (en su mayoría enfermedades diarreicas). En la lista de las diez primeras causas también figura otra enfermedad asociada con el deficiente estado sanitario, la helmintiasis. La

sentido común y oculta otras posibilidades de acompañar positivamente a la infancia.

- La obligación ética de atacar la gigantesca crisis humanitaria de los NNA y hacer reales los derechos humanos: Para comprender a plenitud el marcado predominio del proteccionismo clásico habría que recordar que uno de los factores que impulsó la escritura de la CDN fue el deteriorado modo de vida que llevaban los NNA en la década de los setenta, dado a conocer al mundo por el trabajo de la cooperación internacional.

Para no irnos tan lejos, en Centroamérica, producto de un encuentro parlamentario que reunió a representantes de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua se hizo público en 1988, que anualmente en la región 100.000 NNA morían por causas erradicables como la diarrea, la desnutrición, la tuberculosis y la tos ferina²⁷⁴.

Esa atmósfera era frecuente en los países subdesarrollados y así no tuviese una gran publicidad, agitaba a los países dueños de las economías más sólidas del planeta con una considerable fiereza²⁷⁵. Evoquemos que, tanto “en los Estados Unidos como en el Reino Unido, por ejemplo, diez años de crecimiento económico continuado han ido acompañados de la duplicación del número de familias sin hogar”²⁷⁶. El número de niños que vivían en condición de pobreza aumentó en más de tres millones de un 11% de la población infantil en 1979, a un 15% en 1989. “Aproximadamente una tercera parte de los estadounidenses de origen hispano y la mitad de los de origen africano [...] por debajo del nivel de pobreza aceptado, al igual que un 40% de la población infantil de Nueva York, la capital financiera del mundo”²⁷⁷.

Todas esas dinámicas y tendencias de muerte infantil de tan terrible magnitud tenían vigencia un año antes de la aprobación de la CDN. En razón de esta situación, digamos que pocas salidas se palpaban en el horizonte: optándose por la protección a toda costa de los derechos sociales escritos en el texto jurídico internacional de la niñez y la adolescencia.

Pero la decisión no fue tan espontánea a cumplir el mandato de la CDN; toma lugar cuando los efectos negativos del desarrollismo estaban a la orden del día. En el afán de seguirse las metas de industrialización y de tecnificación impulsadas por los Estados Unidos, y las Naciones Unidas, muchos gobiernos se endeudaron aparatosamente para cumplir sus proyecciones de producir más, y por ese camino materializar la prédica de Truman de alcanzar la “paz y la prosperidad”.

segunda enfermedad más importante que afecta a la población infantil son las infecciones intestinales”. Palabras del Doctor John A. Flórez Trujillo, Vicedecano de la Facultad Nacional de Salud Pública Héctor Abad Gómez de la Universidad de Antioquia. Sentencia de la Corte Constitucional T-481 de 1997.

274 Op.cit. VALENCIA, Jorge, p. 82.

275 El ambiente más dramático para los NNA en los ochenta, a pesar de las jornadas de la cooperación internacional en el África, se vivía en Asia meridional. “Un 40% de los niños de corta edad en el mundo, el 40% de los niños desnutridos, el 35% de los niños no escolarizados y más del 50% de los que viven en condiciones de pobreza absoluta residen en sólo tres países: Bangladesh, India y Pakistán”. Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 1990. p. 13.

276 Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 1990. p. 12.

277 Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 1990. p. 12.

El sueño de equidad y de la justicia social se empieza a desmoronar cuando llega la hora de pagar los créditos a los organismos internacionales y a los países del primer mundo. En un santiamén la conducta de ola de los intereses crediticios, desbarataron cualquier posibilidad de pago que no afectara la inversión social de esos años²⁷⁸.

Por lo tanto, el desarrollismo que prometía progreso y prosperidad, trajo consigo a mediano plazo, pobreza y la anulación de las políticas sociales que se habían logrado ejecutar con esfuerzos económicos y capitales prestados para la inversión en favor de la ciudadanía.

Como en una hilera de naipes los servicios sociales a la infancia se derrumbaron. Todo el gasto social derivó en pagar la deuda externa²⁷⁹. Lo que lleva a una reasignación fiscal de los Estados latinoamericanos promovida por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial para ajustar las economías y dar estabilidad a los pagos de la deuda en cumplimiento del Consenso de Washington, que tenía como conditio sine qua non la reducción del Estado y la modificación de su rol como garante de derechos²⁸⁰.

La nueva función estatal priorizada en arbitrar los conflictos privados²⁸¹, daña paulatinamente, a las poblaciones más dependientes de los logros obtenidos en educación, salud y desarrollo fisiológico, como las mujeres y los NNA de los estratos más bajos²⁸².

Ya con todo caído y una coyuntura futura auspiciadora desde lo político y lo económico de la justicia conmutativa, es decir, aquella en que privadamente se garantizan los derechos, parece ponerse en jaque mate a la doctrina de los derechos humanos y aparece la siguiente interrogación en la gobernabilidad global:

278 Por ejemplo, los "tipos de interés internacionales aumentaron tres puntos entre el primer trimestre de 1988 y el primer trimestre de 1989". Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 1990. p. 12.

279 En la época, 7.000 millones de dólares era lo que percibía cada diez días el mundo industrializado en concepto de pago de la deuda externa. Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 1991. p. 12.

280 El consenso económico de Washington "se refiere a la organización de la economía global (con su sistema de producción, sus mercados de productos y servicio y sus mercados financieros) y promueve la liberalización de los mercados, la desregulación, la privatización, el minimalismo estatal, el control de la inflación, la primacía de las exportaciones, el recorte del gasto social, la reducción del déficit público y la concentración del poder mercantil en las grandes empresas multinacionales y del poder financiero en los grandes bancos transnacionales". DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Reinventar la democracia: reinventar el Estado. Clacso. Buenos Aires. 2005. p. 16.

281 El neoliberalismo le ha quitado al poder judicial la calidad de garante de derechos sociales y lo ha conducido a dar "absoluta prioridad a la propiedad privada, a las relaciones mercantiles y aun sector privado cuya funcionalidad depende de transacciones seguras y previsible protegidas contra los riesgos de incumplimientos unilaterales. Todo esto exige un nuevo marco jurídico y la atribución a los tribunales de una nueva función, mucho más relevantes, como garantes del comercio jurídico e instancias para la resolución de litigios: el marco político de la contractualización social debe ir cediendo su sitio al marco jurídico y judicial de la contractualización individual". Ibid. p. 18.

282 Finalizando la década del ochenta se escribió: "En los últimos años se ha producido una reducción del gasto en atención de salud por habitante en más de las tres cuartas partes de los países de África y América Latina y las restricciones casi con toda seguridad han sido más generalizadas de lo que indican estas cifras. Se han cerrado centenares de centros de salud y muchos de los que se mantienen abiertos sufren carencias de personal y de suministros esenciales. Se han reducido los servicios de planificación familiar, han aumentado los precios de los medicamentos importados y los servicios de salud de Ecuador, Panamá y Paraguay ni siquiera han podido comprar vacunas durante la primera mitad de 1989 [...] los niños más pobres y más vulnerables también han pagado la deuda externa del Tercer Mundo a costa de su única oportunidad de acceder a la educación. El gasto per cápita en educación se ah reducido aproximadamente un 25% en los 37 países más pobres en la última década. Muchos países han suspendido el gasto de inversión, incluida la adquisición de libros y material para escribir, y miles de maestros han dejado sus puestos después de pasar varios meses sin cobrar". Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 1990. p. 12.

¿Cómo validar los derechos humanos del niño cuando la esencia del pacto social que los engendra se incumple con la modificación del papel del Estado?

Una pregunta crucial que tuvo que pensarse, pues los derechos humanos se sostienen en acuerdos entre los Estados y sus habitantes. La postura neoliberal de aplazar, hacerse el tonto, y dar a cuenta gotas garantías a los derechos va en contra de la importancia histórica y democrática de la internacionalización de los derechos humanos en todos los sentidos posibles.

Por esta razón, desde las Naciones Unidas y sus agencias especializadas se empieza, paralelamente al aterrizaje del Consenso de Washington a invitar a los Estados “conesantes” de los derechos humanos a cavilar sobre la ética que supone su creación y ratificación en sus jurisdicciones. Tal es así, que para la recién aprobada CDN, Unicef propugna la estrategia de “ajuste con rostro humano”²⁸³, expositora de la idea que “ninguna teoría económica o ideología política puede justificar ni siquiera temporalmente el sacrificio del desarrollo físico y mental de la infancia”²⁸⁴.

Estas líneas de argumentación explican por qué a posteriori de la aprobación de la CDN se planea un evento mundial de acuerdos para intentar cubrir lo referido a la supervivencia y desarrollo del NNA. Por una presión política de la gobernabilidad global para recrear micro-pactos adjuntos de la CDN que hicieran asible el “deber ser” que carga el imaginario de los derechos humanos. Sin una nueva ética, revalidadora, los derechos humanos y del niño perderían cualquier asidero; se tornarían falsos y todos los recursos esgrimidos en el período de 1979-1989 habrían sido vacuos y en vano. Lamentablemente, los derechos humanos, sin un Estado portador de la responsabilidad que acuerda, se desvanecen como el hielo cuando se sumerge en el agua.

Eso sí, la tendencia de los micro-pactos por la infancia y la ciudadanía en general, pintan a tener regularidad para dar sostenimiento a la creación política de los derechos humanos. En efecto, sirven como un patrón de acción, gestión y evaluación de la tarea de los Estados de dar efectividad a los derechos, por medio de la renovación de pactos que los toman como base y de los que resultan metas a corto, mediano y largo plazo para su concreción en la realidad del NNA.

283 “El UNICEF destaca tres aspectos en su concepción del ajuste con rostro humano. En primer lugar, la protección de los pobres y los grupos vulnerables debe constituir un objetivo básico del ajuste económico, junto a la meta de lograr, a más largo plazo, un desarrollo sostenible centrado en las necesidades humanas. En segundo lugar, los programas de ajuste deben incorporar medidas concretas que promueven una inversión destinada a los pobres. Entre otras, créditos para los pequeños agricultores y comerciantes y apoyos específicos para las mujeres productoras. Esta inversión también requerirá la reestructuración de los sectores de atención social mediante la concentración de los recursos en los servicios de bajo costo y gran impacto, privilegiando, por ejemplo, la atención primaria de salud frente a los hospitales, la enseñanza primaria y la alfabetización frente a las universidades, y el abastecimiento básico de agua potable frente a la construcción de viviendas de prestigio. Asimismo, también existe una apremiante necesidad de medidas especiales de protección del estado de nutrición de los menores de cinco años y de programas de ayuda a las personas sin empleo [...] En tercer lugar, el ajuste con rostro humano requiere un seguimiento de los indicadores humanos además de las variables económicas, que tenga en cuenta la nutrición además de la inflación, la alimentación además de la balanza de pagos, las insuficiencias en los ingresos familiares además de los déficits en los presupuestos gubernamentales”. Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 1990. p. 10.

284 Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 1990. p. 11.

Por ello, hemos sido testigos, de 1990 para acá de un buen número de cumbres y de compromisos ad hoc a los instrumentos internacionales, concertados con la intención, que los derechos humanos no se pierdan como paradigma.

- El trasfondo de la ética por la supervivencia y el desarrollo: El reconocimiento y la marcha estatal por la protección de los derechos sociales de los NNA, iniciada con la Cumbre por la Infancia de 1990, hubiese sido imposible sin la CDN y la ética que se reelaboró en ese momento para darle solidez a los derechos humanos. Esto es, sin la existencia de un compromiso realizado para reconocer derechos a la infancia y el llamado imperativo a practicarlos de inmediato ante la gravísima mortandad infantil de la época, la historia de aplicación progresiva del artículo 6 sería distinta.

Es muy cierto, que al ser evitables desde los ochenta, por ejemplo, los 7.000 NNA que morían por deshidratación diarreica, o los 6.000 fallecidos al día por neumonía que podían tratarse con medicamentos a bajo costo. Surgió un disgusto en la comunidad internacional que trazó como inaceptables tales hechos, y promovió un llamado de atención para revisar la ética y las responsabilidades que existían en la relación Estado-Sociedad-Niñez, y sin aspavientos actuar en su favor²⁸⁵.

Sin embargo, muy en el fondo. Y a pesar de la intención ética que bordea y guía la acción resolutoria del artículo 6 de la CDN, la supervivencia y desarrollo toma cuerpo por una reflexión urgente sobre la insostenibilidad nacional que dejaba la crisis de las décadas pérdidas: sin NNA sanos no hay seguridad ni desarrollo garantizable²⁸⁶.

Es el tema de siempre. Por un lado, el temor al estallido de la cuestión social que puede romper el status quo. El pánico a que se cumpla la profecía que dicta que los “niños desatendidos son niños que se volverán contra el mundo que no cuidó de ellos”²⁸⁷.

Miedo que por cierto nos revela una gran contradicción. Aunque la liberalización de los mercados, la inversión extranjera y las exportaciones como soporte de desarrollo atentan contra los derechos humanos por la minimización del Estado; los requieren y necesitan firmemente para la maximización económica.

285 En ese momento de crisis Unicef dejó consignado lo siguiente: la “civilización y el progreso no se miden sólo en términos de PNB y de capacidad tecnológica. También se miden por el desarrollo de la conciencia humana, por el grado en que ésta se siente ofendida e impelida a la acción al enfrentarse con la realidad del sufrimiento humano, la negación de las necesidades humanas, la violación de los derechos humanos”. Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 1990. p. 4.

286 “...como suele suceder, los argumentos éticos son en última instancia inseparables de los de orden práctico. Una pobreza y un sufrimiento en tan gran escala tendrán consecuencias bien conocidas a largo plazo [...] La desnutrición se traduce en retrasos del desarrollo físico y mental, un bajo rendimiento escolar y laboral, y en la perpetuación de la pobreza de generación en generación. Una alta mortalidad infantil lleva aparejada una alta natalidad y un crecimiento demográfico rápido; la falta de instrucción impide contribuir plenamente al desarrollo de la propia comunidad y país y beneficiarse plenamente de los frutos del mismo; la desesperanza y la falta de oportunidades socavan la autoestima y siembran los gérmenes de problemas sociales prácticamente insolubles para las futuras generaciones; las injusticias firmemente arraigadas y la ostentación de riquezas inalcanzables ante las miradas de los pobres provocan inestabilidad y violencia que a menudo adquieren vida propia [...] En consecuencia, la realización de un gran esfuerzo renovador encaminado a proteger la vida y el desarrollo de la infancia, y a acabar con los peores aspectos de la pobreza, representaría la más importante inversión a largo plazo que puede hacer la especie humana a favor de su futura prosperidad económica, estabilidad política e integridad ecológica”. Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 1990. p. 4.

287 Palabras del psiquiatra de la Universidad de Harvard, Robert Coles. Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 1991. p. 31.

En el peor de los casos la desazón humanitaria producida por el débil papel del Estado da pie a inestabilidades; y estas traen por consecuencia lógica, peligros, desordenes, e indecisiones del capital privado para invertir en un país.

Por otra parte, lo que viene a subyacer a la nueva ética proferida para realzar el pacto de los derechos del niño, es recordarle a cualquiera, preferentemente a los Estados, que el desarrollo individual de un NNA está maniatado al desarrollo social, político, cultural y económico de un país.

Esto nos dice mucho, además de la necesidad de validar los derechos humanos, y de paso así evitar grandes crisis futuras, sobre la razón más profunda de las cumbres y las metas de la supervivencia y desarrollo de los NNA. La cual no es otra, que el utilitarismo del NNA por el bien colectivo, que la antelación de su valor futuro a su humanidad presente.

El NNA por representar capital humano fresco, es requisitoriado como ingrediente primario para el progreso. Muy bien se advirtió esto, como motor de la protección de los derechos sociales, a las dirigencias políticas del mundo en plena cúspide de la crisis de la deuda externa: el “capital humano es un factor más importante para el crecimiento económico que el capital físico...La inversión en capital humano en forma de nutrición, enseñanza básica y salud no puede aplazarse: o se realiza a una edad adecuada cuando verdaderamente se necesita o no se realiza. Para el niño no hay una segunda oportunidad. La desapercibida tragedia de la desinversión en capital humano de la década de los ochenta reside en que sus consecuencias se prolongarán hasta bien entrado el siglo XXI en forma de retrasos en el desarrollo infantil y una instrucción deficiente”²⁸⁸.

Concluimos por tanto, diciendo que, la atención del principio de supervivencia y desarrollo ha tenido estimulaciones funcionales a proyectos políticos y económicos. Por supuesto, su lectura en el idioma del capital social, se lleva a cabo con sesgo e hipocresía, puesto que conociéndose los riesgos que trae su desatención todavía estamos lejos de su validación definitiva.

2.2.4 Principio de Participación

En orden numérico es el principio que completa las prescripciones normativas de la CDN. En contraste con los tres principios que le preceden en el articulado, la participación infanto-adolescente no es una invención jurídica, es decir, un fruto directo de la formulación de la CDN.

Es muy anterior a la norma como hecho social. Resulta inocultable que en las culturas originarias de Centroamérica y de los andes suramericanos, la participación del NNA es una costumbre en la vida familiar, comunal, política y laboral; es una acción social considerada vital para su desarrollo individual y colectivo.

Indudablemente, el NNA viene participando en lo que la visión occidental denomina y matiza en negativo como trabajo infantil. En particular, en la cosmovisión andina esta

²⁸⁸ Intervención de Richard Jolly, Director Ejecutivo Adjunto de la Unicef, en el XIV Congreso Internacional de Nutrición, realizado en Seúl en 1989. Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 1990. p. 11.

concepción no existe, ya que el NNA vive integrado en “Ayllu (familia extendida que incluye a los hombres, naturaleza y deidades)”²⁸⁹, en la cual, realiza una actividad gozosa y esplendorosa en la que se comparte con los componentes vivos de la Sallqa (naturaleza); considerados sus parientes, figuras y cooperantes de crianza²⁹⁰. Por tanto, el NNA cuando está labrando en la chacra, cultivando en época de siembra, o en el pastoreo con los animales, lo que en realidad está viviendo es una crianza conjunta, un modo de vida donde los seres vivos están integrados, relacionados, o concatenados²⁹¹.

De cualquier forma, en “esta cosmovisión los niños no están separados de lo que ocurre en la chacra y el monte, ya que se busca vivir en armonía, en la familia humana nativa no hay diferencias, todos aportan en la toma de decisiones, todos participan...”²⁹². Todos están enlazados, todos son considerados personas, todos desde el nacimiento experimentan una crianza de doble vía, en la que el animal, el árbol y la tierra son cuidadores del NNA y viceversa²⁹³.

Muy aparte del aprendizaje y cuidado mutuo que tiene como sustento la participación del NNA en el trabajo. Esta aparece también sin positivización alguna en el marco organizativo de las culturas originarias. Tanto así, que en las comunidades nativas de la sierra del Perú los NNA vienen ejecutando roles de responsabilidad pública, como autoridades de las mismas, muchísimo antes de la entrada en vigor de la CDN. Algo viable, porque en la construcción de infancia andina, el NNA es entendido como un ser completo, con atributos, con habilidades, con sentimientos y modos de ser valorados por sus parientes del Ayllu²⁹⁴.

Asimismo, en la reciente contemporaneidad y lejos de la geografía andina, las vivencias metropolitanas de los NNA de sectores populares de Lima expresan, a su vez, un estilo de vida sustentado en la participación y la organización a priori a la CDN. Hablamos claro, del Movimiento de Adolescentes y Niños Trabajadores Hijos de Obreros Cristianos (MANTHOC) que con una anterioridad de 13 años a la CDN, ya habían puesto en discusión lo que todavía no tenía el acento de un derecho²⁹⁵. Dentro

289 Asociación Bartolomé Aripaylla-Ayacucho. Niño, Familia y Comunidad en los Andes. En Cultura e infancias. Una lectura crítica de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños y las Niñas. Editora. Milagros Brondi. Terres des Hommes. Lima. 2001. p. 19.

290 “En la concepción de la sociedad moderna el derecho fundamental de la persona humana es el derecho a la vida, y para ello los hombres buscan sustento en el medio que los rodea, se sirven de la naturaleza. y esta vinculación es mediada por el trabajo. Mientras, en el Ayllu acudir en ayni, realizar chakmeos, aporques, cosechas son gozosos, se comparten alegrías, penas y sabidurías con su Ayllu, con sus semillas, su chacra y animales, que son sus parientes. Es decir, los quehaceres realizados en la casa, en la chacra y pastoreo no son “trabajos” ni “ocupaciones”, no se realiza por “ganarse la vida” sino es vivir recíprocamente la crianza de la Sallqa, el suelo, agua, semilla, etc”. Ibid. p. 41.

291 “El hacer chacra, pastorear, ayudar y otras actividades que también realizan los niños de las familias comuneras, no es entendida como trabajo (trabajo infantil) sino como yachakuy (aprendizaje) y yanapakuy (ayudar) que no implica menosprecio de su labor, pues todos (niños, adultos, animales y deidades) son yanapakuq...”. Ibid. p. 41.

292 Asociación Choba Choba. Trabajo infantil en la Cosmovisión Quechua Lamista. En Cultura e infancias. Una lectura crítica de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños y las Niñas. Editora. Milagros Brondi. Terres des Hommes. Lima. 2001. p. 67.

293 “En la concepción de la sociedad moderna, la crianza del niño es responsabilidad fundamental de los padres [...] Pero para los Ayllus, el uyway (crianza) de los niños y niñas no sólo es responsabilidad de los padres, lo es también de los abuelos, del Ayllu, la autoridad y de la sallqa, y la crianza es recíproca, el niño también es uywakuq (que cría) a todos”. Op.cit. Asociación Bartolomé Aripaylla-Ayacucho. p. 31.

294 “En la sociedad moderna, el ser niño se asocia a poco valor o poca sustancia, es sinónimo de irresponsabilidad e informalidad, son seres en desarrollo por tanto faltos de saber, aptitud y virtud, por eso se les ubica como una categoría menor dentro del desarrollo humano, con falta de madurez física y mental [...] y por tanto queda explícito que no pueden ser autoridad, pues si no se les considera responsables en sus casas mucho menos en la sociedad. mientras, en las comunidades de esta parte de la región, todos son autoridades, los niños y jóvenes tanto varones y mujeres [...] y los adultos no están dudando de su responsabilidad ni de su capacidad”. Op.cit. Asociación Bartolomé Aripaylla-Ayacucho. p. 53.

295 Sobre la experiencia de participación infantil del MANTHOC reflexiona Cussánovich al señalar: “Sólo así después

de ese cuerpo organizacional, fundado por un grupo de jóvenes despedidos de fábricas y talleres en plenas reformas a los logros sociales promovidos por el dictador Velasco, se activó una dinámica de participación de niños trabajadores concentrada en “aflorar la conciencia de tener una responsabilidad colectiva frente a la situación propia y de otros niños trabajadores, y al mismo tiempo tener cierta representatividad en cuanto a lo que son, viven y aspiran los niños trabajadores”²⁹⁶. La participación infantil es el eje fundacional del MANTHOC. Son los niños y adolescentes los que reflexionan, actúan, analizan y discuten sus problemas y alternativas de solución, en los barrios donde el movimiento tiene bases o presencia, socializados y sintetizados luego en sus encuentros nacionales de cara a exigir respeto por su dignidad como niños y como trabajadores a los entes públicos²⁹⁷.

Es innegable entonces, obviar que la “participación tiene una historia más larga, fecunda y compleja que su ambiguo reconocimiento como un derecho recién a finales del siglo XX. Como lo recuerda Henk Van Beers, en la cultura vietnamita, decir que la participación de los niños es un derecho, contradice el marco cultural ancestral”²⁹⁸. Razón por la que, es bien importante tener claro que la participación del NNA como un hecho, constatable y vivible, es algo viejo e innato a sociedades ajenas a occidente y a experiencias tan particulares como la del MANTHOC, donde parecía increíble y revolucionario a los ojos de los demás eso de la participación de los NNA²⁹⁹.

de mucho tiempo a esto se le puso palabras, que ahora es la tarjeta de presentación de todos los que se creen democráticos y son: los derechos. Pero hace más de 20 años no arrancamos hablando de derechos. Hablábamos de lo concreto. Nuestro lenguaje no era el derecho a la dignidad, el derecho a la autonomía; nuestro lenguaje era la lucha por la dignidad, la pelea cotidiana por nuestra autonomía, la conquista de nuestro protagonismo, la defensa de nuestro trabajo. Esas eran nuestras expresiones usuales, y éste no es castellano antiguo, sigue siendo vigente ahora. A eso evidentemente después se añadió un discurso que decía: estos son nuestros derechos”. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Participación y ciudadanía de los NATS. En Niños, niñas y adolescentes trabajadores: derechos, ciudadanía y protagonismo. MANTHOC. Lima. 2000. p. 40.

296 TORRES, Nelly. El Manthoc: niños que se organizan. En Niños trabajadores: experiencias y reflexiones. Instituto publicaciones, educación y comunicación José Cardijn. Lima. 1988. p. 51.

297 “Los grupos se reúnen generalmente una vez a la semana, los sábados o domingos; en compañía de un colaborador joven o adulto del mismo barrio, quien los acompaña, anima. Cada grupo nombra su delegado; algunos grupos nombran además un tesorero y un secretario y se ponen el nombre que ellos deciden, como “Chasquis del señor”, “Hombro con hombro”, etc”. Los delegados de cada grupo conforman la coordinación de cada región y juntos eligen al colaborador que los acompañará por un período que fluctúa entre dos y tres años según decida cada región. (Lima, Pucallpa, etc.) En los Encuentros Nacionales que se realizan anualmente los niños comparten lo que van haciendo en cada lugar; también analizan la situación de los niños trabajadores en el país [...] Mirar lo que pasa con los niños en el país es una forma de mirar lo que es el país. A partir de esto se plantean las acciones comunes a nivel nacional, lo que se plasma en un Plan de Trabajo. Este Encuentro es dirigido por los niños. En julio de 1986 eligieron la Primera Coordinación Nacional de Delegados [...]”. CHAUCA, Rosalía. Una experiencia en construcción. En Niños trabajadores: experiencias y reflexiones. Instituto publicaciones, educación y comunicación José Cardijn. Lima. 1988. p.p 66, 67.

298 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia II. p. 22.

299 “Cuando compartimos la experiencia del Movimiento y hablamos de los Delegados, de los Encuentros Nacionales, de los Servicios que los niños han planteado para otros niños, la pregunta no se hace esperar ¿Cómo es eso que los niños tomen decisiones? Pero si los niños no conocen esas cosas, ellos deben jugar, ocuparse de cosas de niños. Pero nos preguntamos en el MANTHOC, ¿quién nos ha dado los roles dentro de la sociedad, diferenciados por sexo, edad? ¿La naturaleza, la cultura occidental? ¿Las culturas de nuestra Costa, Sierra, Selva cómo conciben el rol del hombre, mujer, niño dentro de su comunidad? Esto nos lleva a preguntarnos, ¿realmente qué rol debemos desempeñar?, ¿qué derecho tenemos de quitarle al niño la oportunidad de ser él, el portavoz de sus propios problemas, de ser él, que plantee sus necesidades, lo que quiere, lo que espera, lo que desea? ¿Por qué ese paternalismo con los niños? ¿no estamos reproduciendo el mismo paternalismo que “Países desarrollados” y personas extranjeras asumen frente a “Países subdesarrollados” y sus habitantes cuando les tienen que decir qué hacer con la economía de sus países o que es lo “culto” e “inculto” en una sociedad, etc? Sólo puedo decir que tenemos que repensar mucho cuál es realmente el rol que hombres, mujeres y niños queremos asumir en la sociedad. Particularmente, nuestra experiencia en el MANTHOC nos dice que el niño quiere ser un agente activo: quiere actuar, es más, siente que tiene un compromiso. El quiere ser un niño bien alimentado sí, pero no el niño que lo cuidamos, protegemos, que no le dejamos ver más allá de lo bonito que es el mundo, que no es bonito. A mí me preocupa eso, porque hay que repensar sobre los roles. Me parece que lo primero es preguntar a los niños. Ellos van a reflejar de cierta manera todo lo que han tratado de imponerles la familia, escuela, barrio; pero creo también que poco a poco va a ir surgiendo realmente el rol que ellos desean asumir y que llevará a modificar nuestros roles como adultos; a eso apuesta la acción del movimiento. Uno de los reclamos más sentidos por los niños en el Movimiento es la necesidad de ser escuchados por los adultos sean padres, dirigentes del barrio, maestros; ellos dicen: “No nos escuchan, no reciben lo que podemos aportar”. Op.cit. CHAUCA, Rosalía. p.p

De tal manera, no se pasa de la nula participación a la participación con la CDN. Lo que ha sucedido es que ésta, crea una categoría jurídica que antes no existía en el derecho internacional y que al convertirse en obligación para los Estados, vende la idea de que se inaugura un patrón relacional o un comportamiento para la infancia en la sociedad de tú a tú con el Estado.

2.2.4.1 Desarrollo histórico y político de la Participación: ¿acción espontánea de los Estados y la gobernabilidad global?

Irrefutable resulta plantear, que su imagen de novedad se ancla en su normalización o legalización; que la participación de los NNA como derecho y sólo como derecho sí es bisoña. Fenómeno que nos habla de una paradoja de este reciente principio de la CDN. Puede sonar oneroso, pero la participación del NNA al nivel de un principio nace violada. Es muy difícil olvidar que durante los diez años de la redacción de la CDN, los NNA jamás fueron pensados como consultores de sus requerimientos específicos para la redacción de los derechos, ni mucho menos estuvieron como actores constructores de todo el proceso normativo supranacional como los Estados, las Organizaciones Internacionales No Gubernamentales (OING) y las Organizaciones Intergubernamentales (OIG).

Posiblemente esto sea una manifestación de las maneras y los procedimientos de toda la internacionalización de los derechos del niño en la que constaron por su ausencia tanto en 1924 como en 1959. Sin embargo, este aplazamiento de la voz del NNA, que percatamos en la génesis de la CDN se perpetúa por lo menos diez años a su aprobación e implementación mundial.

Como analizamos en el tópico de la Supervivencia y Desarrollo, la primerísima muestra política de realización de los derechos de los NNA fue la Cumbre por la Infancia de 1990. En esta reunión presionada por Unicef no se atendió el concepto de protección integral, de un todo armónico de los derechos de la infancia, al priorizarse en absoluto la tradición de los derechos sociales tan característico del trabajo de las agencias de cooperación, en demérito de los civiles y políticos. Los millones de NNA afectados por las anatemas del hambre, la guerra y las enfermedades no fueron tomados en cuenta para guiar la demarcación de las metas que escribimos muy arriba. Definitivamente, en el "Plan de acción para la aplicación de la Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño en el decenio de 1990", no "sólo se omite la participación, sino que además 32 de las 33 metas propuestas se refieren a la supervivencia y el desarrollo y sólo una a la protección de los niños en circunstancias especialmente difíciles"³⁰⁰.

Posterior y adyacentemente, con los procesos de reformas legislativas desplegados en Latinoamérica para dar cumplimiento al espíritu de la CDN, del cual aún es deudo Chile, la participación como sostén de este proceso una vez más termina por ser omitida³⁰¹.

68, 69.

300 Op.cit. PILOTTI, Francisco. Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto. p. 51.

301 Menos en el caso de Brasil, que en su reforma legislativa de 1990 que dio a luz el Estatuto del Niño y el Adolescente, contó con la participación del Movimiento Nacional de Niños y Niñas de la Calle (MNMMR). Este movimiento social de niños no fue puesto como ejemplo en el texto principal, porque a diferencia del MANTHOC, surge y se desarrolla cuando ya había en el mundo una euforia de derechos para los NNA. Después del Año Internacional del Niño y en el plena década de redacción de la CDN, en 1985 un grupo de "educadores de todo el país que ya estaban trabajando con niños de la calle crearon el Movimiento tras una reunión nacional a la que asistieron delegaciones de adolescentes en representación de grupos locales. En 1986, unos 600 niños y niñas de la calle de todo el país se reunieron con

Los Códigos de los NNA de cada jurisdicción nacional tienen un pensamiento y pluma adulta que repite las fallas de la redacción del instrumento internacional, al aplazar la participación de la infancia como una base paridora de la nueva codificación de la protección integral³⁰².

Es después de una década de existencia de la CDN que el principio de la participación empieza a ser mirado y percatado institucionalmente; esto es, casi ad portas del siglo XXI se habla de su importancia y relevancia como un derecho.

Tal vez, es en el aparato administrativo de la Unicef donde notan la ilegalidad de los primeros pasos de aplicación de la CDN, cuando el Comité Ejecutivo de esta OIG “aprobó un Plan a Plazo Medio (PPM) para el período 1998-2001[...El PPM planteaba como requisito...] un enfoque holístico que propicie la intervención y participación de los niños y los adolescentes en los procesos de toma de decisiones relativas a sus propias vidas, y establece como prioridad para la acción de UNICEF la intervención de la comunidad, de la sociedad civil y de los niños mismos en el diseño e implementación de las acciones a favor de los niños”³⁰³.

Esta proposición directiva obligó a un viraje en la misión corriente de supervivencia de la primera infancia desplegada por las oficinas de Unicef en el mundo y en su presión, educación y consejo a los Estados para el cumplimiento de los derechos consignados en la CDN. Tras esta situación, el principio de participación se tornó inocultable; lento en su aplicabilidad y respeto, pero en esencia inocultable como un mandato de la CDN.

La gobernabilidad global consciente de su error de los noventa y en respuesta a una preocupación cada vez mayor por la participación de los NNA, habilita, este principio como antesala y en ocasión de la “Sesión Especial en Favor de la Infancia de las Naciones Unidas de 2002”. En primer lugar, rastreando y captando la opinión de casi 40.000 niños de 9 a 18 años de 72 países de Asia Oriental, Central y el Pacífico, Europa, América Latina y el Caribe, un año previo a la Sesión Especial, con una serie de encuestas que tenían como fin servir de insumos y diagnósticos para la discusión internacional sobre lo que pensaban los NNA de sus derechos, expectativas, y necesidades³⁰⁴.

educadores callejeros y definieron los cuatro objetivos principales del Movimiento: “cambiar las leyes que castigan a los niños pobres por ser pobres” “combatir la violencia”, “apoyar y ampliar el Movimiento para una mayor participación de niños y niñas”, y “capacitar a educadores y otros activistas a fin de que adquieran la competencia necesaria y el enfoque apropiado para el trabajo con esos niños y niñas”. Con esos objetivos se estableció el Movimiento, que procura fortalecer los vínculos recíprocos, el apoyo mutuo y los métodos educacionales en dos niveles de organización: 1) los educadores en grupos de nivel local y de los estados, con una coordinación nacional; y 2) grupos de niñas y niños en *Núcleos de Base*, que se reúnen a nivel de municipio, de estado y del país. La reunión nacional se celebra cada tres años; en 2002 congregó a más de 1.000 niños y niñas en Brasilia, capital del país”. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 2003. p. 38.

302 Aunque es posterior al inicio rápido de las codificaciones en Suramérica, este tema se remarca cuando el Comité de los Derechos del Niño, en 2003 en su Observación General N° 5 estimó que una regla necesaria para la aplicación de la CDN es practicar una “consulta significativa” permanente y sistemática con los NNA tanto para los marcos de legislación que cumplan cabalmente con los preceptos de la CDN como en los planes nacionales o estrategias para la aplicación de la CDN. Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. Edición Especial. 2009. p. 10.

303 “Dicho plan se ha conformado en base a lo aprendido en el proceso de implementación del Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia y a lo largo de la serie de ratificaciones, que casi han logrado alcance universal, de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). El desarrollo del PPM ha sido guiado asimismo por la Declaración de Objetivos, adoptada por UNICEF en 1996...”. CROWLEY, Peter. Participación infantil: para una definición del marco conceptual. En Actas del Seminario. Unicef. Bogotá. 1998. p. 9.

304 Los resultados de estas encuestas arrojan los siguientes temas como los que más preocupan a los NNA: 1) La violencia que sufren en sus hogares, sus escuelas y sus vecindarios, 2) La discriminación en sus países de los niños pobres, discapacitados y pertenecientes a los sectores minoritarios de la población, 3) La ansiedad sobre el desempleo y la situación económica, 4) La falta de información acerca de sus derechos, las drogas, el VIH/SIDA y

En segundo lugar, con un evento excepcional: el Foro de la Infancia de 2002. Un encuentro perfeccionador de la Sesión Especial y en el que las decisiones, las opiniones, los debates y las propuestas resaltaron por ser exclusivas de los NNA. Enfatizando, tres días antes de la Sesión Especial, se reunieron alrededor de 400 niños en New York que procedían de más de 150 países para ejercer su derecho a la participación. En el Foro, los “únicos adultos presentes fueron los intérpretes y los facilitadores. Los niños comenzaron reunidos en grupos regionales, estableciendo las normas básicas de respeto recíproco y de “unidad en la diversidad” que iban a regir sus actividades mientras estuvieran reunidos. Seguidamente, se dividieron en grupos para considerar ocho cuestiones clave, a saber: explotación y abuso, medio ambiente, protección contra la guerra, participación infantil, salud, VIH/SIDA, pobreza y educación”³⁰⁵. Derivación de lo charlado en estas mesas y con un grupo votado de NNA en el transcurso del Foro, se redactó una declaración común: “Un mundo apropiado para nosotros”³⁰⁶.

Esta declaración que recogía todas las inquietudes y deseos de los 400 representantes y de la niñez de sus países de origen, terminó por ser leída en la apertura de la Sesión Especial por la boliviana Gabriela Azurduy Arrieta, de 13 años, y el delegado de Mónaco, Audrey Cheynut, de 17 años; algo completamente novedoso, pues ha sido la única vez que niños de carne y hueso estuvieron donde se toman las decisiones políticas que viabilizan sus derechos, y porque además se rompió el protocolo de la democracia directa, al lograrse que estos dos niños ungidos por la participación de otros cientos, hicieran uso de la palabra oficialmente y exigieran a los líderes nacionales: “algo más que sus aplausos, o sus comentarios de ‘bien hecho’ o ‘buen discurso’. Necesitamos ACCIÓN”³⁰⁷.

Con sano criterio, esta medida surgió un tipo de efecto. En el documento “Un mundo apropiado para los niños”, manifiestamente, la participación de los NNA condensada en “Un mundo apropiado para nosotros”, logró apartarse. Si se revisa el texto que

las relaciones sexuales, 5) La necesidad de que los gobiernos otorguen más importancia a la educación de buena calidad, 6) La falta de oportunidades para que los niños den a conocer sus opiniones y participen en la toma de decisiones que afectan sus vidas. Asimismo, las encuestas socializan resultados puntuales sobre su percepción de la democracia: “Dos de cada tres niños en América Latina y el Caribe desconfían parcial o completamente de sus gobiernos y las instituciones conexas. Los niños sienten que esas instituciones no les otorgan ninguna importancia. En Europa y Asia Central, sólo 4 de cada 10 niños creen que las elecciones constituyen una manera eficaz de mejorar la situación de sus países. Menos de una tercera parte de los niños confía en sus gobiernos, y otro tercio de la niñez desconfía de los mismos. Cuando se les pide que mencionen de forma espontánea a personas famosas a las que admiran, sólo 2 de cada 100 niños nombran a un político o a un dirigente político. En Asia Oriental y el Pacífico, apenas un 3% de los niños encuestados mencionó a un presidente o un primer ministro como la persona más admirada. (Aunque Timor-Leste fue una notable excepción, ya que allí la tasa fue de una 21%). En América Latina y el Caribe, la situación es aún más sombría. Muchos de los niños encuestados ni siquiera conocen a los líderes políticos. Un buen número de ellos cree que la situación de su país empeorará en el futuro, en parte porque cree que su gobierno es incapaz de resolver los problemas”. Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 2003. p.p. 50, 51.

305 Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 2003. p. 63.

306 En “Un mundo apropiado para nosotros” resalta el llamado de atención de los NNA a los adultos y a los Estados por cumplir la CDN: “Exigimos una participación equitativa en la lucha por los derechos de los niños y niñas. Y a la vez que prometemos apoyar las acciones que ustedes tomen en nombre de los niños y niñas, les pedimos que se comprometan y apoyen las acciones que nosotros tomamos: porque los niños y niñas del mundo son mal interpretados. Nosotros no somos la fuente de los problemas, somos los recursos que se necesitan para resolverlos. No representamos un gasto, representamos una inversión. No solamente somos gente joven, somos personas y ciudadanos de este mundo. Hasta que otros acepten la responsabilidad que tienen con nosotros, seguiremos luchando por nuestros derechos. Tenemos la voluntad, el conocimiento, la sensibilidad y la dedicación. Prometemos que como adultos defenderemos los derechos de la infancia con la misma pasión que lo estamos haciendo ahora como niños y niñas. Prometemos tratarnos los unos a los otros con dignidad y respeto. Prometemos ser abiertos y sensibles ante nuestras diferencias. Somos los niños y niñas del mundo y a pesar de nuestras diferencias, compartimos la misma realidad. Estamos unidos en nuestra lucha para conseguir que el mundo sea un mejor lugar para todos. Ustedes nos llaman el futuro, pero también somos el presente”. Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 2003. p. 67.

307 Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 2003. p. 1.

vitaliza el compromiso por los derechos de la infancia al 2015, se puede constatar que uno de sus 10 principios es la participación³⁰⁸, y que puntualmente en el Plan de acción se establece en el apartado 32 que:

“Debe facultarse a los niños, incluidos los adolescentes, para que ejerzan su derecho de expresar libremente sus opiniones, de acuerdo con su capacidad en evolución, desarrollar su autoestima y adquirir conocimientos y aptitudes, como los necesarios para la resolución de conflictos, la toma de decisiones y la comunicación con los demás, a fin de hacer frente a los desafíos de la vida. Debe respetarse y fomentarse el derecho de los niños, incluidos los adolescentes, a expresarse libremente, y sus opiniones deben tenerse en cuenta en todos los asuntos que les afecten, dándose la debida importancia a esas opiniones en función de la edad y la madurez de los niños. Es preciso fomentar la energía y la creatividad de los niños y los jóvenes para que puedan tomar parte activa en la configuración de su entorno, la sociedad en que viven y el mundo que van a heredar. Es preciso prestar atención y apoyo a los niños desfavorecidos y marginados, incluidos especialmente los adolescentes, para que puedan acceder a los servicios básicos, desarrollar su autoestima y prepararse para hacerse cargo de su propia vida. Haremos cuanto sea posible por elaborar y aplicar programas para fomentar la genuina participación de los niños, incluidos los adolescentes, en los procesos de adopción de decisiones, incluso en las familias, en las escuelas y en los planos nacional y local”³⁰⁹.

Una postura emitida por los Estados en Naciones Unidas, que viene a recomponer y empezar a sanar la herida a la participación que significó la década del noventa. Quiérase o no aceptarlo, el Foro de la Infancia y la Sesión Especial del 2002 son unos de los más grandes pasos dados por los Estados para impulsar nuevos proyectos, ánimos y compromisos que deriven en realidades políticas para afianzar la participación de los NNA.

Pactos mundiales que van recreando otros similares a nivel regional y nacional, como es el caso del XX Congreso Panamericano del Niño, acaecido en Lima en el 2009, por disposición del Instituto Interamericano del Niño (IIN), ente máximo de discusión de políticas públicas para la infancia en la Organización de los Estados Americanos (OEA)³¹⁰.

Esta experiencia podríamos denominarla como la más reciente apuesta política internacional por validar y promover la participación como principio de los derechos del niño.

308 Punto 9. “Escuchar a los niños y asegurar su participación. Los niños y los adolescentes son ciudadanos valiosos que pueden ayudar a crear un futuro mejor para todos. Debemos respetar su derecho a expresarse y a participar en todos los asuntos que les afecten, según su edad y madurez”. Véase Página Web de Unicef. Documento “Un mundo apropiado para los niños y las niñas”. [Revisado el 10 de abril de 2011]. http://www.unicef.org/lac/Un_mundo_apropiado_para_los_ninos_y_las_ninas.pdf

309 Véase Página Web de Unicef. Documento “Un mundo apropiado para los niños y las niñas”. [Revisado el 10 de abril de 2011]. http://www.unicef.org/lac/Un_mundo_apropiado_para_los_ninos_y_las_ninas.pdf

310 Los Congresos Panamericanos del Niño provienen de la preocupación de los gobernantes de inicios del siglo XX para discutir y optar por soluciones ante las condiciones de la infancia en el continente. Por supuesto, esta autoreflexión de los gobernantes criollos era un contagio de reuniones, foros y congresos que tenían lugar en Europa y Estados Unidos: En “1907, en Bruselas, se realizó un congreso sobre la protección de la primera infancia. A principios de siglo, sesionó en Washington, en 1909, el Congreso Nacional del Niño [...] Para 1912 en Bruselas, sesionó el Primer Congreso de Protección a la Infancia. Y en 1913, por primera vez en América Latina, se realizó el Primer Congreso Nacional del Niño, en Buenos Aires. Para 1915, una asamblea de adherentes a este congreso, solicitó la convocatoria de un Primer Congreso Americano del Niño. Un año después, en Buenos Aires, se realizó el Primer Congreso Panamericano del Niño [...] En 1922, en ocasión de celebrarse el II Congreso Panamericano del Niño, se propuso la creación de la Oficina Internacional Panamericana del Niño con sede en Montevideo, la que se efectivizó en el IV Congreso, con la creación del Instituto Interamericano del Niño. Los Congresos Panamericanos del Niño pasaron a ser un órgano del Instituto y foro permanente del sistema interamericano, al integrarse el IIN a la OEA en 1950”. Congresos Panamericanos del Niño. Serie: Materiales de trabajo. Ifejant. Lima. p.p 9, 10, 11.

Una alianza que valga la verdad, en las Américas tarda siete años en acoger lo que ya se había trabajado en las Naciones Unidas. Como sucedió con los Estados latinoamericanos cuando participaron en la elaboración de la CDN, cabe la posibilidad, que en “Un mundo apropiado para los niños” tampoco estuviesen muy concentrados. Lo suponemos, porque en el Congreso Panamericano que prosiguió a esa fecha, el realizado en el 2004 en la Ciudad de México, el tema central a discutirse, el dossier de las reuniones y debates era nada más y nada menos, que la protección de la familia como base integral de la efectividad de los derechos del niño. Una posición, francamente, tutelarista y retardante de la consideración de sujeto de derechos.

Es hasta mediados de 2007 cuando el IIN desbarata sus antecedentes institucionales de acercarse al NNA en la lógica de objeto de protección, con la emisión de un Plan de acción al 2011 en el que se propone “generar acciones a favor del derecho a la participación y la educación ciudadana en la niñez y la adolescencia”³¹¹. A lo mejor hoy en día ya se naturalizó su papel como institución rectora en la protección de los derechos de los NNA. Sin embargo, es en su seno donde se diseñaron y promovieron las políticas eugenésicas del segundo cuarto del siglo XX, auspiciantes de la importación de gentes europeas para sanear la raza de los NNA mestizos, negros, y mulatos considerados portadores y propagadores del analfabetismo, la pobreza y el subdesarrollo³¹². Sumada a su legitimación de la situación irregular, con el impulso de disposiciones de institucionalización de NNA infractores, abandonados y pobres, con la adherida rehabilitación de sus hábitos y actitudes en aras de alcanzar un futuro mejor en lo económico y político para los adultos³¹³.

Con la nueva postura ejecutiva todo eso queda atrás. Tanto así, que en ocasión de la 83ª Reunión Ordinaria del Consejo Directivo del IIN, en Ottawa, en 2008, se aprueba el temario del XX Congreso Panamericano del Niño, que como sabemos partió de debatir la:

“La participación de niños, niñas y adolescentes en la construcción de la ciudadanía y la incidencia en las políticas públicas”. Adicionalmente, se sanciona la realización primeriza y paralela del “Foro Panamericano de Niños, Niñas y Adolescentes”, un acto emulador del que dio como resultado “Un mundo apropiado para nosotros” a nivel global, pero situado ahora en las coordenadas del sistema interamericano³¹⁴.

311 GIORGI, Víctor. La participación de niños, niñas y adolescentes en la construcción de ciudadanía y la incidencia en las políticas públicas. Documento de Referencia. IIN. p. 3. <http://www.xxcongresopanamericano.org/presentacion/espagnol/documentos/EJE3-participacion.pdf> [revisado el 1 de abril de 2011].

312 Op.cit. Congresos Panamericanos del Niño. p.p. 13-17.

313 Como se dijo en el V Congreso Panamericano realizado en La Habana en 1927: “El Estado tiene la obligación de proteger y cuidar a los niños, en parte para protegerse a sí mismo, y en parte, para dar a ellos oportunidad de desarrollarse normalmente”. Congresos Panamericanos del Niño. p. 21.

314 En el “Primer Foro Panamericano de Niños, Niñas y Adolescentes” participaron 22 delegados de: Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Jamaica, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía, San Vicente y Granadinas, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Ellos al final del XX Congreso Panamericano emitieron un conjunto de recomendaciones sumadas a las de los expertos invitados, y la sociedad civil para guiar una adecuada consistencia de la participación en las Américas. En documento de recomendaciones sobresale la siguiente introducción: “Los adultos deben olvidar la idea de que los niños, niñas y adolescentes tenemos dificultades para expresarnos, no somos capaces de crear cosas productivas, y no manejamos los conocimientos suficientes como para participar. Por lo tanto solo nos imponen, en vez de promover o estimular nuestra participación”. Al igual que la idea de la institucionalización de la participación: “Se debe conformar Consejos Consultivos a nivel local, regional, nacional e Interamericano para que incorpore las palabras, opiniones, necesidades y propuestas de niños, niñas y adolescentes incluyendo a quienes tienen habilidades y necesidades especiales, en la construcción e implementación de políticas públicas a ser ejecutadas por las máximas autoridades”. Las recomendaciones completas de los NNA se pueden leer en: Página Web XX Congreso Panamericano del Niño. Documento “Recomendaciones Finales del Primer Foro Panamericano de Niños, Niñas y Adolescentes. [Revisado el 1 de abril de 2011]. <http://www.xxcongresopanamericano.org/presentacion/>

Vale señalar, como un hecho positivo, el reconocimiento a la importancia de la participación, como acción calibradora de la democracia, que convienen los Estados en la resolución final del Congreso Panamericano; enunciación totalmente nueva por estos lares³¹⁵.

En esa misma expresión final, se tantean dos recomendaciones finales que pueden servir para guiar en los próximos años, o por lo menos de aquí a la nueva reunión regional sobre infancia, resultados concretos y favorables al principio de la participación:

“8. Exhortar a los Estados Miembros a promover la participación de los niños, niñas y adolescentes en la implementación efectiva de planes, programas y proyectos en los temas que les conciernen cotidianamente.

10. Instar a los Estados Miembros que a través del Consejo Directivo se institucionalice el Foro Panamericano como un espacio de participación de niñas, niños y adolescentes en los Congresos Panamericanos del Niño, la Niña y Adolescentes”³¹⁶.

Estos puntos dejan ver que una forma sólida de proteger la participación de los NNA es institucionalizándola en planes, programas y proyectos como elemento preconstitutivo de los mismos. Dan un nuevo aire al principio, así sean de momento una expresión semántica. Ya el hecho de pedir continuidad, protagonismo y sistematicidad a eventos como el “Foro Panamericano del Niño, las Niñas y Adolescentes”, es una afrenta a la tradición que presentamos del IIN, a los aplazamientos comunes de la convivencia de ideas adultas y de NNA en un mismo lugar, y a la realización de grandes acontecimientos de NNA, con publicidad y pirotecnia, que al final no desteejen ninguna fibra adultocentrista³¹⁷.

Basándonos en todo lo propuesto: el nacimiento dañado de la participación, su moratoria y su recién estrenada discusión y realización progresiva. Sería poco descabellado sugerir que la participación como principio de la CDN hasta ahora y muy recientemente está en la agenda pública. Es con el inicio de este siglo que se vuelve notoria y en cierto caso obligatoria. Como en la mayoría de casos y en similitud a la historia del principio de supervivencia y desarrollo, tanta atención no es causa directa de su legalidad, sino de los beneficios que rinde y los peligros que se palpitan con su omisión.

[espanol/recomendaciones/Recomendaciones_Foro.pdf](#)

315 “...las diferentes modalidades de participación infantil y adolescente contribuyen al fortalecimiento de la democracia y constituyen un factor decisivo para estructurar sistemas nacionales, estatales y/o locales, según corresponda, de protección integral basados en la realización de sus derechos como seres humanos”. Página Web XX Congreso Panamericano del Niño. “Resolución N°1 Congreso Panamericano del Niño. [Revisado el 1 de abril de 2011]. <http://www.xxcongresopanamericano.org/presentacion/espanol/resoluciones/Resolucion1.pdf>

316 Página Web XX Congreso Panamericano del Niño. “Resolución N°1 Congreso Panamericano del Niño. [Revisado el 1 de abril de 2011]. <http://www.xxcongresopanamericano.org/presentacion/espanol/resoluciones/Resolucion1.pdf>

317 Esta medida de institucionalizar es un proceso que recién comienza y que también trae discusiones sobre su importancia. ¿Se realizan para confundir emisión de política pública con efectividad del derecho? El Foro Panamericano, como lo fue en su momento el Foro de la Infancia de 2002, son muy importantes porque desde el germen supranacional se va validando el derecho. Pero son ineficaces, o pierden valía absoluta si la participación del NNA es figurativa cuando su opinión es desechada de tajo. En esto la Resolución final del Congreso Panamericano peca terriblemente cuando dice que los Estados tomen en cuenta las recomendaciones de los expertos y ni siquiera mencionan las construidas por los NNA en el Foro: “Tomar nota de las recomendaciones sugeridas por los grupos de diálogo del XX Congreso Panamericano del Niño, la Niña y Adolescentes así como de las recomendaciones surgidas del Foro con la sociedad civil a los efectos de avanzar en la conjunción de acciones de defensa y protección de Derechos de los niños, niñas y adolescentes”. Página Web XX Congreso Panamericano del Niño. “Resolución N°1 Congreso Panamericano del Niño. [Revisado el 1 de abril de 2011]. <http://www.xxcongresopanamericano.org/presentacion/espanol/resoluciones/Resolucion1.pdf>

Se ha advertido que una sociedad sin participación de las generaciones pequeñas y emergentes se arriesga a ser irreflexiva e irresponsable en el mañana³¹⁸. Igualmente, que es “muy probable que estos niños actúen de la misma manera que se les ha tratado –es decir, como marginados de la sociedad– y dirijan sus energías y creatividad hacia determinadas subculturas en lugar de ponerlas al servicio de la creación de una sociedad unida”³¹⁹.

Pareciera entonces que la emergencia de las preocupaciones por la participación obedece a frenar posibles autoritarismos mayores que los del presente. O a impedir preventivamente, revoluciones, desordenes sociales, rebeliones y desacomodos bruscos al status quo.

Esta suposición tiene asidero. No es descabellada, pues el inicio del respaldo institucional a la participación de los NNA, coincide con la segunda globalización que sugiere el Banco Mundial para que los ajustes fiscales, la inversión extranjera y la redistribución de los capitales de la cooperación internacional funcionen. En ella se indican medidas institucionales consideradas como inaplazables para el desarrollo: empezar a darle validez a los temas de género, a la participación, al empoderamiento, al liderazgo alternativo, etc; tan sepultados en la aplicación del Consenso de Washington³²⁰.

Este contexto ayuda a responder, por qué en los años recientes la participación de los NNA tomó cierto vuelo en las estrategias y programas promovidos por el Banco Mundial y muchas OIG y OING: porque se habituó como doxa, como creencia, como requisito incluir al destinatario de los proyectos en las decisiones, con la intención real de evitar mayores gastos, obtener eficiencia y sostenibilidad a largo plazo en su aplicación³²¹. Factor decisivo de seguridad, de acción compensatoria con los derechos y de estabilidad en la región donde se desarrolle una inversión social.

318 La participación tiene “costos directos y costos de oportunidad. Los conocimientos prácticos para la participación deben aprenderse y practicarse teniendo en cuenta los costos a medio y largo plazo que para una sociedad tiene el no facilitar la participación: un mundo de adultos jóvenes que no saben expresarse, negociar diferencias, entablar un diálogo constructivo o responsabilizarse de sí mismos, su familia, su comunidad y su sociedad”. Op.cit. Unicef. Estado Mundial de la Infancia. 2003. p. 4.

319 Op.cit. Unicef. Estado Mundial de la Infancia. 2003. p. 10.

320 El Banco Mundial desde los noventa es uno de los principales promotores de la participación comunitaria como base del éxito de cualquier proyecto social; en concreto: “el Banco Mundial publicó en 1996 un libro “maestro” sobre participación. Señala que presenta “la nueva dirección que el Banco está tomando en apoyo de la participación”, y resalta que “la gente afectada por intervenciones para el desarrollo debe ser incluida en los procesos de decisión”. Su Departamento de Políticas preparó estrategias y un Plan de Acción a largo plazo en donde se formulan lineamientos muy concretos. Entre ellos, que el Banco fortalecerá las iniciativas de los prestatarios que fomenten la incorporación de los métodos participativos en el desarrollo, que la participación de la comunidad será un aspecto explícito del diálogo con el país y de las Estrategias de Ayuda al país, y que el Banco fomentará y financiará asistencia técnica que fortalezca el involucramiento de la gente de escasos recursos y otros afectados por el proyecto”. KLISBERG, Bernardo. Seis tesis no convencionales sobre participación. Centro de documentación en políticas sociales, documentos/18. Documento presentado en el marco de Buenos Aires *Sin Fronteras*. Un espacio para el diálogo. Buenos Aires. 1999. p. 5.

321 El Banco Mundial considera que la participación es un mecanismo organizacional útil para optimizar el desarrollo y no desperdiciar recursos invertidos para el alcance de ese logro. Dice Klisberg: “Según enseña la experiencia concreta, promover y poner en marcha modelos participativos genuinos, significa en definitiva gerenciar con excelencia. La participación da resultados muy superiores en el campo social a otros modelos organizacionales de corte tradicional como los burocráticos y los paternalistas. Uno de los estudios cercanos más significativos al respecto es el llevado a cabo por el Banco Mundial sobre 121 proyectos de dotación de agua potable a zonas rurales llevados a cabo en 49 países de Asia, África y América Latina (1994), (1995). Los proyectos estaban apoyados por 18 agencias internacionales. La investigación recogió data sistemática sobre dichos proyectos, y realizó análisis cuantitativos y análisis cualitativos comparativos entre ellos. Al mismo tiempo efectuó exámenes de la evolución de los proyectos durante períodos en algunos casos superiores a diez años [...]En los proyectos con baja participación sólo el 3% tuvieron alta efectividad mientras en los proyectos con mediana participación el 31% tuvo alta efectividad, es decir, se multiplicó por 10 la efectividad. En los proyectos con alta participación la efectividad llega a su tope, el 81% de

Mirando así la historia formal e informal del principio de la participación, es una obligación indispensable acentuar que es un derecho pactado y consignado en la CDN; un acuerdo de la tríada Estado-Sociedad-Infancia. Verlo de otra manera, al estilo de un requisito gerencial, es una distorsión que conlleva a cualquier cosa, menos a proteger la humanidad del sujeto infanto-adolescente. Su promoción, verbalización, preocupación y atención, siguiendo el fundamento legal y ético de los derechos humanos, siempre debe ser resultado del respeto a la integralidad del pensamiento que subyace en la CDN.

2.2.4.2 Un análisis del artículo 12: en busca de una definición de la participación

Por ahora y para evitar más vueltas. Y además caer en juegos definitorios sobre la participación que nos pueden alejar de la contenida en la CDN. Es preciso entrar en materia y analizarla, más aún cuando “hablar de la participación a secas, deja abierto un espacio, no sólo conceptual, a generalidades que muy bien pueden formalmente condecirse con formas instrumentalizantes de la presencia o acción de los niños e incapaz de alterar una estructura adultista...” en la escuela, la familia y la vida pública³²².

En sí, la participación como principio se encuentra en el artículo 12 de la CDN, el cual reza de la siguiente forma:

*“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y la madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.*

Al igual que el principio del ISN, el ubicado en el punto 12, tiene una complejidad mayúscula. Se tiene que leer con lupa y desarmando sus partes para poder dar una idea de lo que significa la participación de la CDN. Quedarse en una interpretación rápida, típica de su lectura en voz alta, trae consigo un posible comentario negativo sobre la participación legalizada del NNA como gradual, esporádica y discrecional al adulto. Por tal razón, detengámonos a analizar e interpretar su literalidad y lo que nos ofrece:

- **La participación es una inferencia:** Salta a la vista, que la palabra participación no es legible por ningún lado en el artículo 12. Ese término “sólo aparece literalmente en la Convención en su artículo 31 y tan sólo restringido a la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento”³²³. Razón que sostiene en los textos de Unicef el principio del artículo 12: como el principio al “respeto por la opinión del niño”³²⁴. Pese a esto, la participación es una categoría

los proyectos tuvieron alta efectividad. El grado de efectividad alcanzada multiplica por 27 al obtenido en los de baja participación, y por 2,6 al de los proyectos con mediana participación”. Ibid. p.p 7, 8.

322 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia I. p. 59.

323 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia I. p. 72.

324 Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. Edición Especial. p. 9.

implícita al artículo 12, que a pesar de su lenguaje vago, la captamos por medio de una “inferencia y una hermenéutica sistemática para colegir que sí, la Convención reconoce el derecho de los niños a participar”³²⁵. Y en qué se sostiene esa hermenéutica aseguradora de la participación. Primeramente, en su significado sociolingüístico. La opinión es un “parecer o apreciación sobre una cuestión o particular determinados”³²⁶, y tal juicio tiene una evocación social. No se da en el vacío para su constitución ni tampoco para su expresión: tiene un contexto, interacción y personajes antepuestos y ulteriores. Por ello, es que la opinión se propone como consecuencia la participación, precisada como la “entrada en alguna situación social definida identificándose con ella por medio de la comunicación o de la actividad común”³²⁷; o sea, del encuentro y el ejercicio de opiniones.

Seguidamente, el artículo 12 denota el principio a la participación, porque creemos, deriva y conjuga para la infancia la libertad de opinión y el derecho político por excelencia de los adultos: el derecho a participar de la cuestión pública y el sufragio universal. Si partimos de que los derechos del niño son derechos específicos, a saber, derechos reforzados sobre todos los existentes en la Declaración Universal de los Derechos Humanos para grupos poblaciones violentados y con demandas especiales de protección. Es coherente esta conjetura.

Véase que en los artículos 19 y 21 de la Declaración de 1948 se menciona por separado la opinión de la persona humana, luego su libertad de “participar en el gobierno de su país, directamente, o por medio de representantes libremente escogidos” y al final la libertad del voto³²⁸.

Estos derechos se adaptan a los NNA según el concepto del modelo democrático imperante. Y estamos al corriente, que en la democracia indirecta los seres humanos participan de la constitución del poder público, a través del voto, que es una validación legal de la opinión individual. Eso que se define como un poder ascendente del sujeto individual, que consolida la democracia y el poder institucional³²⁹.

Al ser imposible, en una democracia representativa contar con la plenitud del derecho político del niño por una mirada vieja del derecho natural que dicta y ha resaltado que solamente los adultos pueden hacer uso de sus derechos políticos, en cuanto, los NNA son sujetos en evolución y sin plena racionalidad,

325 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia II, p 23.

326 Diccionario de sociología. Fondo de Cultura Económica. México. 1987. p. 206.

327 Ibid. p. 211.

328 Concretamente los artículos dicen: “Artículo 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Artículo 21: “1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente, o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.

329 “La historia y el futuro de la democracia tiene su norte en el pasaje de la exclusión a la inclusión, en la transformación del poder de un movimiento que va de arriba hacia abajo en un movimiento que va de abajo hacia arriba, es decir, en la extensión de la base social del ejercicio y de la legitimación de las decisiones tomadas en nombre colectivo”. BARATTA, Alessandro. Infancia y democracia. En Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Compiladores Emilio García Méndez-Mary Beloff. Editorial Temis. Bogotá. 1998. p. 44.

al momento de especificarlos en la CDN, se hizo necesario concebirllos con cuestas arribas para los NNA³³⁰.

Todo por el supuesto que vivía el derecho desde el corpus juris romano³³¹. Y ante esa discusión antiquísima, el derecho internacional no fue capaz de sobrepasar esa mirada. Lo que no quiere decir, que evitara especificar los derechos políticos de los seres humanos adultos a los seres humanos infanto-adolescentes.

Los pactadores en tripartita de la CDN partieron de tres coexistentes condiciones y desafíos para la definición del principio de la participación: 1) los NNA no tenían mandato previo, pues antes de 1989 ni siquiera era valorada jurídicamente su subjetividad, autonomía y opinión; razón que dio vía libre a los Estados a facultar a la infancia derechos políticos confusos, complicados, con condiciones restrictivas que dejan ver una obvia factura adulta³³². 2) Al ser los derechos específicos una relectura y una ratificación nueva de los derechos humanos generales al modo de vida de un sujeto; era una imposible evadir los derechos políticos completamente, a pesar de la valoración negativa de las capacidades del NNA, puesto que ello, daría una discusión reactiva a la CDN como un instrumento incompleto, leve, miope de la calidad integral de los derechos humanos y sus principios básicos. Esto nos da pistas del por qué existiendo una rutina histórica de silencio en el NNA se le diera ese beneficio de la participación. 3) Los derechos humanos tiene en el centro de su epistemología: la dignidad, la justicia y la democracia. Haber creado los derechos del niño con las implicancias de una Convención, sin tener como destino el mejoramiento de la democracia, a lo mejor, podría ser un boleto a la implosión de la CDN. Es por ello, que si en una democracia representativa los NNA carecen de voto y tienen como absurdo generar un mandato de poder por esa facultad, era menester, que se abriera en el texto de la CDN una vía para que lo pudieran expresar: de ahí, que cuando el artículo 12 señala que la opinión deberá ser tomada en cuenta o escuchada, le esté abriendo un canal democrático al NNA para incidir en lo privado, público y gubernamental.

- **Aparición inaugural del NNA como sujeto democrático:** Es sobresaliente el principio a la participación en todo lo que tiene que ver con la vida democrática del NNA. Antes de que fuese pactado el derecho a la opinión del NNA, la infancia vivió en una larguísima mudez y sigilo; sus pensamientos y sentimientos estaban condenados al encierro, al punto, que ante cualquier

330 "...la exclusión de los niños del pacto social en la actualidad se da como una exclusión explícita y programada del pacto social de la modernidad: una exclusión del ejercicio de la ciudadanía que no solo es de hecho sino también de derecho. Los niños y los adolescentes, como todos los seres humanos, tienen acceso a los derechos civiles y de libertad, según lo establecido en las declaraciones de derechos humanos. No obstante, ellos no son parte contratante del pacto, no tienen ni la facultad, ni la obligación natural de serlo. Esto resulta, claramente, de la diferenciación entre seres racionales e irracionales, que constituye un fundamento ontológico y ético de las teorías del derecho natural y del contractualismo en la modernidad: por un lado están los adultos y por el otro, los niños y los animales. Todos los seres vivientes, o todos los entes, en cuanto centro de vida y de existencia son centros de valor, pero solamente los seres humanos adultos son personas sujeto del ordenamiento jurídico y moral. Los niños pueden encontrar protección en el estado civil, producto del pacto social, pero no forman parte de él. Aquello que para todas las personas excluidas del pacto parece ser una contradicción, para los niños es una situación normal, pero que los excluye del pleno ejercicio de los derechos de ciudadanía. El camino de los derechos que tiene los niños hasta su reconocimiento es más largo que el de los otros sujetos excluidos del pacto social moderno". Ibid. p. 44.

331 Los menores de siete años en la tradición del derecho romano, eran considerados como absolutamente incapaces y sus actos eran equiparados a los de los animales. Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p. 247.

332 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia I. p. 120.

opinión infantil era legal y aceptada socialmente la violencia como mecanismo de represión, dominio y retorno a la existencia silente.

Que al NNA se le silenciara y se le habituara a ello, implicó, invisibilizar su ausencia de la democracia y de cualquier pacto de derechos. Justamente, porque la “democracia ha estado históricamente ligada a la capacidad del ejercicio del lenguaje, a la conformación del discurso racional y fundamentado. Es decir, quien careciera de capacidad social y política de hablar, de formular discurso audible socialmente y reconocido políticamente, no podía ser considerado ciudadano”³³³.

La opinión ha sido y es el soporte de la democracia y de los derechos que definen al ciudadano. Estas categorías propias de la ciencia política, tienen como base la capacidad de hablar, de hacer audible un discurso. Todo esto viene y es evidente en la misma creación de los derechos humanos. Si tomamos como ejemplo, la postura de reclamo de los nobles ingleses ante Juan sin Tierra en 1215, que derivó en la Magna Carta Libertatum, es fácil detenerse a ver que los súbditos del absolutismo, fueron capaces de desarrollar un discurso que sumó voluntades y venció la posición del gobernante en un definitivo pacto, acuerdo o consenso.

En el caso de los NNA y sus derechos la cuestión de la comunicación es totalmente diferente; su efímero uso del lenguaje no les dio cupo en la democracia. La conceptualización de seres sin voz propia, permitió, que se hablara en su nombre y en su representación; lo que de otro modo, evitó sus calidades para realizar un pacto de distribución de poder.

Con la aparición del artículo 12 y el principio a la participación se da un revolcón a ese pensamiento. Pues, si sólo puede ser sujeto de derechos, el que tiene permitida la usanza del lenguaje, cuando se proclama la CDN y el derecho a la opinión se registra un gran avance para el inicio de esa empresa para los NNA.

De ahí, que consideremos como importantes las posibilidades que brinda el principio a la participación. En un primer momento, porque plantea una resignificación del concepto etimológico de *in-fans* que tanto ha invalidado al NNA en la cultura democrática³³⁴.

Y en un segundo momento, debido a que al reconocérsele y pactársele el derecho a la opinión, que tiene añadida la característica de un principio para regular la relación Estado-Sociedad-Infancia, se le está dando, así en el texto existan trabas, la facultad de vivir al NNA como un ciudadano.

Condición desencadenante de la exigibilidad de los derechos, o de su vigilancia, en la medida que el NNA esté participando de las políticas públicas, proyectos y decisiones privadas en el ejercicio del artículo 12. Lo que convierte

333 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia II, p. 30.

334 “En el caso de los niños; la etimología misma vendría a explicar su exclusión de la ciudadanía. En efecto, *in-fans* significa el que no habla, el que carece de voz propia y por ende requerido de que se le preste voz, que se le presente, se hable en nombre de él aunque ignore lo que en su nombre se diga; despojado de la palabra, deviene en mutilado social y político, minusválido en la cultura democrática y negado para la participación ciudadana”. Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia II, p. 30.

a la participación en “un principio director clave, un derecho “facilitador”, es decir que su cumplimiento contribuye a asegurar el cumplimiento de todos los demás derechos. No es solamente un medio para llegar a un fin, ni tampoco simplemente un “proceso”: es un derecho civil y político básico para todos los niños y, por lo tanto, es también un fin en sí mismo”³³⁵.

Asimismo, el principio de participación con tan pocos años de vida, deja una puerta abierta: quién sabe, sirva como plataforma para un nuevo diseño y pacto de derechos, ahora que es legal la voz pública del NNA. Unos derechos que tengan el respaldo de sus interesados más directos: los propios NNA.

- **El texto del artículo 12 recompromete al Estado y a la sociedad:** La aparición del “garantizarán” no es poca cosa en las letras del artículo 12. Es un llamado de atención al Estado y a la sociedad a tener presente, que los contenidos de la CDN son de obligatorio cumplimiento³³⁶.

Sinceramente, esa expresión pactada exige que la participación se oficialice, es decir, que se convierta en una práctica legal de carácter sistemático y permanente. Lo que se traduce en que el Estado emprenda la elaboración de medidas apropiadas para asegurar el disfrute de ese derecho en todas las situaciones que tienen que ver con el NNA. Es por esto, que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que son “obligaciones claves” para los Estados partes de la CDN: “Brindar al niño el apoyo necesario para permitirle expresar sus opiniones” y “Brindar al niño retroalimentación sobre cómo se le ha dado el debido peso a sus opiniones”³³⁷.

El apoyo necesario que señala el Comité, no es otra cosa que la exigencia de reglamentación en la política pública, en las relaciones escolares y familiares, en el cuidado de la salud, en la educación, en el juego y la recreación, en el trabajo, en la investigación académica, en todos los niveles de la comunidad, en las situaciones de violencia, en el sistema judicial juvenil, en los procedimientos de colocación, de adopción e inmigración: de la consideración efectiva y vitalicia de la participación del NNA³³⁸. Sin la participación del NNA se recrea cierta ilegalidad en el transcurso de esas acciones y contextos.

De momento, el Comité de los Derechos del Niño ha brindado sugerencias y estrategias para que la obligatoriedad de la participación sea respetada, o garantizada. Entre las más importantes, como un cuasi manual para el Estado y el mundo adulto se cuentan:

335 Op.cit. CROWLEY, Peter. p. 9.

336 Sobre todo porque “Garantizarán” es un término jurídico de especial firmeza, que no deja margen a la discreción de los Estados partes. Por consiguiente, los Estados partes tienen la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños”. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. 51° período de sesiones. p. 9.

337 Borrador del Comentario General 12. Diciembre de 2007. En Documento. Curso de Especialización: “Participación protagónica como derecho humano de niños, niñas, adolescentes y jóvenes”. Ifejant. Lima 2009. p. 9.

338 Todos esos contextos a ser normados con el principio de participación. Se encuentran desarrollados y explicados a cada una de esas situaciones en el apartado “VII Implementación del Artículo 12 en diferentes contextos”. Ibid. p.p 11-21.

- a) la promoción de “un clima social que conduzca a la participación del niño para cambiar actitudes culturales y tradicionales negativas que impiden el reconocimiento de los derechos participativos del niño”³³⁹.
- b) la designación en Estado de “qué autoridad tiene responsabilidad clave en la implementación de los derechos del niño y que aseguren que esta entidad establezca contacto directo con las organizaciones infantiles y juveniles, con vistas a desarrollar e implementar una participación significativa y efectiva de los niños en todas las acciones tomadas por los gobiernos...”³⁴⁰.
- c) la revisión de “todas las leyes domésticas, reglamentos e instrucciones administrativas [que] deben ser examinadas y reformadas según sea necesario para asegurar que el artículo 12 se refleje adecuadamente en la legislación que se aplique a todos los aspectos de las vidas de los niños”³⁴¹.
- d) la institucionalización de la participación, para “trasladarse de un enfoque a la consulta con niños basado en eventos, en el cual los niños meramente están involucrados en reuniones, conferencias y otros eventos que se dan muy esporádicamente, hacia la inclusión sistemática de la participación de los niños en la creación de políticas. Se deben introducir mecanismos para institucionalizar la participación del niño en todos los niveles de la toma de decisiones relevantes del gobierno, incluyendo reformas legislativas, creación de políticas, planificación, recolección de datos y colocación de recursos”³⁴².
- e) el establecimiento de “instituciones independientes de derechos humanos o comisionados y defensorías de los niños en todos los Estados con recursos adecuados y mandatos claros y efectivos [...] estas juegan un rol clave en la promoción de respeto a las opiniones de los niños y deben garantizar que tengan contacto directo con los niños y les brinden oportunidades apropiadas para elevar sus inquietudes”³⁴³.
- f) la promoción de una nueva cultura de adultez mediante la enseñanza; ya que “el entrenamiento sobre el Artículo 12, y su aplicación en la práctica, debe ser brindado a todos los profesionales que trabajen con niños, incluyendo abogados, jueces, policías, trabajadores sociales, trabajadores comunitarios, psicólogos, encargados de brindar salud, oficiales de residencia y prisión, maestros en todos los niveles del sistema educativo, doctores, enfermeras y otros profesionales de la salud, sirvientes civiles y oficiales públicos y líderes religiosos”³⁴⁴.

De la aplicación a cabalidad de estas pautas, podría depender, la interpretación correcta del “garantizarán” y por añadidura, la atención de la orden que da su impresión en la CDN sobre el principio de participación.

- **El artículo 12 y la interdependencia con los otros principios:** De entrada advertimos que sin la participación son completamente ineficaces la No Discriminación, el ISN y la supervivencia y desarrollo. Obviamente, porque esos principios con la carencia de la participación, no alcanzan plenitud en

339 Ibid. p. 9.

340 Ibid. p. 9.

341 Ibid. p. 9.

342 Ibid. p. 10.

343 Ibid. p. 10.

344 Ibid. p. 11.

el paradigma de la protección integral, y a la hora de aplicarse en una política pública y en un proyecto de infancia dejan ver una fractura legal de ese modelo de pensamiento jurídico.

Al respecto, es interesante percatar, que la participación junto a los principios generales del derecho más básicos, como la humanidad, la legalidad, el debido proceso, etc; fundan la categoría del sujeto de derechos y rompen la comprensión de objeto de protección de la situación irregular. El NNA ahora tiene voz, opinión, expectativas, sentimientos que pueden conocerse, cada vez que hablen. Es decir, es un sujeto integral de derechos.

Desechar la participación, implicaría un retorno al tutelarismo jurídico. Y a pesar de la existencia, de la no discriminación, el ISN y la supervivencia y desarrollo, estos principios se volverían de suministro del Estado y la sociedad sin la presencia del NNA. En esa lógica, la No discriminación consistiría, banalmente, en evitar la ausencia de un tipo de infancia en una política pública. El ISN, en la visión equivocada y reducida de verlo como la primacía de ciertos derechos sin restricciones en su léxico, promovería el bienestar del NNA en conexión a un grupo de derechos sociales. Y la supervivencia y desarrollo, seguiría el mismo patrón: la protección de los derechos de educación, salud, vivienda, etc.

Sin embargo, la participación tiene vida jurídica y ello no puede desconocerse, como tampoco la dinámica de los principios de interpretación que heredan los derechos específicos; en particular, el de la interdependencia.

Súmelese a ello, una considerable curiosidad: la participación integra y actúa en los tres primeros principios; es un componente de ellos. De ahí, la afirmación con la que iniciamos este acápite. Si se vulnera la participación, de paso, se está vulnerando a la no discriminación, el ISN, y la supervivencia y desarrollo; se les convierte en principios ineficaces.

Primero, en razón de que la No discriminación no tiene que ver únicamente con que las políticas públicas tengan en cuenta, o lleguen a todas las infancias para el ejercicio de sus derechos. En una especie de condición de beneficiarios. La No discriminación supone que a ningún niño se le aplace un derecho, incluyendo el del artículo 12: su opinión; un derecho de temple político, un derecho hacedor de derechos.

En este sentido, toda política pública y relación social con los NNA, debe tomar en cuenta su participación, caso contrario se le estaría discriminando, apartando, violentando y recreando una hermenéutica jurídica ilegal. Lo que nos da a entender que la opinión, termina por considerarse en la implementación de todos los demás derechos; apareciendo como el primer derecho con exigencia de garantizarse³⁴⁵.

Ahora bien, en ese proceso la participación debe evitar masificaciones sin pretexto. ¿Por qué planteamos esto? Primordialmente, porque no se trata que

345 "El artículo 12 establece como principio general que los Estados partes deben esforzarse en lograr que la interpretación y la observancia de todos los demás derechos incluidos en la Convención estén guiados por lo que ese artículo dispone". Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 8.

en temas y vivencias específicas de una infancia participe cualquier NNA para su protección, alegándose una garantía de ese derecho de parte de un organismo público. Lo ideal es que lo haga la infancia sobre la que se dialoga o se piensa la política pública; por ejemplo, en el caso de políticas de prevención del reclutamiento forzado a NNA en Colombia, lo lógico es que participaran en su producción NNA excombatientes de grupos armados ilegales.

Por lo tanto, la relación de la No Discriminación y el artículo 12, nos dice que se debe asegurar la participación de todos los NNA en temas generales, de interés conjunto, y a las infancias particulares en los temas específicos a ellos. Por supuesto, sin ser rígidos, porque en lo general habita también lo particular.

En segundo lugar, el ISN, tiene una relación profunda con la participación. Básicamente por dos cosas en conexión: a) vimos que el ISN era un “derecho procesal que obliga a los Estados partes a introducir disposiciones en el proceso de adopción de medidas para garantizar que se tenga en consideración el interés superior del niño”³⁴⁶. Es decir, es un derecho procedimental dado para la vigilancia, el equilibrio y la efectividad, en la medida de lo posible, de todos los derechos de un NNA en un contexto determinado. Esa es la tasa o el equivalente de lo superior para toda acción pública o privada: el estado de salud y vigencia de sus derechos, entre los cuales también está el artículo 12³⁴⁷. b) poner en marcha la participación, ayuda a superar la discrecionalidad adulta de bienestar y a finiquitar que nadie está mejor capacitado para definir sus propios intereses que los mismos NNA, en compañía y colaboración de los adultos³⁴⁸.

Como se percata, “no existe tensión entre los artículos 3 y 12, sino solamente complementariedad entre los dos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida”³⁴⁹.

Por último, la supervivencia y desarrollo, como se explicó mucho antes, trae impuesta por la CDN una concepción holística. El ejercicio del artículo 12 y la “progresión gradual de los niños hacia una mayor participación en las decisiones que les conciernen contribuye al desarrollo de su personalidad, talentos, habilidad mental, entendimiento de los derechos y libertades humanas, respeto de los valores nacionales de las otras culturas...”³⁵⁰. Por ello, anular la participación y creer que la supervivencia y desarrollo sigue un buen curso sin la acción del NNA, es un craso error.

346 Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 19.

347 Así, la CDN, “obliga a los Estado partes a garantizar que los responsables de adoptar esas medidas escuchen al niño conforme a lo estipulado en el artículo 12. Esta disposición es obligatoria”. Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 19.

348 “la consideración de las opiniones del niño debe ser parte integral al determinar los mejores intereses del niño”. Op.cit. Borrador del Comentario General 12. Diciembre de 2007. p. 7.

349 Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 19.

350 Op.cit. Borrador del Comentario General 12. Diciembre de 2007. p. 7.

- **El juicio propio y la opinión no son verbalidad:** Siguiendo la escritura del artículo 12, pareciera que tienen derecho a la opinión los NNA capaces de demostrar y formarse juicios propios. Que existe ya una restricción tajante en el ejercicio de ese derecho.

No obstante, el Comité de los Derechos del Niño ha expresado que estos “términos nos deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde probar primero al niño que tiene esa capacidad”³⁵¹.

Aunque la propuesta del Comité es alentadora, le falta todavía estentor para afirmar la obligatoriedad del artículo 12. Lo decimos, porque la apertura del principio de la participación es débil cuando se le exprime en lo académico y en la interpretación jurídica. Para empezar, sugerir que el Estado y la sociedad garantizarán al NNA con juicio propio el derecho a la opinión, abre un panorama de discriminaciones para los NNA dictaminados como desprovistos, faltos o mermados de juicios; una violación desde donde se le mire al principio de No Discriminación, ya que, con o sin juicio, su condición existencial es infanto-adolescente.

Por otra parte, la consideración de un juicio propio ni en los adultos aplica; muchísimo menos en una sociedad informática, adicta a los medios de comunicación y a los lenguajes audiovisuales³⁵². Según, “Sartori, por ejemplo, el “homo videns” implica un retroceso en el desarrollo de la especie pues el lenguaje audiovisual deteriora la capacidad reflexiva y los márgenes de libertad. De otro lado, Bourdieu piensa que el “fast-thinking”, el pensamiento estereotipado y superficial, es un correlato necesario del desarrollo de la televisión pues su urgencia por producir entretenimiento conspira contra la reflexividad. Entonces la televisión se limita a dar vueltas en torno a los lugares comunes de manera que socava la crítica y el pensamiento creativo”³⁵³.

En esa perspectiva, el juicio propio es una rareza. Como lo es también su dictamen. En lo corriente, un juicio se evalúa por dos aspectos: a) su sonoridad, que se sostiene en una emisión lingüística ordenada. Lo que, engañosamente, da a entender que la primera infancia está absuelta de la opinión, a menos que desarrollase lenguaje oral, capaz de oírse.

Sin embargo, no todos los NNA hablan o se expresan en la acústica, ya sea por su edad, o por algún tipo de discapacidad. Algo que no puede llevarnos

351 Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 9.

352 “...si antes lo central de la “educación sentimental” pasaba por la familia, las aulas y los textos escritos; en la actualidad, lo audiovisual viene a ser el lenguaje que domina la construcción de la subjetividad contemporánea, es decir, es el medio donde se elaboran y divulgan los grandes mitos, aquellos relatos que construyen el horizonte deseos que define lo que es normal y deseable para la gente de hoy”. PORTOCARRERO, Gonzalo. MONTENEGRO, Fernanda. GRUBER, Sthepan. Figuraciones del mundo juvenil en el cine contemporáneo. CISEPA-PUCP. Lima. 2010. p. 10.

353 Ibid. p. 10.

a emitir la conclusión simplista de que no tienen juicios, razonamientos, ideas, sensaciones, etc; y que solamente los que hablan con cierta elocuencia y carisma son poseedores de un juicio propio. El hacerlo sería tirarse abajo la propuesta de la CDN del NNA como persona y sujeto humano completo.

Sobre el particular, el Comité ha dicho que hay “estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias”³⁵⁴. En el caso de los niños con discapacidades, recalcó el Comité que, “deben tener disponibles y poder utilizar los medios de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones”³⁵⁵.

Algo que en conjunto, es eminentemente controversial: la opinión y el juicio está en el NNA, habita en él, sólo hay que desarrollar métodos para que la de a conocer cuando la oralidad es imposible³⁵⁶.

Por lo tanto, los Estados, la sociedad civil, la familia y la escuela sobresalen como depositarios de la responsabilidad de velar por la opinión del NNA y es su deber crear modos de consulta, consecuentes con la edad y los requerimientos del NNA para que la de a conocer. Por ejemplo, en los conflictos armados se creía que los NNA más pequeños no tenían relevancia para narrar la dinámica de las confrontaciones bélicas; pero la geografía social ha demostrado que tal supuesto es falso empíricamente. Desde hace años viene utilizando la metodología de los mapas mentales, consistentes en dibujos del espacio físico que habitan los NNA y en los cuales, pueden socializar su visión de la presencia de los grupos armados legales e ilegales, el movimiento de tropas, las zonas de atentados, etc.

b) el elemento que completa la evaluación tradicional del juicio, es su nivel de racionalidad. A saber, que la emisión lingüística al tiempo de ser audible, cumpla con decir algo, que exponga lógica e intelecto. Una pauta que puede ser discriminatoria para el NNA; ya no solamente es una exigencia que hable, sino que a su vez diga cosas inteligentes, sofisticadas, rigurosas, etc.

Frente a esto, sería inaudito esperar que un único NNA emitiera un conocimiento científico o político de buenas a primeras, que cualquier adulto tampoco puede sugerir con su voz.

Lo conveniente, para la doctrina de los derechos humanos es reconocer la valía del lenguaje del NNA, porque su emisor, es un ser vivo, actuante, curioso y sensible. Que sus opiniones no tengan información histórica o científica, está lejos de significar que sean falsas o invenciones, cuando por lo general, ellas

354 Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 9.

355 Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 10.

356 Incluso en las guaguas; “estudios revelan que los bebés más pequeños hablan “lenguaje” complejo y que aquellos adultos que pueden “leerlo” son capaces de brindar un cuidado más apropiado y sensible”. Op.cit. Borrador del Comentario General 12. Diciembre de 2007. p. 4.

se sostienen en experiencias vitales, en acciones empíricas a todo renglón. Siguiendo el reciente ejemplo, de los conflictos armados, cabe preguntarnos: ¿es urgente la lógica cuando un NNA expresa en un mapa mental que en su escuela está atrincherado el ejército, violando expresamente el Derecho Internacional Humanitario (DIH)? ¿Acaso no es lo que ve, lo que percibe?

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño, se antepuso a la consideración evaluativa expuesta, al proponer que: “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”³⁵⁷. Basta con sus percepciones, con su experiencia vital para que el derecho a la opinión sea válido.

Del mismo modo, no hay que perder de vista que la racionalidad de un juicio propio, al presentarse por medio del lenguaje, trae consigo una multiplicidad de significados que son válidos y propios de las palabras. En efecto, el lenguaje es un medio para la comunicación que guarda infinitud de significados, y en el fondo todos ellos son coherentes para el que los expresa, porque, en la mayoría de ocasiones fueron construidos en las prácticas culturales³⁵⁸. De tal manera, su verdad es real, lo que en antesala no simboliza un desacuerdo con la razón, sino una mirada otra que puede ayudar a mejorar el concepto que se arma en una política pública, en una decisión privada, o en un proyecto escolar.

Visto así, el juicio propio del artículo 12, resalta por carecer de criterio restrictivo, cuando se piensa esa categoría, pues todos los NNA lo tienen, sin importar su edad y su uso del lenguaje oral.

- **La participación indica “ponerse en marcha uno mismo”:** A pesar, de que el artículo 12, arranca con esa aparente restricción del juicio propio, más adelante el término “libremente” indica que la opinión del NNA no debe tener ningún tipo de trabas o coaccionamientos.

En comienzo, que el derecho a la opinión y la participación parte del libre albedrío; si el NNA no quiere opinar ni participar nadie está autorizado a

357 Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 9.

358 Resulta muy interesante como el léxico mental de una persona, es decir, las palabras y los significados atribuidos a ellas no son definitivos. Sobre esto, nos dice Evelio Cabrejo, profesor de psicolingüística en la Universidad París VII-Denis Diderot: “Nuestro trabajo consiste en que el niño descubra no sólo que las palabras contienen significado, sino que en esas cajitas sonoras se guardan muchos significados. Es posible jugar con las palabras y con rapidez los niños entran lúdicamente en este juego. Les doy un ejemplo: un día, en Francia, al jugar con niños de cinco años a las palabras, nos dimos como consigna que al escuchar una palabra, cada uno tenía derecho a decir lo que comprendía al escucharla, pero una vez que alguien había escogido un significado, este no se podía repetir. Empezamos a jugar en francés con la palabra forêt, bosque, “¿Qué es bosque?”. Alguno dijo: “Bosque es donde hay árboles”, efectivamente tener arboles es una de las propiedades del bosque. Un bosque sin árboles es imposible. Después otros dijeron: “En el bosque se recoge leña”, “En el bosque se camina”, aquí se observan algunas de las prácticas culturales de la familia como los paseos para recoger champiñones, honguitos. Los que no habían hablado se rascaban la cabeza porque no sabían qué decir: “Ah, es para que los pájaros se puedan esconder”, afirmó otro niño, haciendo de nuestro juego de palabras algo poético, y uno más remató: “Es en donde se puede jugar”. Este pequeño ejercicio nos demuestra que el sonido bosque contiene ya muchos significados para esos niños, que continuarán llenándolo a medida que sus prácticas, experiencias culturales y cognitivas lo permitan”. CABREJO PARRA, Evelio. Competencias de los bebés y disponibilidad síquica de los adultos: una alianza indispensable. En ¡Los niños son un cuento! Lecturas en la primera infancia. Memorias/ 9° Congreso Nacional de Lectura. Fundalectura. Bogotá. 2010. p.p 27, 28.

obligarlo a vivir su derecho ni a hablar por los demás³⁵⁹. Ello afirma, la expresión del italiano Sartori, que participar es ponerse en marcha uno mismo.

Pero más que ejercer la participación sin asomo de manipulación, lo que marca esa palabra es un elemento fundamental. Su escritura, en la propia vaguedad del artículo 12, obliga aún más, al Estado a apartarse de los condicionamientos burocráticos y de las exigencias de permisos para la participación. Adicionalmente a cumplir, con espacios orgánicos y oficiales dados para la participación en las dependencias e instituciones que formulan políticas para la infancia y la adolescencia. Sería imposible creerse libre, que se puede opinar en libertad, cuando el corresponsable del derecho a la opinión evita un diálogo, una interlocución, un encuentro para la validación de otros derechos.

En esencia, la libertad de opinión, en una democracia representativa de adultos, requiere facilidades orgánicas, o una institucionalización de la participación, para que, efectivamente, el NNA decida si quiere o, no participar y opinar.

Si se niega y aparecen actitudes, resistencias y prohibiciones, o cualquier contravía a la libertad de opinar y participar, los Estados y la sociedad encallan, con dureza, en la ilegalidad y la represión de la voz del NNA.

- **Todo tiene que ver con el NNA:** La libertad de opinión contenida en el artículo 12, encuentra otra traba textual, con el enunciado: “en todos los asuntos que afectan al niño”. Es decir, engañosamente el artículo nos sugiere que el NNA, sí, es libre de opinar, pero en todo aquello que lo afecte.

Esta noción, como la categoría del juicio propio, creemos tiene una falla jurídica interna notable. Inicialmente, a causa de la consideración de libertad que ofrece; una vigilada, parametrada, corralizada. En una frase: una libertad imposibilitada de ser completa.

Por ello, es incoherente la sugerencia del Comité de que el NNA tiene derecho a opinar y a “ser escuchado si el asunto que se examina afecta al niño”³⁶⁰. Plantearle, validez jurídica al derecho en todo lo que afecta al NNA, puede prestarse para interpretaciones intimistas que lo reducen a espacios mal pensados como naturales de la infancia: la familia, la escuela y los parques. Algo que ya se evitó en los ochenta, en plena escritura del artículo cuando el “Grupo de Trabajo de composición abierta establecido por la Comisión de Derechos Humanos que redactó el texto de la Convención rechazó una propuesta para definir esos asuntos mediante una lista que limitara la consideración de las opiniones de un niño o un grupo de niños”³⁶¹.

359 Sobre esto el Comité dice: “El niño tiene el “derecho de expresar su opinión libremente”. “Libremente” significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. “Libremente” significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. “Libremente” es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva “propia” del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás”. Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 9.

360 Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 11.

361 Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 11.

Los asuntos que afectan a los NNA tienen un gran asidero en lo macrosocial; no corresponden siempre a los directamente vividos, o, a los referidos a lugares familiares y escolares; son todos aquellos que tienen la capacidad de dañar un derecho producto de decisiones privadas próximas, como de aquellas políticas y económicas tomadas en lejanía.

Tomemos como referencia la frase kafkiana: “Lejos, lejos de ti se desarrolla la historia del mundo. La historia mundial de tu alma”³⁶², para entender lo planteado. Si bien, una decisión familiar puede ser definitiva para un NNA, otras tomadas a nivel nacional e internacional, en recintos cerrados lo son también, porque “tienen un impacto directo o indirecto en los niños y pueden por lo tanto ser definidos como asuntos de preocupación legítimos, por ejemplo el transporte, el gasto del presupuesto, el planeamiento urbano, la reducción de la pobreza y la protección social”³⁶³.

Entonces, la participación del NNA va más allá de lo privado. Es inherente a todo lo social, incluso a los temas de gran envergadura, relacionados con la construcción de infraestructuras para validar derechos sociales, ya que, pueden ser propicios para la vulneración de derechos claves de los NNA. Por ejemplo, en Nicaragua en un plan de vivienda social se pensaba construir casas de un ambiente, pero luego de consultar la organización financiadora de ese proyecto con sus hipotéticos habitantes, se optó por “construir viviendas más caras, de dos ambientes ¿Por qué? Porque no se consultó solamente a los adultos de esas familias, sino también a los niños. Y las niñas indicaron a los investigadores que no querían solamente una habitación en la que durmiera toda la familia: “Así nos tocarían partes del cuerpo que no queremos que nos toquen”, dijeron”³⁶⁴.

Viendo así las cosas, la categoría “todos los asuntos que afectan al niño” no se condice con limitar el derecho a la opinión. Lo que se creía finito, se rompe, pues lo que afecta al niño es todo aquello que tiene que ver con sus derechos, que es casi todo. ¿O si no, para qué es el principio a participar?

Precisemos: lo que afecta al niño es todo lo que lo vulnera, o sea, todo lo que pueda dañar sus derechos en su centro de residencia, en la vida escolar, o en las decisiones tomadas por el Estado. Lo planteamos, porque el NNA cuando opina y participa lo hace para hablar de sus derechos. El artículo 12 y esa frase de “libremente” no está para hablar porque sí, para emitir lenguaje en voz alta, para opinar de banalidades, de las telenovelas, o los chismes de la farándula; tampoco para que el NNA rompa su tradición de estatua y el silencio que conlleva ese modo de vida.

El principio de participación está y sirve para que el NNA tome posesión de sus derechos, para actuar como vigilante de un pacto del que fue excluido, pero del cual se derivan responsabilidades para el Estado y la sociedad; incluyendo apoyar la opinión del NNA.

362 Op.cit. ZIEGLER, Jean. p. 248.

363 Op.cit. Borrador del Comentario General 12. Diciembre de 2007. p. 4.

364 Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 2002. p. 37.

- **Para qué la libertad de opinión, si no es para participar ¿En qué consiste la participación?:** El artículo 12 tiene dos filtros para la concreción de la participación. Uno primero se refiere a la opinión en sí misma, a su aparición; algo ratificado cuando se dice que el NNA tiene el “derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño”. Luego, el aterrizaje de su opinión, su valía, su concreción en los espacios privados y públicos donde es emitida; conjetura estimable en la frase que completa el primer párrafo del artículo 12: “teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

De esta manera, asistimos a una propuesta completa de la participación de los NNA, consistente en: la emisión de una opinión y su discusión, valoración, desapruebo o aplicación en conjunto a las de los adultos en hechos que involucren sus derechos. Participación sin esos dos pasos es una parodia, una actuación, una semiparticipación.

Esto lo dejamos señalado para evitar caer en la contradicción interna del artículo 12; dado que, se le consagra al NNA como un sujeto libre de opinar en todo lo que atente contra su calidad de sujeto de derechos, rematándose esa idea, con que ella será válida y entrará al debate democrático, dependiendo de la edad y la madurez del NNA.

Por donde se le mire, una propuesta semejante a un puente levadizo que impide llegar a la distribución de poder y a que participe plenamente, en todo el sentido del concepto jurídico de participación que está en el artículo 12. Que el NNA sea un sujeto democrático con la bienvenida de su voz y que conjuntamente opine para vigilar o apoyar un derecho, entendido como todo lo que tiene que ver con él, o lo que le afecta, no implica que ese sea todo el recorrido que proyecta el artículo 12.

Y decimos esto por varias razones. En primer lugar, porque los derechos humanos y su evolución en derechos específicos tienen como tema central la dignidad, algo ya recontra sabido, pero también la materia del poder. Los derechos se pactan y por ende se amplían los privilegios de ciertos grupos poblacionales para eliminar las concentraciones de poder. Una sociedad adultocentrista por excelencia, que se perpetuó en aplazar la participación real de los NNA en la toma de decisiones públicas y privadas, actúa ilegalmente en un monopolio de poder.

En tal medida, desconocer la ordenanza de que la opinión emitida por el NNA sea tenida en cuenta y supere un permiso a hablar, sin que lo dicho, tenga algún efecto comunicativo con los adultos en la realidad, es ir en un carril contrario a las premisas de la doctrina de los derechos humanos.

Un ejemplo de ello, es la lectura del artículo 12, todavía en la primera fase, que más se ha implementado en Latinoamérica por medio de grandes consultas o apariciones simbólicas de los NNA junto a los líderes de la democracias indirectas, o a los candidatos en campañas presidenciales que no han servido como caja de resonancia de sus opiniones y de compartimiento del poder³⁶⁵.

365 “Lo que ha predominado hasta hace relativamente muy poco ha sido la experiencia de la llamada democracia representativa en la que evidentemente los niños y niñas no han tenido rol alguno, excepción hecha de tímidos sondeos

En segundo lugar, cuando analizamos que la participación es una inferencia del artículo 12, visibilizamos su naturaleza comunicacional. Si la participación para ser completa necesita de opinión comunicada y acertada, o rechazada luego, significa que el principio de participación es real cuando se presenta un diálogo entre los NNA y los adultos. Un reto de considerable proporción para la ampliación del poder de los segundos a los primeros.

Este argumento nos lleva a sugerir que el derecho a la opinión y que ésta sea tenida en cuenta, conlleva no sólo el derecho a formarse opinión sino el derecho a escuchar y ser escuchado: “Y es que la escucha no es reducible al oír -mera función biológica-. La escucha es un acto propio del ser humano pues sugiere reconocer al otro como otro, igual y diferente a mi y, por ser igual, portador de los mismos derechos que yo, y por diferente, fuente de novedad, enriquecedora en mí y viceversa”³⁶⁶. Así, la participación del NNA cuando es completa apunta a consensos, pues la opinión se vuelve palabra al aire sin un acatamiento y discusión de ella.

En tercer lugar, interpretar que la participación del NNA tenga que ser efectiva, no es equivalente a pensar que su emisión es automática y análoga a la aprobación y ponderación pública. El artículo 12, “no requiere que las opiniones de los niños estén automáticamente avaladas, pero sí requiere que sean tomadas en serio”³⁶⁷.

Al parecer, la visión de esa automaticidad ha favorecido el truncamiento de la consumación del artículo 12 de parte de los adultos en las esferas privadas y públicas. Una posición torpe, pues ella abogaría a la creación de una república de NNA que afectaría la consideración de igualdad de los seres humanos³⁶⁸.

Habría que decir, *que la opinión sea debidamente tenida en cuenta*, simplemente es una exigencia a la reflexión, a la discusión, al encuentro, a la negociación intergeneracional. Por lo cual, opinar no es decidir al tiro³⁶⁹. Es entrar a discutir las decisiones.

Claramente, en esos debates podría terminar imponiéndose la mirada adulta, al sugerir como cruda o impertinente la opinión del NNA en la discusión de un proyecto, política o procedimiento administrativo, legislativo o judicial.

de opinión respecto a los candidatos. En el caso peruano hace dos años en ocasión de las elecciones generales, organizaciones de niños, niñas y adolescentes tuvieron una destacada presencia en debates con candidatos en torno a los planteamientos programáticos de los distintos partidos políticos. Entre los antecedentes, cabe señalar, la amplia consulta a escolares en Ecuador en ocasión similar en que más de medio millón de niños y niñas fueron consultados y opinaron por escrito”. Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia II. p. 26.

366 CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Historia del pensamiento social sobre la infancia. UNMSM. Lima. 2003. p. 90.

367 Op.cit. Borrador del Comentario General 12. Diciembre de 2007. p. 5.

368 “El hecho de no dar sistemáticamente la razón al niño es un factor de equilibrio: No sería deseable que el interés del niño fuera superior a cualquier otro interés y lo aventajase sistemáticamente. Esto fundaría la república de los niños, no en el sentido que Korzak lo entendía, sino que, en un sentido figurado, en que el niño estaría puesto en un pedestal. Una posición tal sería contraria a la finalidad de la protección que se debe a los niños y provocaría irremediablemente la desaparición de los derechos del niño”. Op.cit. ZERMATTEN, Jean. p. 8.

369 “Es cierto que si la opinión es un derecho, esto no conlleva obligatoriamente el deber de opinar siempre ni la aceptación del contenido de la opinión vertida. Por otro lado, opinar no es decidir”. Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Historia del pensamiento social sobre la infancia. p. 91.

Ante ello, existe una condición similar a la que vimos en el ISN. Escuchar, debatir las opiniones y que al final se impongan las de los adultos, los obliga a explicar el por qué de la supremacía de una opinión a otra. Es decir, necesita de argumentaciones y explicaciones para comentar por qué se impuso una opinión en una política pública sobre otra, como por qué se optó por desecharla. Sobre esto, el Comité de los Derechos del Niño es muy tajante, al exigir, que: “el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar un apelación o denuncia”³⁷⁰.

Este procedimiento le da peso social al principio de participación y puede aniquilar de muerte cualquier intento, o recreación de la opinión en su primera fase, de hablar por hablar, así sea, en las garantías expresadas y reclamadas por el Comité de institucionalizar la participación en “parlamentos, concejos, comités o foros infantiles a niveles nacionales, regionales o locales que establecen vínculos formales entre los niños y quienes toman las decisiones”³⁷¹. De nada serviría que se volviera un requisito, preguntándosele a los NNA sobre una política, o un proyecto sin que tuvieran el privilegio de comprender hasta dónde fue su opinión, cómo impactó, ante la nula devolución y retroalimentación de la importancia de sus pensamientos y expectativas.

Por ejemplo, en México, en “1996, noventa organizaciones de la sociedad civil se unieron para promover foros de consulta infantil y juvenil [...] estas organizaciones querían conocer las percepciones de este grupo que conforma casi el 50 por ciento de la población. A los niños y niñas se les preguntó cuánto conocían de sus derechos y qué opinaban acerca de ellos. La experiencia fue muy exitosa y en 1997 se repitió el ejercicio con la participación de UNICEF y treinta organizaciones de la sociedad civil. Se organizó una votación para que niños y niñas decidieran cuáles derechos les parecían los más importantes. Participaron 3.709.704 niños y niñas. Los resultados fueron muy interesantes: en primer lugar, los niños y niñas votaron por el derecho a tener una escuela donde aprender lo que se necesita para vivir mejor; en segundo, un lugar para vivir donde el aire, el agua y la tierra estén limpios y, en tercer lugar, que nadie lastime mi cuerpo, ni mis sentimientos”³⁷².

Aunque estas prácticas de consulta continuaron y se institucionalizaron en el Instituto Federal Electoral (IFE), en la Dirección de Formación Ciudadana, y sirvieron como canales de opinión de los NNA en el país azteca³⁷³, sus

370 Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 14.

371 Op.cit. Borrador del Comentario General 12. Diciembre de 2007. p. 10.

372 VAN DIJK KOCHERTHALER, Sylvia. Participación infantil. Una revisión desde la ciudadanía. En Revista Tramas. Subjetividad y procesos sociales. Universidad Autónoma Metropolitana. Publicación semestral del Departamento de Educación y Comunicación, División de Ciencias Sociales y Humanidades Número 28. Julio/Diciembre de 2007. Ciudad de México. p. 59.

373 “En el año 2000 la consulta infanto-juvenil se centró en cómo perciben niños, niñas y adolescentes la convivencia cotidiana, el acato a reglas y normas, el ejercicio de la autoridad y problemas públicos que les atañen [...] En la consulta de 2003 el tema central fueron los ámbitos de participación de niños y niñas. Es decir, no sólo se les preguntó cómo perciben su entorno, sino que también qué causas y soluciones ven y plantean [...] En 2006 se aplicó la nueva encuesta infantil y juvenil en torno a lo que opinan de sus escuelas y cómo consideran que éstas pueden mejorar”. Ibid. p.p 60, 61, 63.

preocupaciones y maneras de mejorar sus derechos nunca fueron devueltas, o comunicadas a los NNA encuestados ni sirvieron para “impactar en la toma de decisiones por parte de la administración pública y del poder legislativo cuando aprueba presupuestos” para la niñez y adolescencia³⁷⁴.

Todo esto nos alerta y nos pone una vara jurídica para medir la verdadera participación que propone la CDN; efectiva y legal, únicamente cuando se viven los dos procesos descritos y contenidos en el artículo 12.

Razón por la cual, consideramos obsoletas jurídicamente las restricciones de la edad y la madurez, como lo afirmamos antes con las categorías del juicio propio y los asuntos que afectan al NNA como condiciones para la opinión y su validez.

Indefectiblemente, por tres evidencias que podemos precisar: a) la edad y la madurez, se oponen al espíritu y al hecho completo del principio de participación, al vararla en la opinión, en su primer ciclo, cuando el adulto desestima lo emitido por el NNA guiado por su estatura pequeña, más que por el contenido y aporte de sus ideas. Sobre esto el Comité de los Derechos del Niño, “hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afecten”³⁷⁵. De tal forma, poner a la edad y madurez como requisito de comunicación entre el NNA y el adulto, viola la categorización jurídica de la participación y da bola a los prejuicios de minoridad de la situación irregular.

b) atender la opinión de un grupo de NNA porque tienen una edad cercana a la edad del voto de los adultos, o porque se expresan con locuacidad y lirismo, frente a otros NNA pausados y tímidos, es una clarísima violación del principio de No Discriminación. Si bien dentro del artículo 2, no aparecen textualmente las palabras edad y madurez, y sí los vocablos raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica”, etc. Tienen cabida y existen cuando se ordena en el mismo punto, la protección de los derechos consagrados en la CDN, independientemente de “cualquier otra condición del niño”.

Lo contrario, implicaría separación entre NNA capaces e incapaces de aportar a la democracia y a sus derechos. Con razón, se piensa que una prueba de fuego y una “piedra de toque para averiguar sobre la vigencia de la no discriminación -en el caso de los niños y niñas, discriminación de género, de edad, y de condición social y económica- es la vigencia y el alcance concreto del derecho y ejercicio de la participación”³⁷⁶.

c) la edad y la madurez en el mundo del derecho son conceptos indefinidos y en las ciencias sociales y naturales menos alcanzan sentido. No logran ser nociones absolutas.

374 Ibid. p. 60.

375 Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 9.

376 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia II. p. 24.

Por un lado, exponer la edad como pauta de una opinión inteligente, nos hablaría en una hipótesis cinematográfica y literaria que los NNA son robots con un pensamiento idéntico y un comportamiento similar. Que en ellos es inherente una programación exacta que activa el intelecto a ciertos años y etapa etárea. Una suposición descabellada a todo lugar.

Ante el uso ilegal y fracturado que empezó a tener el artículo 12 en la década pasada, amparado en la edad, el Comité de los Derechos del Niño ya dejó claro: “que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tiene que evaluarse mediante un examen caso por caso”³⁷⁷.

En lo que tiene que ver con la madurez, en la propia definición general que el Comité le otorga, aparecen proposiciones que impiden que ella sea limitante a la participación. El Comité dice que la madurez “hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado”³⁷⁸, y luego en su especificidad al NNA, la define como la capacidad para “expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”³⁷⁹.

Así, si partimos que los NNA que actúan libremente, que opinan sin una pregunta desencadenante, lo hacen porque consideran tener una idea, una certeza, una comprensión o una inquietud sobre un fenómeno; concordaríamos en que en tal hecho sobresalen dos cuestiones entrelazadas: madurez y aprendizaje. Madurez, debido a que los NNA opinan legitimados por una experiencia vital que les da una comprensión tácita de alguien, o algo; una forma de ver que es distinta y válida, ya sugerida cuando hablamos del juicio propio.

Sumado a esto, el aprendizaje profundiza la discusión de la madurez. Que el NNA carezca de certezas totales no implica que sea inmaduro y que su opinión deba ir al tacho de basura. ¡No! Porque la opinión no es sinónimo de afirmación. Quién dijo que no puede formularse, a su vez en preguntas, en dudas, en inquietudes sobre la realidad del NNA. En sus incógnitas pueden residir ideas tan distintas, tan impensadas, tan inexploradas de un fenómeno social, que al final favorecen otra entrada o interpelación a la vulneración de los derechos del NNA. Además, si se niega la opinión interrogante, habría que encontrar una nueva forma de educar a la infancia, pues la enseñanza tiene como base la opinión inquietante, la interestructuración del conocimiento. De tal manera, la opinión de un NNA y su respuesta es una manera de llegar a la madurez.

Por otra parte, en la mayoría de casos, la participación más que ser una acción independiente en su totalidad, viene siendo promovida y sostenida en la consulta, en la recaudación estadística de la opinión, a lo que es casi lógico pensar que el adulto consultante, le explica para qué es importante su

377 Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 11.

378 Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 11.

379 Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 11.

opinión al NNA, cuál es el tema o los tópicos sobre los que va responder y qué se hará con esa información. Un proceso comunicativo que terminaría por hacer al NNA consciente y crítico de una materia de índole política, cultural, jurídica, etc; partiendo claro, de que el adulto lo sea en lo previo y sea capaz de comunicarlo.

Sea como sea, seguir al pie de la letra el artículo 12 evidencia la contradicción señalada. Ya que, ¿cómo puede saberse si la opinión del NNA debe ser tomada en cuenta, si la edad y la madurez no son nociones plenas de confianza? Es muy simple: escuchándola y dándole peso por su contenido, importancia y aporte a la integralidad de los derechos de los NNA, la democracia y el desarrollo individual de los involucrados³⁸⁰.

- **El segundo párrafo del artículo 12:** Afirmamos y confiamos que la plenitud de la participación como concepto jurídico se encuentra en el primer párrafo del artículo 12. No obstante, es bueno aclarar las provocaciones positivas y negativas que tiene incorporadas el segundo párrafo, para evitar confusiones de todo lo que hemos esbozado.

Más que cualquier cosa, se escribió para especializar la participación en los procedimientos judiciales y administrativos. Algo trascendental, pero que en su formulación da dos pasos para atrás respecto a la consideración de lo que es un derecho. Regístrese que se dice: “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al NNA”. Ya sabemos que lo que afecta o lo que tiene que ver con la infancia son sus derechos y ahí no radica el problema. El retroceso se cuenta en la palabra: oportunidad. Un insulto a la concepción y a lo que son los derechos: pactos y acuerdos positivizados, de los que se denotan responsabilidades de garantizarlos del Estado hacia los ciudadanos.

De tal modo, la aparición de “oportunidad” en el principio de participación, es una abominación jurídica. Lo señalamos, porque el derecho contenido en el artículo 12, no puede dejarse consumir por una ocasión o circunstancia permisiva, cuando es en realidad un deber impostergable, que precisamos en el análisis del primer párrafo con sus dos respectivas fases.

Prosiguiendo y enfocándonos en lo bueno de la especificación del derecho a la opinión, vale rescatar su aplicación en los espacios judiciales y administrativos. Para iniciar, que el NNA tenga derecho a hablar en los procedimientos judiciales, ayuda a demoler la situación irregular en la administración de justicia; al acabarse la postura moral del buen juez que jamás lo tenía en cuenta en sus providencias. Ahora en sus consideraciones, como prescripción normativa es su tarea escucharlo, “sin límite alguno incluyendo por ejemplo casos de toma de decisiones respecto a la separación de los padres, custodia,

380 Sobre esto un ejemplo interesante, es el que tuvo lugar en la ciudad de Ica, en Perú, donde varios alcaldes escolares, representantes escogidos por los NNA de sus colegios, exigieron a sus rectores y autoridades administrativas, el servicio de psicólogos por divisiones escolares. Ellos estimaban que sus compañeros sufrían de maltrato en los hogares, tensiones, stress y complejos en los colegios que impedían su libre desarrollo académico. Al respecto, pudieron ser escuchados y nada más, o pensar los adultos que era una alucinación infantil. O que así se le pusiera atención el presupuesto público los impedía para dar efectividad a su pedido. Sin embargo, gracias a convenios con universidades privadas se ha venido implementando el servicio, en la modalidad de pasantías de sus estudiantes de pregrado. Una salida exitosa al concepto jurídico completo de la participación.

cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abuso sexual u otros crímenes, menores no supervisados, búsqueda de asilo y niños refugiados o que haya sido víctimas de conflictos armados y emergencias”³⁸¹, siempre y cuando ello no dañe su ISN.

Esa proposición judicial evita que el NNA sea propiedad del juez y de sus padres, al extremo que tiene derecho a ser escuchado en procedimientos iniciados por mano propia. La participación, con esta mirada, va más allá de un llamado o una citación a opinar en compañía de un tutor. Un ejemplo diciente de esto, son las Defensorías Municipales del Niño y Adolescente (DEMUNA) en el Perú, en las cuales los NNA pueden exponer y denunciar su victimización resultado de la violencia en sus hogares. A partir de este hecho, las DEMUNAS están autorizadas a convocar audiencias de conciliación para resolver los episodios de violencia intrafamiliar y denunciar, si es necesario, ante las autoridades penales la comisión de delitos contra la infancia que acudió en su ayuda.

Por otro lado, que el NNA sea participe de los procedimientos administrativos es un gran logro, al marcarse, una pauta obligatoria para que el NNA ocupe un espacio en las dependencias del poder ejecutivo donde se toman decisiones y crean políticas públicas relacionadas con él. Por esto, no cabe duda, que la referencia a procedimientos administrativos sobrepone el derecho a ser escuchados en cualquier actividad y diligencia en la que se defina la educación, salud, asuntos de planificación y medio ambiente, seguridad social, protección, y administración de justicia de los NNA.

Dado el caso que los NNA fueran excluidos de estos procedimientos, lo volvemos a decir, la participación sería incompleta y las decisiones de allí emanadas se saldrían del circuito de la legalidad. A menos claro, que existiesen razones de peso que obligaran a su aplazamiento. Unas profundas e inevitables como el riesgo a la integridad física de los NNA en las declaraciones judiciales, y otras que se sostienen una, o dos veces como excusas en ambos procedimientos, pero luego pueden convertirse en obstáculos dejados y pensados para violar el principio de la participación: hablamos, de la falta de información amigable para los NNA, la creación de espacios y salas de espera particulares para la infancia, o la inasistencia de los adultos cuando sesionan los NNA, etc.³⁸².

En esos escenarios de stand by, tanto el juez, como el funcionario administrativo tienen como misión, explicar por qué no se tomó en cuenta la opinión del NNA y en el contexto de haberlo escuchado, cuál fue la razón para desechar sus ideas del fallo, o de la política resuelta en un organismo del Estado.

Finalmente, en el segundo párrafo del artículo 12 aparece una nueva arandela textual que podría ser peligrosa si se lee a secas el principio de participación. Contingencia posible, al remarcarse que el NNA tiene derecho a opinar en

381 Op.cit. Borrador del Comentario General 12. Diciembre de 2007. p. 5.

382 El Comité de los Derechos del Niño señala que: “No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas”. Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 12.

los procedimientos judiciales y administrativos, “ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento nacional”.

Esa escritura es una nueva desventura jurídica que tiene el artículo 12. Que si se estudiara en independencia de la indicación de un principio y del concepto jurídico de la participación, lo anularía al priorizarse la opinión del NNA por medio de un adulto. En lo literal, la indicación parece que lo permite, pero prorrogar la participación del NNA en un procedimiento judicial y administrativo, violaría fundamentalmente la consagración del derecho: del NNA libre a expresar su opinión y a ser tenida en cuenta.

Este pacto es a priori a la posibilidad de que el NNA sea representado por un adulto. Lo que nos permite emitir dos argumentos: primero, la representación por un tercero es una excepcionalidad inventada y viable cuando el ISN esté en juego. Segundo, es el NNA el que decide si él mismo quiere hablar en un procedimiento judicial o administrativo, o si desea en la voz de un tercero dar a conocer sus opiniones en tales procedimientos. La decisión del juez para imponer la suplantación del NNA, es improcedente, ya que, eso sería de frente violar el derecho que en teoría intenta proteger la autoridad judicial.

Esta descripción analítica deja al descubierto que el artículo 12 promueve que el NNA exprese directamente su opinión y que cuando esto sea imposible, encontrará respaldo en gargantas reproductoras de su imaginación y pensamiento. En adultos dispuestos a repetir su voz, puesto que, el representante que él escoja no debe opinar desde su representación social, sino transmitir correctamente los juicios que el NNA le ha compartido y confiado con anterioridad. En atención a esto, el Comité de los Derechos del Niño ha indicado que “deberán elaborarse códigos de conducta destinados a los representantes que sean designados para representar las opiniones del niño”³⁸³, que eviten discrecionalidades y el respaldo a los intereses de otras personas como los progenitores, el juez y el funcionario público.

- **Consenso positivo sobre la participación:** Luego de un delimitado análisis del artículo que contiene el principio de participación, y a pesar, que creemos se evidenció que su aplicación necesita un panorama más amplio que emitir voz ruidosa u opinar a secas para cumplirse.

Quisiéramos reiterar algunas ideas que ayuden a ahuyentar una lectura pesimista y trivial del artículo 12. En efecto, “un lenguaje jurídico directo, explícito tiene un efecto muy distinto en cuanto su exigibilidad”³⁸⁴, y de ese laconismo, o precisión carece su texto.

Algo indiscutible con todas las trabas que tiene el artículo 12 y que propusimos como jurídicamente absurdas.

Sin embargo, son esas mismas incongruencias: juicio propio, todo lo que afecte al NNA, la edad, la madurez; etc, las que nos hacen un llamado a recuperar la confianza en el mandato jurídico de la participación infanto-adolescente,

383 Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 13.

384 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia I. p. 120.

ya que, la solidez, la petulancia, y el aparente ímpetu de esas categorías restrictivas del concepto de la participación del NNA son paupérrimas en lo jurídico.

De tal manera, la habitualidad y la atención diferida, que sabemos y anotamos históricamente, tiene el principio de participación en la relación de los NNA con el Estado y la sociedad, no puede ser responsabilizada de una forma simplista al artículo 12; es culpa de la lectura que se le da. En su base textual radica un concepto de participación con dos fases, que en el caso de que le antepusiesen las trampillas evolutivas de factura adulta que se le redactaron al lado, se atentaría contra esa posición conceptual que marca el mismo artículo. De ahí, que no sea una mera casualidad que el Comité de los Derechos del Niño señalara que es “necesario disponer de legislación para ofrecer a los niños procedimientos de denuncia y vías de recurso cuando su derecho a ser escuchados y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones sea pasado por alto y violado”³⁸⁵. Con esto, más claro no canta un gallo: la participación consta tanto del uso del lenguaje como del diálogo, del debate, y la aplicación de lo consensado con los adultos o su rechazo argumentado en una realidad pública y privada.

Por tal razón, sugerimos que no importa ni es recomendable dejarse intimidar por la letra del artículo 12. Esa escritura que viene con baches, es mentira que sea una razón definitiva del aplazamiento del derecho. Básicamente, porque el funcionario público y cualquier organización que apoye los derechos del niño tiene que leerlos con la interdependencia y la indivisibilidad para su verificación y realización. El simple hecho de concentrarse y actuar con todas las buenas intenciones por un largo tiempo en derechos sociales sin tener en cuenta la participación de los NNA anula y le resta legalidad a esa acción pública y privada.

Seguidamente, porque la participación es un principio y como tal es una obligación y un requisito a todo lugar, momento y circunstancia, que se atienda, revise y aplique analíticamente el artículo 12 en un proyecto o política de niñez y adolescencia. Lo que nos hace suponer que tiene que ser sentido común antes de esos planes. Que los adultos incorporen como sensata tal suposición. Que en las reuniones de esas políticas y proyectos todos sepan que una de las bases de esos esfuerzos es la participación. Hecho que pone al principio, a la noción del NNA hablando y dialogando con los adultos, por encima del texto del artículo 12; su revisión viene más adelante.

Por supuesto, cualquiera dirá: la concreción del principio puede darse acatando sílaba por sílaba el artículo 12 y sin conciencia crítica sobre las cuestiones del juicio propio, todo lo que afecte al NNA, la edad, la madurez, etc. Pese a esto, esa mirada la consideramos viciada, demandable y revocable; es decir no es definitiva.

Lo aseveramos con base en un presupuesto sencillo con el que damos fin a todas estas páginas dedicadas a la participación. Tan sencillo, que a veces, se obvia al darse por sabido.

385 Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 14.

El derecho y las normas son objeto de interpretación, de análisis, de comprensión, de desnudez de los conceptos cargados en las leyes. Nadie, ni un adulto ni un NNA puede hacerse responsable o verse perjudicado de una redacción ambigua, imprecisa y sin tarificación.

De tal forma, el artículo 12 debe ser leído a profundidad por el juez, por los legisladores y los profesionales vinculados con el NNA, dado que el objetivo de los derechos humanos, especificados al NNA, es proveerle condiciones materiales de vida, pero también promover su bienestar, su empoderamiento, sus habilidades y capacidades como ser vivo; sin dudas, afirmar su humanidad, avanzar y no auspiciar el retroceso de sus libertades.

Entonces, es vital leer con criterio y abolir esas prácticas tan dañinas de producción en masa que hoy se tratan de imponer por costumbre en los fallos judiciales y acciones administrativas con miras a alcanzar la plenitud del NNA como sujeto de derechos.

Hay que pasar del aprendizaje memorístico y leguleyo de los límites que impone una ley; esto es, de repetir por la madurez o por la edad el NNA no puede saber esto o mencionar aquello; al estudio y cotejo integral e interdisciplinar de las categorías usadas en su hechura para hablar de posibilidades de dignidad, que es al fin y al cabo, lo que se proponen los derechos humanos. Para ello, es importante preguntarse siempre qué es la madurez, qué es la edad, qué es el juicio propio, por qué aparecen como limitantes; y si se afirman como tales, cuáles serán los efectos negativos en los NNA y en el trasfondo jurídico de la participación: la de tomar decisiones o ser debidamente tenido en cuenta.

Pasada esta larga entrega dedicada a estudiar los principios de la CDN es hora de cerrar la redacción sobre ellos, no sin antes delimitar puntualmente cuatro cosas: 1) como se vio, un principio aflora y nos habla de obligatoriedad; no es un jueguito, algo que se aplica o no se aplica, puesto que son los cimientos legales de la aplicación de la CDN; su columna vertebral, sus ingredientes en un lenguaje gastronómico. 2) partiendo de lo recién escrito, toda política, decisión judicial o administrativa que no tome en cuenta los cuatro principios a cabalidad, es deficiente técnica y jurídicamente, y por ende revocable, denunciable, y derogable. 3) la cuestión de discutir y tildar un proyecto y política ausente de uno, o todos los principios como ilegal, a la fecha es difícil, pues se necesitan de conocimientos profundos de la CDN, de instancias de vigilancia consolidadas más que formales como las oficinas delegadas y adjuntías del niño en las Defensorías del Pueblo en Perú y Colombia, de capacidad de sanción a los incumplidores de los principios sin importar su procedencia ejecutiva, legislativa o judicial y de conciencia social de las ONG's, el Estado y la sociedad para ser reflexivos, críticos y respetuosos del pacto que habita en la CDN. 4) por último, lejos de la discusión de lo correcto-incorrecto, de lo legal-ilegal, la expulsión adrede o involuntaria de los principios, no hace eco de la Justicia, partiendo de la premisa básica que ella es posible solamente si se cumple la ley y por ende el derecho. Así, que sin los principios de la CDN la Justicia para los NNA es una quimera del asistencialismo y la discrecionalidad política y judicial.

Capítulo 3: Los derechos de la CDN: provisión, protección y participación

Los derechos humanos especificados a los NNA, tienen en común, con los de todas las personas varios componentes principales, entre los que sobresale como piso último la exigibilidad, dado el caso que sufrieran de resistencias para validarse. Al respecto, corre la creencia que ésta se práctica, con la misma torpeza con la que se aplicado mecánicamente el derecho en una política pública, o en una decisión administrativa, legislativa o judicial: siguiendo, rígidamente, sin importar el costo, su letra tipificada en un artículo. Justamente, porque se considera que el lenguaje de un derecho es absoluto y definitivo. Que lo escrito, escrito está y por ende es irrevocable. No obstante, los derechos humanos como los derivados de su especificación tienen un espíritu inapresable, que hace que sus expresiones lingüísticas sean a veces, plenas, y otras veces, torpes, imprecisas y contrarias al cometido de la igualdad, la justicia y la dignidad. Es por esto, que en el reciente capítulo se muestra la perspectiva hermenéutica o interpretativa de los derechos de los NNA, que se compone, en suma a su letra textual, de otras ciertas exigencias. Principalmente, porque de lo que se trata no es de aplicar o exigir el derecho, sino muy por el contrario que se aplique y exija correctamente, con purismo y profundidad sociolegal. Siguiendo esa pauta, el capítulo también presenta la tipología de derechos consignados en la CDN, en acompañamiento de un análisis a partir de ellos: lo que proyectan al Estado, las debilidades de sus restricciones, las rupturas que provocan en conjunto, etc.

3.1 Los componentes de un derecho infanto-adolescente

Con el acabose jurídico de la situación irregular provocado por la entrada en vigor supranacional de la CDN, el NNA, de un tajo normativo es acordado y reconocido como un ser humano, al nombrársele sujeto de derechos específicos.

De tal modo, esa categoría indica el reconocimiento de humanidad, de similitudes y diferencias entre los adultos y los NNA dentro de la especie humana. Pero la verdad monda y lironda, ser sujeto de derechos, significa para los NNA gozar de todos los derechos que a lo largo de la historia los adultos han pactado con los Estados monárquicos y republicanos; súmesele a ello, los principios que fueron surgiendo para la interpretación de los mismos.

Ser sujeto de derechos entonces, entraña tener la titulación de la cualidad o el atributo consensado llamado derecho; y por consecuencia lógica sus componentes. Todo derecho lleva consigo tres piezas que lo constituyen, lo explican, lo ordenan y lo hacen vivible. Sociológicamente, se podría decir que son:

3.1.1 Conflicto-consenso-positivización: Ya sabemos que los derechos humanos tienen una historia que contarnos, la cual está directamente relacionada con el arte de la política y la evolución de la conciencia humana.

Con claridad, los derechos humanos nacen de un desafío a un status quo, a una violencia, a una situación que se estima como negativa, o como una necesidad jurídica para transformar un contexto que daña y atenta gravemente contra la dignidad humana.

En la etapa de positivización y extensión de los derechos humanos; éstos se producen por la ruptura de la acción opresiva de los colonialismos, y los Estados monárquicos, y en apego a la creación de las primeras repúblicas capitalistas y socialistas que iban a garantizar a sus ciudadanos los derechos concentrados con anterioridad en minorías. En la etapa de internacionalización y especificación de los derechos humanos; éstos se recrean a la vez en conflictos bélicos internacionales y a raíz de las resistencias políticas y culturales que sufrían ciertos grupos poblacionales para el disfrute de los derechos consagrados a todos los seres humanos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Como es notorio, todo derecho se ancla en la tríada primeriza: conflicto-consenso-positivización. Puesto que, cada derecho humano nace de un reclamo y de un grito ambientado en una x, o, y conflictividad, que luego es superada gracias a un pacto entre el opresor y el oprimido, o de manera más reciente entre los Estados y los ciudadanos en la esfera de la internacionalización, con fines de protección, cuidado, ayuda y preocupación por la persona humana. Esos acuerdos, finalmente son institucionalizados y se les provee de rigor normativo en códigos, resoluciones, tratados y convenciones; en el caso de la infancia el ejemplo más dicente y reciente es la CDN.

Por lo tanto, todo derecho humano es un consenso del pasado, que nos brinda positivamente en el presente un modo de vida guiado por el faro de la dignidad. De ahí que, hoy en día todos tengamos derechos. Asimismo, al ser una construcción social la doctrina de los derechos humanos, puede ser, obviamente, consensos futuros producidos directamente por conflictos aún vigentes que requieren de nuevos consensos y de más positivizaciones para hacer más asible la utopía de una cultura de derechos vivida y real.

3.1.2 Deber-responsabilidad: De inmediato a la positivización, o a la sanción normativa de los derechos humanos aparecen responsabilidades muy concretas, tanto para el Estado concertador, como para todos los ciudadanos beneficiados del acuerdo con la institucionalidad³⁸⁶.

En relación a los derechos del niño la cuestión de los compromisos es idéntica. Justamente, porque al crearse un contrato social destinado a regular la relación Estado-Sociedad-Infancia bajo la idea de que el NNA es sujeto de derechos, es decir, un sujeto de interés público con todos los derechos que tienen los adultos, al Estado no le queda de otra que actuar al compás de ese riel comprensivo³⁸⁷. Fundamentalmente, tiene la responsabilidad adquirida

386 A diferencia del mundo occidental donde la responsabilidad del Estado y del particular proviene del derecho pactado, en otras culturas "pareciera que el derecho es el que emana de haber satisfecho una obligación. Algo así como que el afirmar y exigir un derecho es como la compensación a haber satisfecho un deber; el derecho vendría a ser una especie de premio o estaría supeditado su reconocimiento al cumplimiento de la obligación". Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia II. p. 28.

387 La escritora Graciela Montes recuerda con mucho atino: "los responsables del bienestar o malestar de los niños son los adultos. Digo esto porque cuando se enuncian los derechos del niño, o cuando la prensa se escandaliza por

en el consenso normativo de trazarse límites ante posibles violencias y arbitrariedades propias del derecho penal y del autoritarismo estatal contra el NNA; así como orientarse en su tarea de dar garantías mínimas mediante políticas públicas que concurren a la satisfacción y al ejercicio de los derechos contenidos en la CDN³⁸⁸.

Dijimos que la derivación de responsabilidades es doble; mucho más en la medida que ellas surgen de un acuerdo entre dos. El NNA es heredero de un deber que es pertinente mencionar, sobre todo cuando esa categoría es invocada en demasía por los adultos para tratar de evadir y neutralizar los derechos de la CDN con la clásica expresión: “hablamos mucho de derechos, pero dónde quedan los deberes de los NNA”.

En esa prosa inquieta y preocupada del irrespeto al adulto de parte del NNA en diversos ámbitos, principalmente el escolar y familiar, se equipara deber a obediencia. Lo que nos impulsa a plantear que, existe una defectuosa interpretación en la sociedad adulta sobre la responsabilidad que adquiere el NNA con la CDN. La cual no tiene equivalencia con la obediencia irrestricta a la autoridad, sino a no dañar los derechos de los demás. Ese es el deber básico del NNA, ser sujeto de derechos en armonía a otros sujetos de derechos, dado que en la medida que viole el derecho de una persona, se está vulnerando a sí mismo al no reconocer derechos que él también tiene inscritos por ley.

Como remedio a este conflicto, a veces tan recurrente, es de vital importancia la educación en derechos para los NNA, más aún, en un panorama generalizado de violencias que presencian en lo doméstico y lo público. Al NNA debe educársele en derechos humanos, pues más que reglas pensadas para forjar un orden, tienen como finalidad la “de informar la conciencia, la de ofrecerle referentes que le inviten a sortear todo atisbo de repliegue sobre sí mismo excluyente del otro, mutilante de toda alteridad”³⁸⁹.

3.1.3 Exigibilidad: Acompañando y enhebrada al deber individual del NNA dejado por la producción del derecho, viene a aparecer la exigibilidad. Aunque suene redundante, el NNA tiene derecho a exigir el derecho, dado que, su génesis resulta de un consenso, del cual, el Estado adquiere una tamaña responsabilidad-compromiso de soportarlo y validarlo.

Por esta razón, “la exigibilidad es un insoslayable componente de todo derecho. No es una exterioridad, le es constitutiva”³⁹⁰. En concreto, la exigibilidad es posible ejercerla, debido a que el derecho se funda en un pacto, que crea como soporte de seguridad para el ciudadano, previendo un incumplimiento

situaciones de abuso, maltrato o abandono infantil, suele saltarse el capítulo de las responsabilidades”. Del mismo modo, nos avisa que es muy difícil que la responsabilidad adulta-estatal sea fiel al significado de esa palabra, si en la sociedad contemporánea priman valores de anti solidaridad y negación de cualquier reconocimiento del niño. MONTES, Graciela. El corral de la infancia. Fondo de Cultura Económica. México. 2001. p. 45.

388 Es por esto que se dice que los derechos humanos, “son por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad, y por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social”. Op.cit. CILLERO BRUÑOL, Miguel. p 73.

389 CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Educación ¿Desde? ¿Para? Los derechos humanos. En Infancia y Derechos Humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica. Coordinadores Manfred Liebel, Marta Martínez. Ifejant. Lima. 2009. p. 409.

390 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia II. p. 28.

de la otra parte, un mecanismo o cualidad de recordatorio de lo establecido en la ley, conocida como exigibilidad.

Como tal, la exigibilidad no es etérea y tiene base en toda relación social fundacional de un derecho. Y al estar inscrita en el derecho mismo, le quita cualquier aire de mendicidad cuando se aplica ante el Estado y la sociedad, ya que, la exigibilidad “refiere a lo que es exigible y a quien hay que exigírselo. Se relaciona con quien debe, en principio, asegurar la garantía de su cumplimiento”³⁹¹; y ya sabemos bien que ese rol corresponde al Estado al prometer la protección del derecho humano.

No se olvide: el derecho humano es una construcción social entre los ciudadanos y los Estados, que trae pegada la exigibilidad como herramienta de presión frente al que se comprometió a su respeto en pro de la realización del derecho; por si acaso persiste su negación luego de la positivización. Por eso, ningún derecho es un regalo y se puede pedir hasta el cansancio; no hay que sentir vergüenza de ello. Es legítimo exigirlo, ya sea por la vía de los movimientos sociales o por la muy inexplorada vía judicial.

De tal forma, la exigibilidad viene con el derecho y está a la mano para que se cumpla. Esto es crucial para entender mejor las posibilidades de la CDN, partiendo del hecho que los derechos humanos y los derechos del niño, con todo y su consagración jurídica, no se traducen de inmediato en un modo de vida concordante a la letra.

Ante esta situación nefasta para el ciudadano adulto y el NNA, normalmente se alimenta un espíritu de falseamiento del poder de cambio del derecho humano. Al creerse que la positivización fue ineficaz e incapaz de dar por sentado el derecho en la sociedad.

Una posición que oculta el carácter histórico de los derechos humanos y el para qué de la exigibilidad. Vale tener presente, que cualquier derecho se puede enfrentar a dos fenómenos diferenciados, en seguida, a su normativización. En algunos casos a su aplicación inmediata, algo muy positivo para el ciudadano, o, para su mala fortuna, al aplazamiento constante por resistencias similares a las que impulsaron su creación.

Lo que tratamos de plantear es que muchos derechos humanos de los adultos se concretan una vez son sancionados a causa de nulas resistencias sociales. Tal vez, los más acertados son los derechos políticos sujetos a la democracia representativa; hablamos claro, del derecho al voto. Por ejemplo, en el Perú tras una serie de confrontaciones y discusiones en la Asamblea Constituyente creada por el gobierno militar de Morales Bermúdez, referidas a la pertinencia del voto calificado y restringido, los indígenas, las mujeres y los analfabetas mayores de dieciocho años adquirieron el derecho al sufragio por cuenta de la Constitución Política de 1979. Al siguiente año, tal atributo fue ejercible en el escenario electoral que dio como ganador de la presidencia a Fernando Belaunde Terry; hasta la fecha ese derecho adquirido sigue vigente sin problemas en los gobiernos que le continuaron por el mandato de las urnas.

391 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia II. p. 29.

Para la infancia la lógica es la misma. Los derechos que proclama la CDN y que ya entraron en vigencia, paulatina por cierto, en algunos lugares del mundo obedecen a la débil resistencia que surgió tras su lectura en el articulado del instrumento internacional; en especial los derechos sociales, económicos y culturales por la conexión con el concepto de capital social; y los derechos ligados a la administración de justicia más básicos para los NNA infractores de la ley penal como la prohibición de la tortura o la pena capital, pues, esas disposiciones pertenecen “al tipo de normas que el derecho internacional denomina *“self executing”*, esto es, que pueden ejecutarse directamente sin una suerte de *“accertamento”* nacional, pues reúne las dos condiciones que la doctrina señala para ello: a) que sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión a favor de un individuo que tenga un interés legítimo; y b) que la regla deba ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente”³⁹².

Así las cosas, la viabilidad inmediata de algunos derechos de los adultos y de los NNA, vigentes en el derecho internacional responden a la escasez de nuevos conflictos, a la poca necesidad de grandes infraestructuras para garantizarlos y a un punto clave: la inexistencia de restricciones dentro del texto que los enuncia. Definitivamente, es más sencillo derivar en forma directa un derecho si el artículo es lo suficientemente específico y claro para poder ser empleado judicial y administrativamente sin la necesidad de nuevas reglamentaciones.

Contrariamente, hay derechos que se hacen reales, pasadas algunas batallas en el propio campo jurídico y en el extrajurídico, si no es descabellado plantearlo de esta manera. Si bien, los derechos surgen de disonancias, incluso, los que se aplican al otro día de su positivización, existen muchos derechos que continúan por la ruta de la presión y la negociación para su vivencia. En otras palabras, “con frecuencia la conquista del reconocimiento de un derecho está precedida de largas luchas y presiones. Exactamente lo mismo acontece para que se respeten o se cumplan los derechos una vez reconocidos”³⁹³.

Sucede, que la positivización de un derecho puede ser petrificada por tendencias políticas, económicas, religiosas y culturales. Un ejemplo, muy interesante acorde a lo que dijimos es el derecho al aborto de cierta novedad en Colombia. A partir del 2006 la Corte Constitucional declaró como viable este derecho a la mujer con la sentencia C-355 de 2006, es decir, la reconoció como propietaria de su cuerpo y como autodeterminante de su reproducción en tres casos excepcionales: cuando el embarazo fuera resultado de una violación, cuando el feto tenga malformaciones graves y cuando ponga en riesgo la vida y la salud de la mujer³⁹⁴.

392 URIARTE, Carlos. Control institucional de la niñez adolescencia en infracción. Un programa mínimo de contención y límites jurídicos al sistema penal juvenil (las penas de los jóvenes). Carlos Álvarez Editor. Uruguay. 1999. p. 167.

393 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia II. p. 29.

394 El derecho al aborto, elevado a derecho fundamental para la mujer por la Corte Constitucional vino a aparecer por una demanda de inexecutable a un artículo del Código Penal que castiga con una pena de prisión de entre uno y tres años, a la mujer que interrumpa su embarazo por cualquier razón, y al médico que la ayude a cumplir tal meta. Esa barrera fue superada con la despenalización del aborto en las tres hipótesis mencionadas.

A pesar que el fallo de la Corte Constitucional está escrito con suma precisión y evita la tarea reglamentaria de parte del Congreso, su aplicación a la fecha es nula. En Colombia no se ha practicado ni un solo aborto en los hospitales del Estado y en las clínicas privadas; su ejercicio se sigue dando en la clandestinidad.

Los aguantes y oposiciones a la aplicación de este derecho fundamental para la mujer son muchos. Sobresalen la preeminencia del tema en la arena religiosa, la doble moral de la sociedad sobre el respeto a la vida y la objeción de conciencia de los propios médicos con base en sus creencias o en el miedo a ser tachados en las instituciones en las que trabajan. Dos hechos lo demuestran. El primer intento de interrupción legal de un embarazo por considerarse de alto riesgo para la vida de la gestante en la ciudad de Villavicencio a finales de 2010; que tenía el añadido de haber perdido a tres hijos por preeclampsia. En la exigencia de su derecho no encontró apoyo en el staff médico y no se le brindó el servicio, obviándose el mandato constitucional.

Ante ello fue preciso un nuevo fallo de la Corte Constitucional, ordenando a la Superintendencia de Salud y al Ministerio de Protección Social medidas para que los hospitales desarrollen protocolos de diagnóstico y atención rápida con médicos dispuestos a realizar abortos en respuesta a una exigencia femenina.

En un segundo caso, las barreras para el derecho al aborto se hicieron sentir colectivamente con las ordenanzas de la Procuraduría General de la Nación y la Dirección Seccional de Salud de Antioquia de suspender el proyecto de la Clínica de la mujer en el 2010, a construirse por la alcaldía de Medellín para atender problemas de salud pública femeninos como los cánceres de mama, de cuello uterino, episodios de violencia de género y la posibilidad de abortar. La excusa de la desaprobación fue: la comprensión brusca y forzada de que se haría un centro clínico especializado para el aborto; idea promovida por la autoridad católica de fuerte presencia en la región.

Enfatizando, el derecho al aborto en Colombia leyendo estas noticias tiene una moratoria de casi cinco años por diversas razones. La legalización del derecho ha sido un gesto tímido para que la mujer y su calidad de sujeto de protección especial no sean violentadas.

Respecto a la infancia, casi todos sus derechos, a excepción expresa de los sociales en tonos asistenciales y los de la vida penal, tienen murallas inmensas y enraizadas en el pensamiento social que los detienen. Si en el mundo de los adultos, hay derechos aparcados en lenguajes jurídicos intraducibles al día, día; en el mundo de los NNA sus derechos vienen con un peaje a costas que los traba. En particular los civiles y políticos que para cualquier persona con mayoría de edad son fáciles de ejercerse, pero en el caso de los NNA están congelados, o son mal aplicados por la representación común de la incapacidad, la irresponsabilidad, la inmadurez, la edad y el juicio propio.

La exigibilidad, queda explicado, es un bien común de la niñez y la adolescencia y de todas las personas que sufren dilaciones de sus derechos. La exigibilidad es el imán para unir el campo jurídico con el político, al día siguiente a la

positivización, para así poder tener como experiencia las ansiadas políticas públicas.

3.2 Un artículo no es lo mismo que un derecho: ¿Cómo leer los derechos de la CDN hermenéuticamente?

Ahora bien, tanto la exigibilidad de los NNA, como la traducción de los derechos a políticas y proyectos sociales por los Estados y las organizaciones de la sociedad civil tienen un rango más amplio que el propio artículo indicador del derecho. Es un error común quedarse en exigir un derecho ubicado con un número en la CDN, o, que los entes del Estado lo lean para llevar a cabo el deber derivado del consenso jurídico.

Y decimos que es un craso error porque el artículo numerado no es un contenedor ni una tumba ni la única versión del derecho infante-adolescente. Diga lo que diga un artículo de la CDN, su caligrafía no es definitiva ni omnipotente. Básicamente, por dos cuestiones. Para empezar, toda textualidad de un derecho humano tiene que ser puesta a la luz del paradigma de los derechos humanos en el que se inscribe y que se encuentra en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas³⁹⁵, documento consolidante de la gobernabilidad global y que socializa como sus premisas primarias la dignidad y la igualdad como medidas de la justicia, la libertad, la paz y el progreso. Esta obligación no aplica únicamente para los análisis de la CDN; es deber de toda persona que trabaje con cualquier legislación internacional de derechos humanos.

En segundo lugar, porque la CDN no es un documento aislado. Se integra al Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas; compuesto en la actualidad por 9 tratados³⁹⁶. Lo que claramente, liga la tarea de la exigencia y la aplicación de un derecho de la CDN a la hermenéutica jurídica; a la razón de ser del derecho, que no es otra que regular la sociedad a partir de la interpretación de las leyes. En concordancia, la "Convención y su contenido no debe ser analizado como hecho aislado, sino en su contexto, como un aporte a un *corpus juris* existente, o sea, al Derecho Internacional de los derechos humanos"³⁹⁷.

Eso no quiere decir que la CDN sea un documento insertible por sí mismo; en realidad, es el instrumento jurídico base con carácter vinculante que dicta al NNA como sujeto de derechos; al que hay que ir, sí o sí; del que hay que partir para cuidar los derechos de la infancia. Sin embargo, es un documento perfeccionable y mejorable en la interpretación con otros instrumentos que pueden tener algunos de sus derechos con mayor claridad textual, reflexiva e intelectual. Vale acotar, que la CDN no es el

395 "La Carta consta de un Preámbulo y ciento once artículos, los cuales están agrupados en XIX capítulos, acompañados del texto del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, conformado a su vez, por setenta artículos. Fue redactada en cinco idiomas: chino, francés, ruso, inglés y español, considerados en aquél entonces los idiomas oficiales de la Organización. Entró en vigencia el 24 de octubre de 1945, con la ratificación de China, Francia, la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América, y por la mayoría de los demás Estados signatarios". Op.cit. VALENCIA, Jorge. p. 38.

396 Los 9 tratados son: 1) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; 2) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; 3) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; 4) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979; 5) Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984; 6) Convención sobre los derechos del niño de 1989; 7) Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990; 8) Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1990; 9) Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006. Véase Página Web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. [Revisado el 10 de junio de 2011] <http://www2.ohchr.org/spanish/law/>

397 O'DONELL, Daniel. La convención sobre los derechos del niño: estructura y contenido. En Derecho a tener Derecho. Derecho del niño. Políticas para la infancia. Tomo I. Unicef. Venezuela. p. 24.

único documento mejorable a través de la hermenéutica jurídica, o del análisis del proceso y desarrollo de los derechos; todos los instrumentos de derechos humanos también lo son, a causa de una razón muy sencilla: ninguna escritura logra captar la intención y el pensamiento humano, y súmesele a ello que “por limitación propia de las normas jurídicas, siempre quedarán aspectos abiertos, en general impregnados de momentos valorativos que deberán ser *ascertados* en su aplicación [obligando a ver] comparativamente, sus distintos alcances y la forma en que son consagrados”³⁹⁸.

La misión de analizar los derechos del NNA en el corpus juris al que se vincula, es ordenada desde la propia CDN, en el artículo 41, que trae a la luz el principio de “in dubio pro homine” del derecho internacional, que recuerda que cualquier derecho humano, “debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata reconocer derechos protegidos”³⁹⁹, o de aplicarlos en una política pública y proyecto doméstico. El artículo 41 aparece de la siguiente manera en la CDN:

“Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que están recogidas en:

- a) *El derecho de un Estado parte; o*
- b) *El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.*

Por consiguiente, no es un capricho, o una deducción antojadiza y peregrina la que proponemos, cuando el propio artículo 41 de la CDN, recalca que nada textual de su articulado afectará, dañará, limitará, o anulará las mejores expresiones de sus mismos derechos, trabajadas y evolucionadas en otros documentos del derecho nacional y del derecho internacional como medio para lograr una mejor consolidación de los mismos. La aparición del “in dubio pro homine” en la CDN deja claro que aplicar un artículo, regido únicamente a sus líneas, es una *performance* ilegal⁴⁰⁰.

Con esta apertura, creemos que la hermenéutica jurídica es la bandera para: a) evitar que posturas estatales y privadas perezosas y apegadas al procedimiento, que leen palabra por palabra de un artículo sin pensarlas, pongan en jaque el objetivo del derecho dentro del paradigma de la protección integral y el de los derechos humanos⁴⁰¹; b) permitir que con el análisis de textos hermanos, la CDN logre ajustar sus contenidos a favor de una mayor coherencia ideológica, que sin duda tiene que ver con izar la igualdad y la dignidad en cualquier sociedad.

En atención a esto último, la hermenéutica jurídica es prioritaria porque purifica, hace mejor, más veraz, más acertada la decisión pública o privada que se tome sobre un derecho en el paradigma de los derechos humanos. Por ello, es urgente la exigibilidad y la creación de políticas públicas de derechos del NNA bajo el axioma que ningún

398 Op.cit. URIARTE, Carlos. p. 143.

399 PINTO, Mónica. Temas de derechos humanos. Editores del Puerto. Argentina. 1997. p. 81. Citado por FREEDMAN, Diego. Funciones normativas del interés superior del niño. Jura Gentium. Revista de filosofía del derecho internacional de la política global. 2005. <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm> [Revisado 15 de enero de 2011]

400 Hablamos de ilegalidad, a pesar de que se valide un derecho determinado como ordenanza y los principios de la CDN, porque el “in dubio pro homine”, también es una ordenanza y un principio del derecho internacional a ser tomado en cuenta en una decisión judicial, administrativa, legislativa y privada.

401 Es importante, “elevarnos por sobre discursos tecnicistas, que si bien proclaman de derechos humanos, terminan filtrados por perspectivas ideológicas contradictorias, que, a la postre, concluyen en consecuencias que restringen, mitigan o, simplemente, anulan el propio discurso jurídico iushumanista”. Op.cit. URIARTE, Carlos. p. 143.

artículo textual de la CDN puede tirarse abajo, ir en contra, restringir, anular o mitigar la epistemología de los derechos humanos.

3.2.1 Algunas pistas para la realización de una hermenéutica para la aplicabilidad y exigibilidad de la CDN

De acuerdo a todas estas proposiciones, la base de la hermenéutica jurídica y del análisis de los derechos para la exigibilidad y su puesta en marcha en políticas públicas, es el corpus juris de Naciones Unidas. Pese a ello, el marco de interpretación es más ancho y numeroso que sus nueve tratados internacionales. Tiene que sustentarse en todo lo producido con anterioridad a la CDN que ya iba por la óptica de la protección integral, pero que carecía de obligatoriedad jurídica; y lo que más adelante produjo su ratificación mundial. De manera resumida creemos que para la elucidación de un artículo y derecho de la CDN, a parte de sus contenidos, las variables y fuentes legales a tener en cuenta son:

3.2.1.1 Principios de la CDN: Todo el capítulo pasado estuvo dedicado a este tópico. Y en honor a ella tenemos idea que los principios son las prescripciones y requisitos normativos de toda implementación de la CDN. Sin la ratificación de los principios, cualquier política pública, proyecto de la sociedad civil y proceso de exigencia de los movimientos sociales tiene un carácter ilegal.

3.2.1.2 Los contenidos del Preámbulo: Aunque se cree que el Preámbulo carece de valor dispositivo, es decir, provocador de hechos tácitos e inmediatos⁴⁰². Si tiene valor jurídico y nos alienta con pistas históricas para el adecuado aterrizaje de los derechos del NNA. Primero, para la aplicación de los tres principios de los derechos humanos: universalidad, interdependencia y exigibilidad. Segundo, para el estudio de declaraciones y reglas internacionales que contienen una discusión amplia y originan algunos derechos que la CDN, simplemente resume o sintetiza; referidos en especial a los temas de adopciones, conflictos armados, y justicia penal infanto-adolescente⁴⁰³.

3.2.1.3 Documentos especializados universales y regionales anteriores y ulteriores de la CDN: Las declaraciones internacionales anteriores a la CDN, recordadas en su preámbulo y que se ven compactadas en su texto, no son la única bibliografía obligatoria a la causa de la hermenéutica jurídica. Muchos documentos universales que se dieron después de 1989 mejoran algunos artículos, en particular, los relacionados con los NNA infractores de la ley penal, con las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los

402 "Los preámbulos de los instrumentos internacionales tienen varios propósitos. En los instrumentos sobre derechos humanos adoptados en el ámbito de la ONU generalmente se incluyen algunas disposiciones que establecen un vínculo entre la materia tratada por el instrumento y los objetivos básicos de la organización mundial. El preámbulo también señala los antecedentes más relevantes, y en muchos casos contiene algunas disposiciones que se refieren en términos generales a la existencia de prácticas o de situaciones que hacen necesario el instrumento". Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 17.

403 En el párrafo noveno del Preámbulo se citan tres Declaraciones recientes sobre aspectos específicos de los derechos del niño: "a saber, la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de conflicto armado, de 1974; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (más conocidas como "Reglas de Beijing") de 1985; y la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y al Bienestar de los Niños con particular referencia a la Adopción y la colocación en Hogares de Guarda en los Planos Nacional e Internacional, de 1986. [Estos documentos son base de interpretación en los artículos referidos a esos fenómenos, pues] algunos artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño incorporan o sintetizan los elementos medulares de dichas Declaraciones, especialmente, de las dos últimas, de manera que la mención de las mismas en el Preámbulo realza su valor jurídico. Sobre todo a los efectos de la interpretación de las disposiciones pertinentes de la Convención". Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 18.

Menores Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de la Riad), aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990⁴⁰⁴.

Así como los dos Protocolos Facultativos de la CDN⁴⁰⁵: el “Protocolo Facultativo a la Convención sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía” y el “Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos de los Niños involucrados en los conflictos armados” aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 2002 y que mejoraron lo redactado en los artículos 34 y 38 respectivamente, al elevar la edad mínima del reclutamiento obligatorio y la participación en conflictos armados a los 18 años de edad y al exigir reformas legislativas a los Estados para que la explotación sexual se criminalice como un delito.

Adicionalmente, como la CDN no se da en el vacío; y sin excepción se aplica en un espacio geográfico, es perentorio revisar en el ambiente regional los instrumentos multilaterales, anteriores y posteriores a la CDN que avanzan en sus disposiciones. Al momento, tres espacios de gobernabilidad continental y regional tienen instrumentos para la protección integral de la infancia que pueden ser complementarios a la CDN:

1) En las Américas desde 1969 con la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José, ya se hablaba de la protección, atención y cuidados especiales de los NNA⁴⁰⁶. De hecho, los Estados americanos logran desarrollar una especificación de derechos humanos para la infancia con el artículo 19, titulado: Derechos del niño, en el que se deja consignado una semántica muy propia de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Sin embargo, la importancia mayúscula de la Convención Americana de Derechos Humanos, para los NNA, se deja ver en su artículo 27, cuando subraya que en ningún contexto, fuese de “guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado” es legal y válido la suspensión de las obligaciones estatales contraídas con los derechos fundamentales de los NNA⁴⁰⁷.

404 Estos dos documentos que complementan la CDN y las Reglas de Beijing; se crean en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, en La Habana, en 1990; antes de ser aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Para mayor información sobre la Directrices de la Riad, leer: CAPPELAERE, Geert. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. [revisado 30 de enero de 2011]. http://www.iin.oea.org/cad_RIAD.pdf Sobre las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, recomendamos leer: VAN BUEREN, Geraldine. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. [Revisado el 30 de enero de 2011] http://www.iin.oea.org/cad_Privados_de_libertad.pdf.

405 Un protocolo en el derecho internacional aparece para profundizar, enmendar, corregir y mejorar las temáticas del tratado al cual se refiere, proporcionando detalles explicativos, pasos de aplicación y ampliando las obligaciones del mismo. Respecto de los protocolos facultativos cada Estado es libre de decidir si lo ratifica o no, puesto que exige una ratificación independiente del tratado general que complementa, en este caso, la CDN. Sobre este particular, es cómico que los Estados Unidos que no ratificaron la CDN si lo hicieron con los dos protocolos facultativos que originaron este pie de página.

406 La Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José, se redactó y suscribió en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en la ciudad de San José, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

407 Con exactitud el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos dice: Artículo 27. Suspensión de Garantías: 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2.

2) La Liga Árabe en pleno Año Internacional del Niño, 1979, emite la Carta de Derechos del Niño Árabe, en la que de manera semejante al Pacto de San José se promulga un interés por implementar medidas de protección para el NNA, que no avanzan cualitativamente al conjunto de derechos que trae la CDN.

3) Por otro lado, el continente africano, con la Carta sobre los Derechos del Niño aprobada en julio de 1990 por la Asamblea General de la Organización de Estados Africanos, sí amplió y mejoró varios contenidos de la CDN. Por ejemplo, “en su preámbulo, la Carta Africana subraya de manera explícita “la herencia cultural, el trasfondo histórico y los valores de la civilización africana”. Asimismo, en algunos artículos se hace referencia a las particularidades del continente africano, por ejemplo a la necesidad de brindar protección especial a los niños contra ciertas prácticas étnicas y contra la discriminación racial (*apartheid*), también contra las prácticas culturales que dañan la salud o discriminan al niño por su sexo (p.ej. matrimonios forzados, circuncisión de niñas). Pero la Carta Africana también menciona algunas obligaciones de los niños frente a su familia y a las comunidades legalmente reconocidas. Otro aspecto, en el que se diferencia de la CDN es la edad mínima para el reclutamiento militar que en el documento africano se establece en 18 años”⁴⁰⁸.

3.2.1.4 Recomendaciones y Observaciones del Comité de los Derechos del Niño: Otro insumo para la interpretación, a la hora de que el Estado cumpla con su deber y la infancia practique la exigibilidad, son las evaluaciones del Comité de los Derechos del Niño a los informes que le entregan los Estados para narrar los avances y dificultades que ha experimentado para hacer viable la CDN. En cada conjunto de recomendaciones emitidas por el Comité hay un conjunto de indicaciones, aclaraciones sobre derechos y hermenéuticas oficiales de cómo debe acertarse la CDN. Del mismo modo, en los comentarios u observaciones generales que emite el Comité, a ser trabajados en la siguiente capítulo.

3.2.1.5 “El trabajo preparatorio de la Convención”⁴⁰⁹: Una obligación inolvidable de la hermenéutica jurídica es dirigirse a la fuente del derecho que pretende examinar, antes de un pronunciamiento en la política pública, un fallo judicial, una decisión administrativa o, en el momento de la exigibilidad. Adentrarse en la fuente, de por sí implica revisar su historial legislativo, o lo que para el caso de la CDN es, analizar las actas de las reuniones en las que se depositaron las discusiones de los Estados en el período de 1979-1989, o por lo menos la versión oficial del instrumento, previo a su traducción por la comisión técnica de la Asamblea General de Naciones Unidas. Esto es importante, porque en esa versión primera, sin traducción se encuentra la idea original de un

La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

408 Op.cit. LIEBEL, Manfred. p. 24.

409 Op.cit. EK, Simone. p. 5.

derecho, antes de ser trasladada en otras palabras similares, pero inexactas a las lenguas del mundo. En el caso hispanohablante, ayuda y mucho para entender a cabalidad la CDN. Recuérdese que la gran confusión que persiste sobre la categoría del Interés Superior del Niño (ISN), se debe a su pésima traducción. Ella da una idea diametralmente distinta a la original. Una cosa similar deja leerse en el artículo 21, inciso d, de la CDN que en su versión en castellano dice que los Estados:

“Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella”.

Esa expresión resaltada en negrilla, se presta “a una interpretación en el sentido de que el lucro sería legítimo, a condición de no ser excesivo”⁴¹⁰. Es decir, no es tajante la prohibición del lucro a causa de la adopción de un NNA. Una mirada que favorece la mercantilización del NNA y es permisiva con la obtención de beneficios adicionales a la remuneración por servicios profesionales y administrativos necesarios en los trámites de una adopción. Contrariamente, la versión en inglés del artículo 21, inciso d, habla de “*undue financial gains*”; la “palabra “gain” en inglés no tiene necesariamente la connotación de lucro, y es el texto inglés el que debería considerarse más exacto, pues fue ésa la versión adoptada por el grupo de redacción nombrado durante la reunión de revisión técnica, encargado de buscar un texto de consenso sobre el controvertido tema de la adopción. Los debates en el plenario de la reunión de la revisión técnica confirman que la intención no era la de reglamentar la adopción con fines de lucro, sino más bien la de prohibir la realización de lucros por intermediarios bajo el pretexto de cobrar remuneraciones desproporcionadas”⁴¹¹. De tal manera, el retorno a la versión oficial en inglés de la CDN, libera de dudas y trampas, a la aplicación más correcta de los derechos de los NNA.

No cabe duda que la hoja de ruta para una cabal y erudita interpretación de un derecho infanto-adolescente es compleja y trabajosa. Que sea así, supone una garantía y a su vez una necesidad obligatoria para aplicar la CDN con fidelidad a sus debates originarios. No hay excusas para dejar en sala de espera una interpretación holística de los derechos de los NNA ni para realizar una criba de algunos de los elementos o pasos relatados. Principalmente, cuando se reconoce que la CDN, (repetimos, como cualquier instrumento internacional de derechos humanos) es una cordillera con picos, o derechos muy altos, mejor consagrados y textualmente más definidos que otros más pobres, con menor altura y claridad, como se evidenció en los casos del principio de participación, o en el del Interés Superior del Niño⁴¹². En efecto, la CDN tiene conceptos indefinidos que requieren siempre de una interpretación integral superadora de una simple lectura centrípeta del derecho⁴¹³.

410 Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 25.

411 Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 25.

412 Ambigüedad, prácticamente inevitable, si recordamos que en la CDN convergieron una heterogeneidad considerable de Estados, personas y organizaciones gubernamentales o no gubernamentales que filtraron, defendieron y encajaron sus posturas ideológicas en las líneas escritas que al final se socializan como derechos del NNA.

413 Carlos Uriarte propone que en la CDN existen “cortapisas”, es decir, categorías jurídicas, incluidas en la norma que pueden cancelar o reducir las posibilidades de vigencia de un derecho. En sus palabras: “A nuestro juicio es imperioso desarrollar dogmáticamente el alcance de conceptos tales como “interés superior” del niño, la “edad” y la “madurez”, el “orden y la moral públicas”, y la “seguridad, nacional o pública”, como circunstancias a ponderar en concreto, pues de hecho funcionan como condiciones que limitan o pervierten la realización de un derecho o necesidad. Su

3.3 Una lectura del artículo 1: ¿De cuándo a cuándo se goza de derechos?

De cualquier modo, las trazas para la hermenéutica jurídica quedan planteadas. ¿A qué seguir? Conviene entrar en materia y discutir con brevedad los derechos de la CDN. En suma la CDN tiene, alrededor, de 41 derechos específicos que corresponden a los NNA⁴¹⁴. Sobre el particular, contiene como es obvio por su título, derechos destinados a los niños y no nombra las distintas etapas sociales del desarrollo humano. No obstante, hablamos de los sujetos de la niñez y la adolescencia como portadores de derechos, a razón, que la CDN crea una categoría cronológica uniforme que las incluye para efectos de su aplicación: la minoría de edad, pauta temporal que en el derecho, diferencia al niño y al adolescente del adulto. Con precisión, el artículo 1 dictamina:

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Este artículo inicial que define los derechos de la CDN para toda persona menor de dieciocho años tuvo duras batallas. Antes de escribirse, en el preámbulo ya se había vivido un conflicto por el tema que dilucida: de cuándo a cuándo se es niño y por ende se goza de derechos en la legislación internacional de derechos humanos.

En ese episodio se logró una conciliación entre las posturas católicas e islámicas, con las de los países laicos, socialistas y liberales que reconocían la legalidad del aborto, con la inclusión en el noveno párrafo del preámbulo de una postura preambular existente en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959⁴¹⁵: *“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.*

A la hora de redactarse el artículo 1 y como factor impulsor de un nuevo consenso entre los Estados se tomó como referencia la disposición a negociar que tuvo lugar en la discusión preambular sobre el alcance del derecho a la vida. Después de la decisión salomónica de trasladar la protección reconocida en la Declaración de 1959 al preámbulo de la CDN, los países de estirpe católica e islámica se opusieron a la versión del artículo 1 en el proyecto de la CDN propuesta por Polonia en 1978, en la que se definía al niño como toda persona humana desde su nacimiento hasta los 18 años, y respondieron con una redacción sustitutiva que reconocía la efectividad del derecho a la vida antes del nacimiento o desde la concepción. La contrapropuesta tampoco prosperó.

La mira puesta en lograr una definición del niño y con la imposibilidad a cuestas de ponerse de acuerdo sobre una u otra alternativa, “llevó al grupo de trabajo a adoptar un texto de compromiso, eliminando la referencia al nacimiento contenida en el texto original”⁴¹⁶. De ahí que, lo que está en el preámbulo sobre este tema no se repite en el artículo 1.

indefinición esencial puede comprometer en acto derechos del niño adolescente”. Op.cit. URIARTE, Carlos. p. 161.

414 Aunque la CDN tiene 54 artículos, consideramos como derechos los que van del artículo 2 al 42.

415 Op.cit. O’DONELL, Daniel. p. 18.

416 Op.cit. O’DONELL, Daniel. p. 19.

Por supuesto, la decisión adoptada al final beneficiaba a las dos partes. En el sentido, que la frase “todo ser humano menor de 18 años de edad”, a la hora de la verdad es una expresión abierta que logra una incorporación camuflada de las dos corrientes. Permitiendo ello tres cosas: 1) evitar choques e imposiciones del derecho internacional sobre las legislaciones nacionales que ya tenían una postura sobre los derechos del niño, antes, o después del nacimiento y que favorecieran el paradigma de la protección integral. 2) validar el aborto en los países que ya tenían un sistema legal que lo permitía como una afirmación de ese derecho de la mujer; además el aborto no se traduce estricta y totalmente en una negación de la vida del niño antes del nacimiento, puesto que, la “mayor parte de los países que permiten el aborto lo reglamentan a fin de proteger el derecho del niño a la vida a partir de una determinada etapa de la vida fetal, reconociendo así la existencia de determinados derechos con anterioridad al nacimiento”⁴¹⁷. 3) popularizar la atención, protección y salud prenatal, lo que explica la causa de la meta 2 del Plan de acción de la Cumbre en Favor de la Infancia de 1990, relacionada con la reducción de la tasa de mortalidad materna.

Por otra parte, llama la atención el aditivo y la cláusula de salvedad que tiene la definición del niño- sujeto de derechos de la CDN: “*salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”.

Esta prerrogativa que parece defraudar y condicionar la definición del derecho internacional del niño, al derecho nacional de un país, también venía en el proyecto original de Polonia y fue el costo necesario para que la CDN siguiera su curso⁴¹⁸. Lo planteamos, primero a razón de que obligar a todos los países a formular los dieciocho años como el tramo final de la niñez, como en casi todos los países occidentales, habría implicado reformular la edad para el sufragio, símbolo de la adultez y la capacidad plena de obrar en la mayoría de democracias y Estados; por ejemplo, en lugares como Irán, Irak y Austria se adquieren facultades plenas para votar a los dieciseis años de edad.

Segundo, porque algunos “países consideraron que la aplicación de la Convención a toda persona menor de 18 años era inconveniente, y propusieron la edad de 14 o 15 como límite”⁴¹⁹. No quedando como otra opción, impulsar sustraer de la aplicación de la CDN a las personas que cumplieran la mayoría de edad en ciertos países, antes que se totalizara y tomara impulso la intención de reglamentar los derechos a un corto tramo de edad muy inferior a la definición del niño pautaada.

Concerniente a lo tratado mucho se ha dicho. Principalmente, que la mayoría de edad es un concepto impreciso y al serlo consiente discrecionalidad en la actuación del Estado para decir cuándo se es adulto y se anula la CDN. Algo muy cierto cuando en una normativa nacional se carece de una mayoría de edad estándar⁴²⁰. Existen heterogéneas mayorías de edad para una igual variedad de actividades civiles como conducir auto, consumir bebidas alcohólicas, casarse, ir a la guerra, adquirir armas, etc. Sin embargo, la mayoría de edad invocada en el artículo 1 de la CDN es la referida

417 Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 18.

418 “Los trabajos preparatorios demuestran la necesidad de esa cláusula, sin la cual habría sido difícil lograr un consenso sobre la edad de 18 años como criterio principal de la definición contenida en el artículo primero”. Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 19.

419 Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 19.

420 “el artículo primero parece presumir que en la legislación nacional del país en cuestión existe una definición única de mayoría de edad. Esta presunción no coincide con el Derecho Comparado, en el cual la mayoría de edad varía para efectos distintos”. Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 20.

al voto en un régimen democrático, considerada como la forma más común de señalar la madurez intelectual de una persona y su integración al poder político como adulto⁴²¹.

La duda que aparece y queda sin resolver evidentemente es ¿la disposición de la mayoría de edad política en un país limita la aplicación de derechos de la CDN? Creemos que no. En principio parecería que la edad política taja la CDN y deja a los adolescentes sin derechos en ciertos países. Sin embargo, la desactivación de los derechos es parcial y debe justificarse en el derecho internacional de los derechos humanos, a consideración que ella no puede dañar la integridad y la vida del adolescente en ciertos escenarios; es decir, es inaceptable la exposición a contextos y situaciones que dañen la vida por culpa y causa de la negación de un derecho con la excusa de la mayoría de la edad; por ejemplo el derecho a la protección de la vida en un centro especializado de justicia juvenil o en un conflicto armado. Justamente, previendo un abuso y tergiversación del artículo 1, el grupo de trabajo de la CDN, dejó estipulado y fijado tanto en el artículo 37 como en el artículo 38 una edad precisa como dispositivo de protección de la vida y a los derechos consagrados en todo su articulado: prohibiendo la aplicación de la pena capital y condenas de prisión vitalicias a menores de 18 años y el reclutamiento y participación en hostilidades a menores de 15 años; hecho posteriormente mejorado con el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la participación de niños en los conflictos armados de 2002 que precisó la edad en 18 años.

Así, mucho antes del supuesto permiso al Estado a invalidar derechos so pretexto de la mayoría de edad nacional, están los compromisos, reconocimientos y la protección de los derechos fundamentales de la persona humana desarrollados en otros instrumentos internacionales donde se amplía la protección hasta los 18 años de edad; en una clara alusión y vía libre a utilizar el recurso del principio “in dubio pro homine”. Razón por la cual, tratándose “de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención, toda disposición del Derecho interno que restrinja su aplicación tendría que ser justificada tomando en cuenta tanto las realidades sociales del país en cuestión como los principios fundamentales que inspiran la Convención y los principios generales del Derecho Internacional sobre los derechos humanos”⁴²².

3.4 ¿Cuáles son los derechos consignados en la CDN?

Comprendiendo el rango etario de aplicación de los derechos de la CDN, es acorde de una buena vez examinarlos. Al igual que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la CDN es guardiana de derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. Lo que revela que la CDN entra al club de los instrumentos de derechos humanos que dan por sentado el conflicto de la naturaleza superior de ciertos derechos que se vivió en 1966 con la separación de los derechos de origen occidental capitalista de los derechos de inspiración socialistas en dos pactos vinculantes⁴²³.

En esa época, brillaba la idea, aún hoy vigente de forma soterrada y más con la caída de la Unión Soviética, que “los derechos sociales, económicos y culturales ni

421 Por lo cual, es “particularmente difícil justificar la inaplicabilidad de algunos artículos de la Convención, y no de otros, so pretexto de que la legislación nacional establece criterios de mayoría de edad diferentes a tales efectos”. Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 20.

422 Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 20.

423 Nos referimos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

siquiera eran verdaderos derechos sino más bien meros objetivos, no susceptibles de la protección jurídica⁴²⁴. En contraposición, los derechos civiles y políticos aparecían como los únicos dignos de llamarse así, por el hemisferio occidental y liberal, al representarlos como acciones directas del hombre y la más manifiesta obstrucción al despotismo.

Con la formulación del principio de la indivisibilidad, como pauta de equivalencia entre todos los derechos, y al iniciarse el proceso de especificación para grupos vulnerados, la tendencia vivida en Naciones Unidas fue “incorporar en un solo instrumento todos los derechos fundamentales, cualquiera sea su naturaleza. Tal es el caso de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, por ejemplo, y de la Convención contra Toda Forma de Discriminación contra la Mujer”⁴²⁵.

La CDN sigue esa línea y tradición de las convenciones de derechos específicos en plena guerra fría, que impedía, más el ya mencionado principio de indivisibilidad, una polarización, monopolización o concentración de un grupo de derechos en un instrumento internacional de derechos humanos. En su interior residen, por ende, el conjunto de derechos, adaptados a las condiciones de vida de la infancia, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

De todas maneras, esa traducción prontamente sufre una metamorfosis de nomenclatura o léxico nombrante que llama la atención. Es decir, a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales existentes en la CDN, se les sintetiza y llama con tres categorías conocidas como los derechos de las “tres pes”: provisión, protección y participación. Básicamente, porque a la hora de promocionarse la CDN se pensó, de parte de las organizaciones internacionales no gubernamentales (OING) que participaron de su redacción, que facilitarían la “comprensión del significado de la Convención para el público en general, no familiarizado con la terminología especializada de los derechos humanos, así como [evitaría] el uso de los términos a partir de los cuales surge la polémica distinción entre derechos sociales, económicos y culturales, por un lado, y políticos y civiles por el otro”⁴²⁶. A ciencia cierta, la segunda razón, fue la de peso para tomar esa decisión, en camino de evitar una nueva discusión y negociación sobre cuáles derechos del niño son de suma importancia, o deben ir adelante para su validación.

Ciertamente, la categorización de las “tres pes” no es la única para agrupar los derechos de la CDN, pero a diferencia de la que socializa Unicef⁴²⁷, esta clasificación es la más correcta y amable para explicar las tareas del Estado con la brújula de la protección integral, la cual solamente es posible y veraz, cuando se conjugan en leyes y políticas públicas los derechos organizados en las “tres pes”. Sin más, veamos los derechos por medio de la organización de esas categorías:

424 Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 22.

425 Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 22.

426 Op.cit. PILOTTI, Francisco. Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto. p. 50.

427 La Unicef crea cuatro categorías en la etapa de la adecuación legislativa y administrativa de la CDN en los noventa, que cambian las que venía trabajando las OING, y tratan de presentarse como las oficiales. Se compone de cuatro categorías que se cimientan siguiendo su misión tradicional que viene de 1946. Las categorías son: 1) Derechos de supervivencia; 2) Derechos de desarrollo; Derechos de protección; 4) Derechos de participación. Véase UNICEF. Manual de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño. Nueva York. 1998. No obstante, en el informe mundial de Unicef relativo al vigésimo aniversario de la CDN, esta agencia de la niñez, habló de tres categorías, resumiendo las dos primeras en una. Véase Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. Edición Especial. p. 15.

3.4.1 Derechos de provisión

Son los derechos madres para la dignidad del NNA. La base mínima para que una persona adulta, o infanto-adolescente pueda desarrollarse óptimamente en lo físico, social, psicológico y espiritual. Son los derechos que fijan el compromiso del Estado con un ciudadano, pues se refieren a la distribución, acceso y disfrute de recursos materiales y servicios determinados como básicos para vivir dignamente. Y alcanzar un nivel de vida digno, trasciende el mero hecho de supervivir o mantenerse con vida gracias a la satisfacción de necesidades físicas; también refiere a la “satisfacción de las necesidades humanas de orden superior (mundos subjetivo e intersubjetivo, y mundos social y simbólico)”⁴²⁸.

Adicionalmente, estos derechos representan garantías, condiciones y la infraestructura legal y física para evitar la protección reactiva de derechos. Por ejemplo, si a menudo mueren NNA por desnutrición, por consumir agua contaminada, o por enfermedades diarreicas es deber del Estado en seguimiento a los derechos de provisión, evitar esos sucesos tan lamentables con políticas alimentarias, el desarrollo de fuentes de agua potable y la creación de redes de alcantarillado. Es decir, anteponiéndose con la promoción del goce de condiciones para una vida digna.

Por lo tanto, los derechos de provisión incluyen el “derecho a la atención médica, a la educación, a condiciones de vida adecuadas, a la alimentación y a la vestimenta, a una vivienda digna, a la seguridad social. También abarcan el derecho a tener un nombre, a estar inscrito en los registros de nacimiento y a una nacionalidad”⁴²⁹. Analicémoslos, uno a uno:

3.4.1.1 Artículo 7-Derecho a un nombre y una nacionalidad: *“1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

Este derecho es un servicio prioritario a la hora de poder vivir otros derechos de provisión, o sociales en la jerga adulta. Sin la oficialización de la existencia, con un nombre y la nacionalidad, en la conciencia del Estado, es imposible gozar de las responsabilidades que le atañen con la CDN.

Por ejemplo, en el Perú, a inicios de los noventa aproximadamente 190.000 niños al año no fueron inscritos en los registros de sus municipalidades y quedaron a la intemperie institucional, por la falta de una partida de nacimiento⁴³⁰.

La ausencia de un trámite y un sello, que oficialice el nombre en un registro público, trae como consecuencia que el NNA no sea atendido en una red hospitalaria, el rechazo en la matriculación en un colegio y que tenga inconvenientes para sacar su documento de identidad, cuando en sus cuentas, cumpla la mayoría de edad, entre tantos obstáculos contables. Por esto, es

428 Op.cit. DURÁN, Ernesto. Los derechos de los niños y las niñas: marco general y puntos de debate. p. 48.

429 Op.cit. LIEBEL, Manfred. p. 23.

430 VALENCIA, Jorge. Derechos Humanos del Niño. Instituto Peruano de Derechos Humanos. Lima. 1990. p. 130.

cardinal su validación con estamentos de registro del Estado focalizados en centros urbanos e itinerantes para las gentes rurales con costos módicos e incluso gratuitos. Sin duda, el paso inaugural para los derechos de provisión es que el Estado sepa a ciencia cierta cuántos NNA existen y cómo se llaman.

3.4.1.2 Artículo 8-Derecho a la identidad: *“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiada con miras a restablecer rápidamente su identidad”.*

Este derecho es un reforzamiento del anterior; al crear un concepto jurídico que lo incluye, por cierto novísimo para la infancia: la identidad. Efectivamente, la identidad en la CDN se define por tres componentes primarios: la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares; es decir, de las respuestas a de dónde soy, cómo me llamo, y de dónde vengo.

Este derecho, tiene un fin garantista y protector del concepto creado. De tal modo, la protección y el restablecimiento de los papeles señaladores del nombre, la nacionalidad y un vínculo familiar real, en la hipótesis de su privación o plagio ilegal, es una tarea del Estado para evitar que situaciones como la acaecida en la Argentina durante la dictadura vuelvan a tener lugar.

3.4.1.3 Artículo 9-Derecho a no ser separado de los padres: *“1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.*

El derecho del los NNA a no ser separados de sus padres, a menos que su estadía y cercanía vulnerara el ISN, o la integralidad de los demás derechos es otra columna de los derechos de provisión⁴³¹. A pesar que ya lo tratamos

431 La separación no puede ser arbitraria por el Estado, sino regirse a derecho. A las garantías y salvaguardias dispuestas.

en el punto referido al principio del ISN, es oportuno ajustar sus incisos 2 y 4. En el segundo, se reafirma, o dilucida si se quiere, el propio ISN, al ordenar que cualquier NNA tiene derecho a dar su opinión, de manera semejante que sus progenitores en cualquier decisión judicial que ordenase la separación; medida garantista para evitar una acción autoritaria del Estado.

Por otra parte, en el apartado cuarto, se contempla una respuesta estatal interesada en proteger lazos familiares, cuando la separación es natural, a causa de fallecimiento, o involuntaria a un maltrato, divorcio, o separación de los padres, por una medida adoptada por la institucionalidad como la detención, el encarcelamiento, el exilio y la deportación de uno, los dos padres, o del NNA. En esos casos de ausencia total del binomio parental, el Estado debe informar al NNA del paradero o ubicación de sus progenitores, cada vez que él lo solicite⁴³².

3.4.1.4 Artículo 10-Derecho a reunirse con la familia: *"1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.*

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención".

El derecho a reunirse con la familia, tiene un tono afirmativo del espíteme del artículo 9. Con la consagración del derecho anterior el Estado adquiere la obligación de no separar a los NNA de sus padres y en la desventura de hacerlo por razones de seguridad nacional y políticas migratorias, mediante exilios y deportaciones, no basta con informar sus paraderos a los hijos menores de edad como lo indica el inciso 4 del artículo 9; también es su deber generar canales administrativos favorables para la reunificación del NNA y los padres que se encuentran en países diferentes. En concreto, dar luz verde a toda solicitud de reunión familiar para salir o entrar en un Estado parte de la CDN es una obligación adquirida. Negarla sería anteponer intereses políticos al humanitarismo consagrado en el inciso 1 del artículo 10.

El inciso 2 apoya a la vez el derecho a no ser separado de los padres, recalcando que el NNA cuyos padres habiten en el exterior tiene derecho a

"En primer lugar, según su inciso primero, la decisión de separar un niño de su familia sólo puede ser tomada "por las autoridades competentes, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables", y "a reserva de revisión legal". Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 27.

432 Sobre esto, Daniel O'Donell señala: "El principio de la unidad de la familia implica no sólo el derecho de los miembros de una familia a vivir juntos, sino también el derecho de éstos de tener información sobre los miembros ausentes en caso de separación de la familia y de mantener contacto entre sí". Op.cit. VALENCIA, Jorge. Derechos humanos del niño. p. 133.

relaciones personales y contactos directos con ellos, periódicamente, es decir, en más de una ocasión se permite y apoya salir o entrar, ítem sus padres, a un Estado parte con el objetivo de la reunificación familiar. Cualquier obstáculo impuesto al disfrute al reintegro familiar cuando los padres, o los NNA viven fuera de las fronteras nacionales es una violación de este derecho.

Las únicas excepciones válidas para que un NNA o sus padres no salgan de cualquier país signatario de la CDN estarán sujetas a las restricciones presentes en las leyes nacionales, necesarias para proteger el orden público y los derechos de otras personas; por ejemplo conceder una salida a una persona requisitoria por algún crimen, o permitir la reunificación familiar sin prever que está va a favorecer la vulneración de la integridad del NNA por objeto de maltrato o descuido sería un factor de recesión del derecho a la reunión familiar.

3.4.1.5 Artículo 18-Derecho a la crianza y la educación por los padres: *“1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.*

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”.

Consagrar como derechos de los NNA la no separación de los padres y la reunión con la familia tiene un legible propósito: que la familia desarrolle la crianza y la atención inmediata de los derechos, tal y como lo ordena el presente artículo. Los Estados calculan que proteger a la familia es la decisión más idónea para proteger al NNA. Ese aval jurídico garantista de la unión familiar, trae para los padres la responsabilidad de criar y educar a los NNA teniendo en mente el ISN.

La crianza para la CDN trasciende la permanencia de los padres con los hijos y la transmisión de valores. Desde la protección integral se regula tratando de promover y hacer reales, por sobre todas las cosas, los derechos consagrados, de ahí que, se deje como recordatorio de la función parental el ISN.

Empero, acertar los derechos sociales de los NNA como una pauta de crianza y desarrollo, es una labor que resulta complicada e irregular para muchas familias, pues va atada indefectiblemente a sus ingresos económicos. Por esto, no es casual que en el inciso 2 del artículo 18 el Estado adquiera la obligación de prestar asistencia a los padres, por medio de instituciones, instalaciones y servicios sociales, para que estén en capacidad de aplicar los derechos reconocidos por la CDN; adquiriendo la crianza un aire público opuesto a una acción estrictamente privada⁴³³.

433 “El reconocimiento de esta obligación del Estado hacia la familia le aporta a la Convención un enfoque equilibrado y

Cabe mencionar que, este respaldo institucional no es un apoyo ni una invitación a la abulia productiva de las familias. Recuérdese que a ella le incumbe la responsabilidad “primordial” de la crianza.

Y para que esta se pueda dar sin problemas, aparece en el inciso 3, la especificación de un servicio social crucial al que se compromete el Estado, que evita la invocación del coratutelas ante los padres por el abandono del niño en sus afanes de irse a trabajar. Las instalaciones de guarda, o guarderías estatales especializadas en el cuidado de los niños en horarios laborales, son pensadas para que sus padres vayan al trabajo y obtengan rentas para la satisfacción de los derechos de sus hijos. Un ejemplo, merecedor de nombrarse, de cómo este derecho se convirtió en política pública, es el programa de atención infantil Wawa Wasi del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES) en Perú que, aproximadamente, desde 1993 brinda el servicio de guarderías infantiles a familias de escasos recursos para permitirles utilizar su tiempo en el trabajo⁴³⁴.

Con estas medidas el Estado se decide a legitimar a la familia como principal benefactora y tutora del NNA, pero simultáneamente se atreve a protegerla con políticas públicas, como una apuesta a que su existencia es la mejor garantía y antesala al bienestar del NNA. Claramente, nada “expresa mejor la importancia de esta forma de enfocar la corresponsabilidad del Estado y de la familia que el dicho brasileño “No hay menor abandonado sin familia abandonada”⁴³⁵.

3.4.1.6 Artículo 23-Derecho a atención y cuidados especiales de los NNA con habilidades diferentes: *“1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.*

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el

realista evitando caer en un tratamiento excesivamente liberal que atribuiría a la familia toda la responsabilidad para el bienestar del menor, ignorando la corresponsabilidad del Estado”. Op.cit. O’DONELL, Daniel. p. 26.

434 Los Wawa Wasi son adjudicaciones monetarias a madres de familia para que brinden el servicio de guardería en sus hogares. Para el 2008 existían en Perú, principalmente, en zonas urbanas 6.678 Wawa Wasi que atendían a 53.000 niños de entre 48 meses y seis años. A lo largo de los años se ha convertido en el programa estrella del Estado peruano para la infancia, con un paulatino aumento de su presupuesto. Para el 2007 tenía una inversión de 48 millones de soles, en comparación al 2010 que tuvo una inversión de 70 millones de soles. Para el 2012 se calcula por parte del programa una inversión de 75 millones de soles. A pesar de los logros del programa y del incremento presupuestario, es lamentable, el pensamiento de la institucionalidad peruana que considera que con un solo vértice de la CDN se ha cumplido con los derechos de provisión.

435 Op.cit. O’DONELL, Daniel. p. 26.

niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

Este derecho resume “en forma sintética los elementos centrales de la Declaración de los Derechos de los Impedidos, de 1975”⁴³⁶. La CDN aprovecha el desarrollo anterior en el tema para redefinir derechos para los NNA con discapacidades mentales y físicas. ¿Por qué lo hace? Al parecer, porque las evidencias empíricas de la segregación y exclusión contra las personas con discapacidad eran mayores en la época y con particular fuerza se concentraban en los NNA. Al punto que, tardíamente, fue necesario consolidar para las personas con discapacidad derechos específicos con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el 2006.

Todo esto lo deja presentir el inciso 1 del artículo 23, que toma en consideración las particularidades de los NNA discapacitados, al sentirlos como una de las poblaciones infanto-adolescentes más vulneradas. En el mencionado inciso aparece el término “deberá” como una apuntación del principio de la no discriminación para que el Estado tenga en una altísima consideración la dignidad, la autonomía y la participación de los NNA discapacitados en las instituciones culturales; sus impedimentos físicos o mentales, no pueden ser una causal de separación en las decisiones privadas y públicas.

Seguidamente, el inciso 2 subraya que la vida plena del NNA discapacitado es posible si recibe cuidados especiales, traducidos en el inciso 3, como la asistencia en educación, servicios sanitarios, esparcimiento, preparación para el empleo y esparcimiento especializado para él. Que el Estado tenga en cuenta el derecho a la asistencia y cuidados especiales de los NNA con discapacidad, significa que tienen que crearse centros de enseñanza especializados, con tutores y aulas prestas a una comunicación a todo nivel; espacios de recreación que permitan su ejercicio, servicios sanitarios acordes a su discapacidad tanto en esos mismos espacios, como en lugares de audiencia pública: centros comerciales, bibliotecas, parques, etc.

Misión que requiere de un censo y ubicación geográfica de esta población para la focalización de la inversión pública, que muy a pesar de la expresión del inciso 2 “sujeción a los recursos disponibles” tiene que llevarse a cabo, dado que con anterioridad en el inciso 1 el Estado se comprometió a que el NNA impedido tuviese una vida digna, hecho imposible, si se empieza por eliminar su derecho. La interpretación, nos lleva a sugerir que la excusa económica es inaceptable para evitar la atención y cuidados especiales a los NNA con habilidades especiales.

436 Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 25.

Asimismo, como lo pauta el inciso 3, los servicios generales prestados a la infancia con discapacidad, en la medida de lo posible serán gratuitos, habida cuenta de la situación económica de sus padres.

Por último, señala el artículo 23 en su inciso 4, la obligación de los Estados en realizar convenios de cooperación internacional para mejorar y ahondar en la excelencia de los servicios sociales prestados a los NNA con discapacidad, a través del intercambio de información novedosa y básica en lo referido a: atención sanitaria preventiva, tratamiento médico y psicológico, métodos de rehabilitación y servicios de enseñanza y formación profesional. Aunque, se puede creer que “si no existe este tipo de medidas de una adecuada cooperación internacional, será difícil que esta protección sea efectiva”⁴³⁷, habría que tener en cuenta que la resolución de este derecho depende del Estado y sus políticas para abordar el fenómeno, incluidas las de cooperación, más que de las voluntades foráneas; la voluntad empieza en el escenario nacional y en el compromiso estatal de hacer vitalicia la vida digna del NNA con discapacidad. La cooperación internacional es un añadido, un plus para estar a tono de la vanguardia en la atención médico-sanitaria y profesional que se enlaza con este derecho.

3.4.1.7 Artículo 24-Derecho a la salud y los servicios sanitarios: *“1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.*

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

- a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;*
- b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;*
- c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;*
- d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;*
- e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;*
- f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.*

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

437 Op.cit. VALENCIA, Jorge. Derechos humanos del niño. p. 143.

El derecho a disfrutar del más alto nivel de salud se consagró “por primera vez en la carta de constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1946”⁴³⁸. Luego fue siendo incluido y reconocido en “la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, [y] el Protocolo de San Salvador”⁴³⁹.

Solamente hasta el año de 1989 con la aprobación internacional de la CDN, el derecho a la salud se especifica como un deber del Estado con la infancia. En el artículo que expresa el derecho en cuestión, en su inciso 1, las institucionalidades del mundo reconocen como una cualidad del NNA “el disfrute del más alto nivel posible de salud” y a la atención médica, es decir, al tratamiento como a la prevención de enfermedades por parte del aparato público competente.

Vale acotar, que esa escritura pudiese provocar incertidumbre sobre la calidad o la eficiencia del servicio de salud que brindaría el Estado al NNA. Sin embargo, esa expresión es aconsejable no verla como una categoría vaga y presta a afianzar confusiones; sino como un indicador de cómo debe ser la salud: opuesta al nivel mínimo y más paupérrimo de un servicio de salud en todas sus estaciones: prevención, tratamiento y rehabilitación.

A posteriori del reconocimiento al derecho a la salud, se dice que los Estados se “esforzarán” por asegurar que a ningún NNA se le prive de la vivencia de su derecho; conjugación futura que indica que es vital sancionar, penar y eliminar con leyes y políticas públicas las resistencias administrativas, económicas y adultocentristas que pongan en juego la vida de una NNA ante la posible negativa de atención en un sistema de salud público. Dos grandes ejemplos, muestran la comprensión de este trozo textual del inciso 1. Por un lado, destaca el Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia que “establece un cronograma progresivo de cumplimiento al 2010 mediante la creación e implementación del sistema de salud integral para la infancia y la adolescencia e incluso una multa de hasta 50 salarios mínimos para las autoridades o personas que omitan la atención médica de las personas menores de edad”⁴⁴⁰. Por el otro, Costa Rica que prohibió en su normativa nacional “negar la atención médica bajo la excusa de la ausencia de sus representantes legales, carencia de documentos de identidad o falta de cupo”⁴⁴¹; algo importantísimo, puesto que, el NNA se desliga de un apoderado para la atención sanitaria, máxime cuando percibe síntomas peligrosos de un enfermedad.

Retomando, cierto es que, al hablar del compromiso de los Estados por el “más alto nivel de salud”, la CDN se expone a primera vista a un dictamen discrecional de los funcionarios públicos de la salud; de hacer y ordenar

438 MORLACHETTI, Alejandro. Legislaciones nacionales y derechos sociales en América Latina. Análisis comparado hacia la superación de la pobreza infantil. Serie Políticas Sociales 164. 2010. P. 23.

439 Ibid. p. 24.

440 Ibid. p. 24.

441 Ibid. p. 24.

como política de Estado lo que ellos quieran. Pero la cosa no es tan así. Dicha categoría es definida por el inciso 2, al señalarse y enumerarse las medidas apropiadas que tienen que ser garantizadas para la plena aplicación de este derecho, o si se quiere para que el “más alto nivel de salud” se concrete. Nos referimos a: a) la reducción de la mortalidad infanto-adolescente por enfermedades prevenibles; b) la prestación de asistencia médica y sanitaria, haciendo hincapié en la atención primaria de salud; c) el combate a las enfermedades y a la malnutrición con políticas de alimentación y la construcción de redes de agua potable y alcantarillado; d) asegurar atención médica a las mujeres embarazadas; e) educar y orientar mediante campañas públicas a los padres y a los niños en los principios básicos de la salud, la nutrición, la lactancia materna, la higiene, el saneamiento y la prevención de accidentes; f) desarrollar programas de atención preventiva de la salud y servicios de planificación familiar. Advertimos, según lo que dice la propia CDN, que si se aplazan estas tareas, se concretan en lo mínimo, o se atienden por separado, el “más alto nivel de salud” se deformaría a una quimera jurídica.

En el inciso 3 del artículo 24, tiene lugar lo que se ha comprendido como una prevalencia de los paradigmas y categorías occidentales sobre el niño; al establecerse que el Estado tiene la potestad de adoptar y aplicar todas las medidas que considere para abolir las prácticas tradicionales deliberadas como perjudiciales para la salud del niño. Lo común ante este precepto normativo es creer que su fundación se dio para eliminar la ablación femenina que se practica en algunos países africanos.

Sin embargo, la lectura solitaria y eurocéntrica de este inciso esconde un peligro para los pueblos originarios y las comunidades campesinas latinoamericanas que si bien no practican la circuncisión femenina, sí tienen en sus cotidianidades ritos y tradiciones médicas por fuera del circuito de la medicina occidental, hospitalaria, quirúrgica y química. El peligro radica en una falta de rigor del inciso 3, ya que carece de una definición de las prácticas dañinas al NNA; o sea, “da lugar a malos entendidos, pues no queda claro qué es lo que quiere decir exactamente. De hecho, dependiendo del interés que uno persiga, el artículo inconcluso da lugar a la discriminación global de costumbres y médicos tradicionales (curanderos, chamanes), sobre todo, porque no se menciona en ningún lugar el aporte positivo de la prevención de salud y de la medicina tradicional”⁴⁴².

La discrecionalidad, entonces, podría colarse a la hora de aplicar este inciso, al validarse desde la perspectiva del funcionario público encargado de esa labor. No obstante, la actuación erradicacionista de una práctica dañina para la salud del NNA con sustento en la subjetividad es una acción ilegal y conculcadora de la CDN. Por lo que, no hay que asustarse con lo que dice textualmente el inciso 3. Particularmente por dos razones: 1) la interdependencia del articulado está para potenciar y mejorar los errores incluidos en la CDN. Ya en el análisis efectuado del preámbulo surgió la conclusión que las tradiciones y los valores de cada pueblo son piezas implícitas de la protección y el desarrollo del NNA en un contexto determinado como lo reconoce su párrafo undécimo⁴⁴³. En

442 Op.cit. RECKNAGEL, Albert. p. 62.

443 El duodécimo párrafo del preámbulo señala “la importancia de las tradiciones y los valores de cada pueblo en la protección y desarrollo armonioso del niño”. “En materia de derechos humanos, los instrumentos internacionales

consecuencia, intentar abolir y prohibir, por ejemplo, formas de alimentación, o ceremonias con medicina natural, por ser maneras distintas de atender las necesidades fisisicológicas del NNA es una interpretación errónea de la interdependencia de la CDN y el mandato del preámbulo. 2) una política y ley derivada del inciso 3 enfocada a eliminar una práctica cultural, tiene que tener un acento y diagnóstico previo de la antropología que explicita la significación de la misma, sumado a pruebas verídicas que evidencien la exposición al riesgo y daño de la salud del NNA.

Emprender una cruzada sin conocimientos reales sobre la vulneración de la salud de un NNA en una comunidad es apurar y camuflar expresiones colonialistas a través del derecho. Por supuesto, al plantearlo, no tratamos de afianzar el recurrente relativismo cultural para sublimar y glorificar todas las relaciones de los pueblos indígenas en torno a la salud. Las conductas que se comprueben como inaceptables por violar la integridad, la dignidad y los derechos del NNA, como es lógico tendrían que tener el destino que traza el inciso 3. Pero para evitar confusiones sería apropiado reglamentar en las legislaciones nacionales latinoamericanas el derecho a la salud, como el servicio complementario de la medicina fundamental, con las estructuras de salud tradicionales que incluyen sus saberes en las plantas medicinales y métodos de curación.

En el inciso 4, que cierra el artículo 24, se establece el compromiso de los Estados para promover la cooperación internacional con el objetivo de “lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en este artículo”. A saber, políticas de cooperación que ayuden a hacer posible todo lo establecido en el inciso 2, de manera paulatina hasta lograrse una consolidación de cada uno de los componentes que enumera. Eso sí, comprometerse a consolidar la cooperación para los países en vía de desarrollo es incompatible a pensar que la realización del derecho a la salud se decide por la inversión extranjera. Cada Estado con este derecho debe definir una política fiscal especializada, con recursos propios, adherida al apoyo de la cooperación internacional para cumplirlo a cabalidad.

3.4.1.8 Artículo 25-Derecho a la salud en condiciones de internamiento: *“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental, a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación”.*

El artículo 25 es una reafirmación del derecho a la salud para los NNA en condiciones de internamiento y de su texto pueden hacerse dos interpretaciones.

Una primera que los NNA internados en establecimientos por el Estado para atender, proteger o tratar su salud física o mental, tienen derecho a un examen

a veces parecen contemplar los valores y tradiciones culturales “no universales” como posibles limitaciones u obstáculos a la realización de los derechos fundamentales de la persona. Si bien esos efectos negativos no pueden ser desconocidos, la manifestación de fe en tales tradiciones, y su llamado implícito al rescate de aquello que favorece al niño en cada cultura y sociedad, representa una nueva óptica, más pluralista y, por lo tanto, más universalista, en el verdadero sentido de la palabra”. Op.cit. O’DONELL, Daniel. p. 19.

periódico del tratamiento en el que se encuentran y a cualquier exigencia médica repentina de su enfermedad. Por lo tanto, los NNA que fueron hospitalizados invocando su derecho al “disfrute del más alto nivel posible de salud”, por añadidura tienen la ventaja de beneficiarse de una evaluación clínica posterior de la enfermedad que los llevó al internamiento hospitalario; esto es, tiene derecho a una evaluación preventiva que impida el retorno de la enfermedad.

La segunda se generaliza para todos los NNA en situación de internamiento por violencias familiares, abandonos, enfermedades, o violaciones a la ley penal. Estar en un recinto privado por un determinado tiempo, no revoca de ningún modo el derecho a gozar de atención médica y de servicios alimentarios, sanitarios y de agua potable. Al igual, que no deroga la obligación de aquellos centros de internamiento, como los puericultorios o los hogares de protección, a realizar exámenes periódicos sobre el estado de salud física y mental de sus habitantes menores de edad. Para lo cual, es obligación del Estado dotarlos de una infraestructura y de personal capaz de cumplir tal cometido normativo.

3.4.1.9 Artículo 26-Derecho a la seguridad social: *“1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional. 2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre”.*

El derecho a la seguridad social es completamente novedoso para la infancia. En Latinoamérica se ha enfocado a la adolescencia trabajadora de la empresa formal. Se sabe que todos “los códigos de niñez y leyes de protección reconocen el derecho a la seguridad social a las personas adolescentes que trabajan y dentro del marco de los derechos laborales”⁴⁴⁴.

Pero la seguridad social ordenada por el artículo 26 sobrepasa el tema de la protección de los derechos laborales de los adolescentes y se masifica para toda la infancia como lo deja ver su inciso 1: “Los Estado Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social...”. Es decir, todos los NNA tienen derecho a beneficiarse del servicio del Estado para afianzar derechos sociales básicos.

En el mismo inciso 1 al Estado se le ordena que vaya más lejos del reconocimiento y adopte políticas y leyes para concretar la seguridad social para los NNA. Indudablemente, consolidar la seguridad social para todos los NNA es un absurdo y una acción innecesaria, más aún, cuando la infancia en términos demográficos representa la mayor parte de la población en cada uno de los países latinoamericanos y el concepto de seguridad social se creó para proteger a los sectores sociales con mayores privaciones económicas y con posibilidades de vulneración de sus derechos⁴⁴⁵.

444 Op.cit. MORLACHETTI, Alejandro. p. 25.

445 Una muestra de una ley de seguridad social la brinda Brasil, con la Ley 10835 de 2004 que “estipula una renta básica de ciudadanía como derecho para todos los niños y niñas de menos de 5 años sin importar cuál es su condición socioeconómica. La ley estipula esto como un objetivo progresivo, priorizando en su implementación a las personas

Por tal razón, el inciso 2 condiciona la seguridad social y las prestaciones monetarias a los NNA pertenecientes a los estratos socioeconómicos más deprimidos, o teniendo en cuenta la situación económica de los padres, o de los tutores encargados del mantenimiento del niño. Así, los subsidios o bonos de la seguridad social aparecen, en el diseño de la CDN, como una forma de consolidar la obligación parental de la crianza y la protección de los derechos de sus hijos cuando en definitiva escasea el dinero.

Vale cerrar este derecho señalando que, la seguridad social es un derecho a exigirse por parte de la sociedad y a diseñarse por el Estado con suma responsabilidad y cuidado. A largo plazo puede ser un arma de doble filo que apacigua los derechos sociales, o de provisión fundamentales como la educación, la salud, la alimentación y la vivienda.

La seguridad social es gasto social directo al bolsillo del ciudadano. Entrega o transferencia de dinero a los desfavorecidos de una sociedad. Quedarse únicamente en el desarrollo de esta acción, puede significar, como en el caso del Perú con el Programa Nacional de Apoyo Directo a los más Pobres-JUNTOS, o en Colombia, con el Programa Familias en Acción, fosilizarse en medidas temporales para hacerle frente a las recesiones económicas y priorizar la administración de la pobreza, más que la superación por vía de la aplicación integral de los derechos de provisión.

De tal modo, inscribirse y obtener beneficios de la seguridad social pudiese apaciguar los ánimos de los sectores populares; crear estelas de inclusión social y de cumplimiento del Estado con la CDN. Inclusive, favorecer el estándar mínimo de la responsabilidad primaria de los padres con la crianza, pero nunca sería una herramienta de cambio para dejar atrás la pobreza y las posibilidades de que se violen los derechos de los NNA. A todo esto, acentuamos, que una de las facturas epistemológicas que se proponen los derechos humanos y la CDN a corto y largo plazo es la superación de la pobreza mediante la realización integral de los derechos sociales.

3.4.1.10 Artículo 27-Derecho a un nivel adecuado de vida: *"1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.*

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios

internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados”.

Con este derecho, tal vez, aparezca la misma sensación que deja en un comienzo “el nivel más alto de salud” del artículo 24. Sin embargo, como en ese caso, el derecho a un “nivel de vida adecuado” tampoco es una categoría gaseosa. En el inciso 1, donde aparece enunciada, reposan dos ordenanzas y conceptos importantes para entenderla: 1) El nivel de vida adecuado es el estatus de goce, o la consagración de la protección de los derechos sociales vitales para el desarrollo de un NNA; 2) sin un nivel de vida adecuado es inalcanzable y mentiroso el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de un NNA. En conclusión, sin todos los derechos sociales no hay nivel de vida adecuado y sin este no hay desarrollo.

Haciéndose pública ésta condición para el desarrollo infanto-adolescente; resulta gravísima su evasión y urgente el esfuerzo de las autoridades públicas y privadas para que se conquiste el “nivel de vida adecuado”. Solamente palpable cuando los derechos sociales son validados por medio de políticas públicas siguiendo las pautas de la CDN.

Queda claro, que así como el ISN es una especie de derecho procesal para que se revise y tome en cuenta cada derecho de un NNA en un proyecto, política pública y decisión judicial, o administrativa con fines de afianzar su dignidad; el “nivel de vida adecuado” tiene un talante similar, como la utopía a lograrse con los derechos de provisión para una vida digna y favorecedora del desarrollo humano.

Sin lugar a dudas lograr el “nivel de vida adecuado” del NNA es uno de los objetivos centrales del Estado y la familia planteados por el artículo 27. En el inciso 2 se otorga la responsabilidad primaria y directa a los padres de proporcionarle tal calidad de vida, según, sus medios económicos para el desarrollo del NNA. Mandato que ya se intuía desde el artículo 18, cuando señalamos que, criar iba un poquito más lejos de convivir con el NNA.

En el inciso 3 los Estados asumen la corresponsabilidad de apoyar a los padres, o a los tutores de los NNA para la efectividad del derecho de un “nivel de vida adecuado”, al ser conscientes que “el nivel de vida de los niños puede variar en paralelo con el nivel de vida de sus padres, y qué habrá desigualdad entre niños, igual que existe entre adultos”⁴⁴⁶. La meta del Estado es cerrar la desigualdad sabida. Primordialmente, con asistencia material (reafirmando el derecho a la seguridad social) y programas y políticas de nutrición, vestuario y vivienda. De tal manera, estos recién mencionados compromisos públicos, se suman a la educación y a todos los ejes del “el nivel más alto de salud” como las garantías, o los componentes para hacer realidad el derecho “al nivel de vida adecuado”⁴⁴⁷.

446 Op.cit. GAITAN, Lourdes. p. 73.

447 El nivel de vida adecuado no se puede simplificar solamente a vestido, nutrición y vivienda. Se conecta con la totalidad de los derechos de provisión, de ahí que no sea un concepto, como lo piensa Gaitan que recoge los rasgos de un modelo residual y asistencialista de bienestar. Op.cit. GAITAN, Lourdes. p. 73.

Toda esta posición de la corresponsabilidad para afianzar los derechos sociales, ha sido altamente criticada por la orientación familiar que tiene el inciso 2, por resultar “bastante explícita con respecto a los derechos y obligaciones de los padres y en cierto modo vaga en lo que atañe a las responsabilidades de los Estados y las sociedades”⁴⁴⁸.

También se ha agregado como reproche que los Estados, “con vistas a la prevención, tiene responsabilidades indirectas para promover y mantener las habilidades y capacidades de los padres y de modo subsidiario, responsabilidades directas sobre el bienestar del niño si los padres no atienden debidamente sus obligaciones”⁴⁴⁹.

Algo que leyendo la CDN y sus artículos, en especial, estos de la provisión pareciera correcto. Pero confiamos en postular que cualquier Estado cuando firma un instrumento de derecho internacional, para nuestro caso la CDN, jamás tiene responsabilidades secundarias, indirectas y vinculadas en exclusivo a lo jurídico⁴⁵⁰. Es verdad que los artículos ponen como un asegurador de los derechos al Estado, pero si se mira a fondo es un suministrador base, preliminar, a la responsabilidad de los padres. Esto es, el Estado tiene una responsabilidad directa y política para la estabilidad de los derechos de los NNA. Que a la hora de la hora la familia termine asumiendo, en sus desventuras y logros, toda la realización de los derechos sociales de sus hijos es un cuento muy distinto.

Por otra parte, es desacertado reprochar la orientación familiar; imprescindible y necesaria para la aplicación de los derechos de los NNA. Si bien es cierto, que su existencia no se trasluce en una evidente protección del NNA, sobre todo, si se pone sobre la mesa que uno de los factores históricos que impulsaron las primeras dilucidaciones de los derechos, mucho antes de la primera guerra mundial, fue la violencia intrafamiliar; a saber, los derechos de los NNA tienen como abono lo que se podría bautizar como la crisis de la privatización: los encargados de proteger eran a la par victimarios de los NNA.

Es igualmente verdadero que el niño nace por lo general en esta institución social; no cae del cielo y aterriza en la intemperie social. Y el Estado en pro del bienestar de la infancia adquiere un compromiso con las dos, que permite entender, la razón de otorgar los beneficios descritos en el inciso 3 al grupo familiar en su conjunto, como un mecanismo para dárselo a los NNA.

En último lugar, el inciso 4, saca a la luz el tema de la pensión alimenticia. Los Estados al dejar establecido que la responsabilidad primordial de la crianza y del “nivel de vida adecuado” corresponde, en la relación inmediata con el NNA a los padres, o a los tutores que los tengan a su cuidado; y previendo que las separaciones y divorcios pueden afectar esos compromisos, se comprometen a crear leyes y políticas que aseguren la pensión alimenticia del NNA, sin importar que alguno de los progenitores viva en el extranjero. Esta medida,

448 Op.cit. GAITAN, Lourdes. p. 73.

449 Op.cit. GAITAN, Lourdes. p. 73.

450 No hay que creer e interiorizar que el Estado tiene como mandato de la CDN proteger y vigilar los derechos débilmente, porque, de manera inmediata la exigibilidad de los derechos que pueda hacer la sociedad civil y las organizaciones de NNA será débil de entrada.

intenta, cohesionar el binomio de financiación de derechos que representan los padres, juntos, o por separado.

3.4.1.11 Artículo 28-Derecho a la educación: *“1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:*

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;*
- b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;*
- c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;*
- d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;*
- e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.*

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

En la tradición occidental de preparar al NNA para el futuro y hacerlo un sujeto competente la educación jugó siempre un papel destacado. La escuela se constituyó en el lugar donde se satisfacían las exigencias del naciente modelo capitalista, mientras en la familia el NNA recibía valores y protección: “los niños deben poseer mayores conocimientos y destrezas que sus padres y que los adultos de su comunidad. De este modo, la sociedad contará, en el futuro, con individuos capaces de posibilitar y sostener la reproducción del modo de vida burgués. Como consecuencia de ello, ya no son ni la comunidad ni los padres los encargados de la educación del niño. Es el Estado el que se hará cargo de ella, asegurándola para todos por igual a través de la escuela”⁴⁵¹.

De ese pensamiento clásico nace el derecho a la educación para la infancia; digamos que ese es el sostén de su pronunciación en el artículo 28. Ahí, sin más los Estados reconocen que todo NNA tiene derecho a ser educado; naciendo un compromiso entre la institucionalidad y los menores de edad para gozar de los saberes y las culturas construidas por la humanidad.

Lógicamente, el derecho a la educación es irrealizable de un golpe. Para construirlo progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades, en el inciso 1 se instauran ciertas tareas obligatorias para los Estados: 1) implantar la gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza primaria para todos los niños; 2) fomentar el desarrollo en la enseñanza secundaria con la

451 CUSSIÁNOVICH, Alejandro. ALFAGEME, Erika. La infancia en los escenarios futuros. Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales-Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 2001. p. 41.

simbiosis de conocimientos generales y técnico-profesionales para todos los NNA; 3) adoptar la implantación de la enseñanza gratuita en la secundaria para familias con debilidad económica, así como la creación de asistencia financiera; 4) aperturar enseñanza superior accesible a todos, “sobre la base de la capacidad” de los postulantes; 5) hacer disponible a los NNA, la información sobre el sistema y modelo educacional en el que se encuentran; 6) adoptar acciones para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de abandono escolar; punto último de los mecanismos del derecho a la educación que tiene una relación directa con realizar diagnósticos endógenos de la prestación del derecho y otros exógenos ligados al NNA. En los primeros, habría que revisar la pedagogía de los profesores y los contenidos de sus clases⁴⁵². En las segundas, lo esencial, es pensar al sujeto que se está educando. Al ser la infancia un pensamiento sobre el NNA, es natural que no exista un arquetipo homogéneo de NNA en las aulas de un país. Cada uno de ellos tiene sus características y distintivos familiares, laborales y culturales que deberían ser priorizados en variados modelos de enseñanza, según, sus contextos de vida. De tal modo, la prestación del servicio del derecho a la educación tendría que partir y tomar en cuenta: la enseñanza en las lenguas originarias, la diversificación de horarios, un modelo curricular servible al modo de vida que tienen las personas de su comunidad, textos acordes a la cotidianidad, etc.

Sin todos estos pasos el derecho a la educación avisa de su inconclusión. Por ahora el enfoque para cumplirlo en Latinoamérica se ha centrado en la indicación de la enseñanza gratuita básica, pautada en el inciso 1⁴⁵³. Paulatinamente, “en algunos países se ha comenzado a extender esa obligatoriedad a la enseñanza media, como en el caso de Brasil, que se establece un compromiso progresivo a la extensión de la obligatoriedad y gratuidad a la enseñanza media. En Argentina, la ley 26206 establece que la obligatoriedad escolar en todo el país se extiende desde la edad de cinco años hasta la finalización del nivel de la Educación Secundaria. Complementariamente, la Ley 26075 establece un compromiso de presupuesto consolidado del 6% del producto interno bruto para 2010, en educación para asegurar la incorporación creciente de los niños y niñas priorizando los sectores sociales más desfavorecidos y garantizando un mínimo de 10 años de escolaridad obligatoria para todos los niños, niñas y jóvenes”⁴⁵⁴. Aunque estas conquistas para el derecho a la educación son significativas, reiteramos que, la escolarización gratuita es tan sólo una de sus llaves. Por ahí se empieza, pero su resolución es integral al artículo 28 y a la CDN.

452 Por ejemplo, en busca de actitudes autoritarias y discriminatorias contra la cultura y el sector social de los NNA. Algo muy común en la enseñanza estatal a los NNA mapuches en Chile: “Conversando con familias y niños campesinos, nos damos cuenta de que las voces que exigen la abolición de la escuela son muy raras. Generalmente, aceptan y reconocen la institución de la escuela como medio para conocer el “mundo de los winkas”, que es como los mapuches llaman a los chilenos blancos. De modo que mandan a sus hijos a la escuela para que aprendan castellano y a defenderse en la ciudad, para sobrevivir en la economía de mercado. Hasta aquí, aceptan plenamente los contenidos modernos de la enseñanza escolar. Pero lo que molesta e incomoda a los padres de familia campesinos y que motiva a niñas y niños a abandonar prematuramente la escuela es el desprecio de su cultura. “Si no estudias, te quedarás como un pobre campesino. Si no aprendes a escribir, te quedarás cuidando ovejas para siempre. ¿Acaso quieres ser tan tonto como tus papás?”. Este tipo de discriminaciones verbales son muy comunes entre los maestros de escuela”. Op.cit. RECKNAGEL, Albert. p. 63.

453 Op.cit. MORLACHETTI, Alejandro. p. 23.

454 Op.cit. MORLACHETTI, Alejandro. p. 23.

En cuanto al inciso 2, el derecho a la educación trae consigo un reafirmamiento de la humanidad del NNA al prohibir la violencia en contra suya. Al momento de señalar que es responsabilidad de los Estados crear leyes y políticas para “velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención”, se está gritando a viva voz que la violencia y el castigo deben ser cosas del pasado, pues ejercerlas daña el hecho consumado del NNA como portador de derechos, entre los que sobresalen las garantías a no ser maltratado. Este inciso, ordena reconfigurar desde el Estado una disciplina escolar compatible con una verticalización del poder; sin que ello se entienda como pasar del golpe físico al simbólico. Esa no es la intención del inciso 2; muy por el contrario aboca porque se deje de cohibir, de maltratar, de golpear, de amenazar, de gritar, o de humillar al NNA con castigos.

De la misma forma, el inciso 2 aclara y señala una vía legal a la labor pedagógica y al objetivo de la educación. En efecto, resaltar la humanidad del NNA y prohibir la violencia escolar, le da otro aire a la pedagogía con la que se le trata y la pone más a tono a los tiempos contemporáneos y de la doctrina de los derechos humanos. El inciso 2, legaliza la ola educacional que reconoce al NNA con capacidades naturales, valores y aptitudes para interactuar con el maestro, o dialogar, o participar del proceso de enseñanza. Siguiendo este modelo, no habría educación sin una comunicación y respeto entre semejantes. Así, no habría por qué reprimir con violencia al NNA cuando hablara, fuera curioso, o interpelara al educador. Cosa que si pasaría en una pedagogía que reconociera al niño como un objeto vacío, o un pedazo de carne y huesos repleto de incapacidades a ser suplidas y llenadas por el profesor. Lo que nos lleva a escribir que antes de 1989, si no es atrevido sugerirlo, no se educaba, sino que muy tristemente se dominaba al NNA en la escuela; muy a pesar de que hoy pueda seguir sucediendo lo mismo la representación disciplinar y metodológica de un maestro tiene que ser acorde al faro legal de la CDN. El no hacerlo es apostar por una pedagogía ilegal y cosificante de la infancia.

En el inciso 3, nuevamente se recurre a la cooperación internacional como en los demás derechos de provisión para que se lleven a cabo en la realidad. Un plus en todos los sentidos, ineludible, para la gran mayoría de los países en vía de desarrollo. Sin embargo, esta es promovida por los Estados para lograr el inciso 1, bajo el énfasis de “contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza”.

Este apartado presenta un sobredimensionamiento de lo científico, la tecnología y lo occidental como modo único de educar. Hecho que se puede entender como discriminador de la tradición oral, los saberes locales, las habilidades y los conocimientos campesinos e indígenas. Allí reside una tendencia delicada para las culturas originarias latinoamericanas, si se lee y aplica el texto sin conexión con la integralidad de la CDN. Para la suerte de los pueblos originarios el principio de no discriminación evita esta mutilación de sus costumbres educativas y ancestrales, al ser una obligación reclamable, incluirlas en el diseño de una política pública sobre educación para las infancias correspondientes a ellos. Como sea, la aplicación de este inciso tiene que ser

amplia para evitar un proyecto monocultural del NNA; un adoctrinamiento en los contenidos moderno-occidentales que atente contra su identidad⁴⁵⁵.

3.4.1.12 Artículo 29-Objetivos de la educación: *“1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:*

- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;*
- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;*
- c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;*
- d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;*
- e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.*

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado”.

Si las condiciones técnicas, o mejor los indicadores para saber si se está, o no, consolidando el derecho a la educación se encuentran en el inciso 1 del artículo 28, todo el artículo 29 corresponde a los objetivos y contenidos a los que se aspira con la gratuidad y cobertura de la educación primaria y secundaria; en un lenguaje interrogativo: el para qué de este derecho.

En su inciso 1, los Estados “convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a”: 1) desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño; reafirmandose que el NNA es un sujeto pleno de capacidades; 2) inculcar el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios contenidos en la Carta de las Naciones Unidas (igualdad, libertad, dignidad); una de las grandes añoranzas de su elaboración en la década del 40 como basamento para la paz⁴⁵⁶; 3) respetar a los padres del niño, su propia identidad cultural, su idioma, los valores nacionales del país y las civilizaciones distintas a la suya; para lo que sería esencial rehacer los materiales de estudio y formar a los maestros en la interculturalidad⁴⁵⁷. Asegurando el diálogo cultural, se evita

455 Op.cit. RECKNAGEL, Albert. p. 64.

456 “Para una autentica toma de conciencia de la cultura de los derechos humanos es necesario promocionarlos, y la mejor manera es a través de la educación. Naciones Unidas viene desarrollando una campaña para la enseñanza de los derechos humanos a nivel de educación primaria y secundaria”. Op.cit. VALENCIA, Jorge. Derechos humanos del niño. p. 133.

457 “Según lo establecido en el artículo 29, la educación tiene como objetivo inculcar al niño el respeto de su identidad cultural, de su lengua y sus valores culturales. Pero, ¿cómo vamos a lograr eso, si no hay maestras y maestros capacitados correspondientemente y sin materiales didácticos adecuados y con el debido respeto a la interculturalidad? [Por ejemplo] En los libros de texto de la escuela, encontramos numerosos elementos connotados: se muestran ciudades modernas, niños de tez blanca con juguetes, hospitales modernos, autos, etc. Los niños quechuas no se ven reflejados en ellos. Incluso cuando los textos están en una lengua indígena, se basan en los conocimientos científicos modernos o cristianos, de modo que, los ejercicios de matemáticas o los ejemplos de la clase de ciencias naturales, no tienen ninguna relación con el mundo vivencial y cotidiano de los niños”. Op.cit. RECKNAGEL, Albert. p. 64.

de paso la tendencia a imponer los saberes occidentales sobre los de los pueblos originarios, que discutimos hace un rato. Algo clave, pues sería incoherente instar y exhortar la enseñanza de la igualdad de derechos y libertades en la escuela, cuando es opacada a la vez en la vida cotidiana por el programa curricular y el trato de los maestros. 4) preparar al NNA para una vida responsable en sociedad, “con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; punto dable con la acción de los anteriores. Sin una obligatoriedad e institucionalización de la educación en los derechos humanos y en dar el ejemplo en el respeto a las diferencias culturales en las aulas, es difícil imaginar un buen puerto para este apartado. e) inculcar al NNA el respeto del medio ambiente natural; objetivo de la educación bisoño en la legislación internacional, pero que tiene su importancia en una época marcada por la depredación de la naturaleza y los feroces cambios climáticos.

Por lo demás, en el inciso 2 se abre la brecha para la educación privada como oferta complementaria de la pública. Que el derecho a la educación sea una responsabilidad primaria del Estado, no se “interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza”, siempre y cuando respeten los principios o los objetivos establecidos en el inciso 1 del artículo 29.

3.4.2 Derechos de protección

Con los derechos de provisión se sientan las bases para cubrir las necesidades primarias de un ser humano. La infraestructura ordenada por los derechos de provisión sirven para prevenir muertes por enfermedades, así como es la plataforma obligatoria para la superación de la pobreza y el bienestar del NNA.

A parte de esta expresión de derechos, existen otros creados con el exclusivo propósito de proteger al NNA de situaciones de violencia, tratos negligentes, crueles degradantes y de algunos delitos explícitos que los tienen como víctimas habituales, tales como el secuestro, la explotación económica y sexual, el reclutamiento armado, y el tráfico de drogas. Son los llamados derechos de protección, pensados para proteger la seguridad corporal y mental del NNA de interacciones autoritarias de los adultos. Sus existencias se justifican en lo concreto, primero, para prevenir hechos violentos e infracciones que denigran al NNA e inhabilitan sus demás derechos. Segundo, haciendo efectiva la “restitución de los derechos vulnerados y el evitar nuevas vulneraciones de dichos derechos, esto es, restituir a los niños y niñas las condiciones necesarias para su pleno desarrollo”⁴⁵⁸. Distingámoslos singularmente:

3.4.2.1 Artículo 4-Derecho a que se apliquen los derechos: *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.*

⁴⁵⁸ Op.cit. DURÁN, Ernesto. p. 49.

La primera parte de este artículo ya se trató en el capítulo sobre el surgimiento del paradigma de la protección integral y el derrocamiento jurídico de la situación irregular. Según ella, todos los Estados tienen la obligación de hacer reformas legislativas y en la administración pública para dar plena vigencia a todos los derechos conceptualizados en la CDN. Es decir, derogar los Códigos del Menor y todas las leyes que no fuesen acordes a los principios de la CDN⁴⁵⁹. Así como gestionar la creación de instituciones, departamentos y agencias del Estado con la facultad de diseñar y evaluar políticas públicas para la infancia.

En su segunda parte se redacta un condicionamiento que al día de hoy ha producido confusión y la imagen que los derechos de provisión son una falsedad. Todo porque en el artículo 4 se escribió: *“En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”*. No obstante, la sugerencia que la CDN tiene un hueco respecto a los derechos sociales al condicionar su exactitud a las finanzas públicas tiene falencias históricas e interpretativas.

En primer lugar, la alusión que dicta que los derechos de provisión se adoptarán al máximo de los recursos que disponga un país no es una creación o responsabilidad de la CDN. Ciertamente, es una herencia de la guerra fría y de la difícil discusión por hacer vinculantes los derechos del ala soviética consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Todo el bloque occidental, o los Estados Unidos para ser más sinceros, pusieron como condición para acordar el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que en su artículo 2 se escribiera que todos ellos generan una *“obligación progresiva y hasta el máximo de los recursos que disponga”* un Estado.

Razón suficiente para que se venga argumentando desde esos años que los derechos económicos, sociales y culturales no tienen el mismo nivel de obligatoriedad que los derechos civiles y políticos⁴⁶⁰. En una clara intención de posicionar únicamente como derechos humanos verdaderos y realizables a los que tienen un origen histórico en los países anglosajones. Así las cosas, lo que hacen los Estados en la redacción de la CDN y con la preocupación a la vista de los países desarrollados de no contar con los suficientes recursos para el compromiso en que se estaban sumergiendo y con el aviso de una economía mayormente liberal en el mañana, fue invocar esa cláusula de 1966 referida al *“máximo de los recursos”* como una fórmula aparente de no responsabilizarse con los derechos de segunda generación, o hacerlo a largo plazo.

459 Todas las medidas de orden legislativo y administrativas tienen que ser permanentes y sistemáticas. No basta con la derogación del Código del Menor de un país, asimismo deben ser puestas bajo la lupa todas las leyes y políticas municipales, provinciales, regionales y nacionales relacionadas con la infancia que sigan en la lógica de la situación irregular. Un ejemplo, notable de lo que decimos lo da la demanda de inconstitucionalidad del artículo 268 del Código Civil Colombiano vigente desde 1857 y de clara tendencia contraria a lo estipulado por la CDN. Dicho artículo reza así: *“Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarle del poder de ella, deberán pagarle los costos de su crianza y educación, tasados por el juez”*. Sobre el tema la Corte Constitucional colombiana falló la inexequibilidad del artículo con la sentencia C-775/10. Como esta perla seguramente hay muchas trampas a la CDN que siguen vivas.

460 Op.cit. MORLACHETTI, Alejandro. p. 16.

Razón muy equivocada. Por esto en segundo lugar, la distinción de derechos que crea el artículo 4 adscrita a la obligación de aplicar todos los derechos de la CDN, limitando a los de provisión cuando las finanzas públicas lo permitan, es a todas luces una lectura errónea. Esto ya pasó con el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Al leerse desatinadamente la categoría del “máximo de los recursos de los que se disponga”, y señalarse que “sólo una vez que un Estado haya alcanzado un determinado nivel de desarrollo económico deben hacerse efectivos los derechos proclamados en el mismo”⁴⁶¹. Es decir, es perentorio esperar a que la economía tenga un boom y una estabilidad para realizar la inversión social.

Pero, como lo indicó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, esa no fue la intención de esa cláusula. Muy por el contrario, “el Pacto en cuestión obliga a todos los Estados Partes, independientemente de cuál sea su nivel de riqueza nacional, a avanzar de inmediato y lo más rápidamente posible hacia la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales y que los derechos pertinentes se ejerzan sin discriminación (Observación General 3). Es decir, el que tales derechos no puedan garantizarse en lo inmediato debido a diversos obstáculos materiales en los países, en nada exime a los Estados de la obligación de tomar todas las medidas para conseguirlo”⁴⁶².

Idéntica lógica recae en la segunda parte del artículo 4 de la CDN. La susodicha categoría, ligada al “máximo de los recursos de los que se disponga” no es una puerta falsa ni un acuerdo a que esos derechos se harán hasta que se posea una economía vital y rebosante de recursos.

Lo que propone la idea del máximo de los recursos en la CDN a los Estados, es ir invirtiendo poco a poco, en todos los frentes de los derechos de provisión, justamente hasta el tope de sus recursos, o al máximo de su capacidad fiscal en pro de consolidar el concepto del nivel de vida adecuado.

Así, “se introduce la idea de la realización progresiva de tales derechos: los Estados tienen que poder demostrar que han adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de los que dispongan”⁴⁶³. Que un Estado diga que hizo todo lo que podía, o que invirtió una gran parte de la recaudación fiscal tiene que ser sustentable en pruebas. Entonces, la ilusión del “máximo” como escape a aplicar la CDN al pensarse como un concepto jurídico discrecional, es eso, una mera ilusión.

3.4.2.2 Artículo 5-Derecho a ser orientado por los padres y madres y a ejercer los derechos de la CDN: *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.*

461 Op.cit. MORLACHETTI, Alejandro. p. 16.

462 Op.cit. MORLACHETTI, Alejandro. p. 16.

463 Op.cit. Observación general N° 5. Comité de los Derechos del Niño. p. 4.

En un comienzo, en las primerísimas explicaciones sobre la CDN la participación no era considerada un principio. Su lugar lo había ocupado el artículo 5, elevado, al nivel de un principio básico de la CDN⁴⁶⁴.

Este artículo, que habla del papel de los padres en el ejercicio de los derechos del niño tuvo una historia de conflictos para redactarse entre los países que apoyaban las relaciones de cooperación familiar, principalmente los nórdicos, y los países que preferían mantener las relaciones de dominación. Por ejemplo, en la última reunión ordinaria del grupo de trabajo “el representante de Senegal propuso incluir en la Convención una disposición sobre la obligación de los niños a respetar a sus padres. [O] La República Federal de Alemania, en un memorándum dirigido a los participantes de la reunión de revisión técnica, propuso la inclusión de un artículo que disponía que la legislación nacional pudiera fijar una edad al llegar a la cual el niño tendría competencia para ejercer algunos de sus derechos sin el consentimiento de sus padres, argumentando que, salvo disposición contraria, los derechos de los niños no son ejercidos por ellos sino por sus padres”⁴⁶⁵.

Ideas que revelan temores y confusiones del proyecto en el que se estaba a bordo al sobredimensionar al NNA y hacer evidente el miedo a la presión y la vigilancia del Estado a la familia para que cumplieran sin réplica todo lo instaurado en la CDN.

Sin embargo, el artículo 5 señala que el Estado respetará las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, de los tutores, o de la familia ampliada, y por ende lo que hace es crear un equilibrio entre el derecho a la intimidad familiar y el de la protección que tiene el NNA cuando se atente contra él, en un determinado proceso de crianza. Pero por qué respeta a la familia y su modo de orientar al NNA. En cierta forma, el Estado respeta la autonomía familiar, porque, le reconoce legalmente la tarea de la formación del NNA y de la responsabilidad primaria de validar los derechos de provisión.

La institución familiar es protegida por otros artículos que abocan porque sea intocada para los efectos de la crianza. Solamente puede ser invadida por el Estado cuando vulnere los derechos, la integridad y el bienestar de un NNA. De hecho, si “la injerencia es necesaria para la protección del niño, es legítima, caso contrario, constituye una injerencia arbitraria [e ilegal] en la intimidad de la familia”⁴⁶⁶.

En resumidas cuentas, las “consideraciones fundamentales vertidas en el artículo 5 son tres: a saber, la reafirmación del rol natural de los padres en la crianza y educación de los niños; la confirmación de que son los niños mismos quienes ejercen sus derechos; y la introducción al concepto de la evolución progresiva de la competencia del niño a ejercer sus derechos con creciente autonomía”.

464 “El artículo 5 establece como hemos visto, un principio general que constituye, a nuestro criterio, la piedra angular de la Convención”. Op.cit. O’DONELL, Daniel. p. 26.

465 Op.cit. O’DONELL, Daniel. p. 24.

466 Op.cit. O’DONELL, Daniel. p. 24.

Sobra advertir para terminar con este artículo que la idea de la evolución progresiva se liga al artículo 12, o al principio de la participación, pues los derechos de provisión son manifiestamente receptivos para el NNA, gracias a la corresponsabilidad suministradora de la familia y el Estado. Léase que en la segunda parte del artículo 5, se reconoce que los padres son los encargados de dirigir, orientar o enseñar apropiadamente los derechos al NNA para que los ejerza, según la evolución de sus capacidades. Como los derechos de provisión no los ejerce el NNA tal cual, sino que los goza, o se beneficia de ellos, o en el mejor de los casos puede ser un cocreador de los mismos por medio de su participación, sumado a que sería violatorio de su derecho a la vida anteponer, por ejemplo, sus capacidades para decidir si alimentarlo, o no. Por deducción sobrante, el artículo 5 se refiere, a los derechos de participación que tienen un ejercicio directo, a través, de la voz y las actitudes del NNA y que implican un recambio en las relaciones de poder con sus padres. Lo que no traslada de nuevo a la discusión de la edad y la madurez que ya libramos para que no sean prohibidos y limitados por los adultos.

Creemos que este concepto no puede ser tajante en la discrecionalidad o violaría el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, así como el propio principio de participación de la CDN. Si se puso, o se lee la categoría *evolving capacities* como un mecanismo de control para refrendar la autoridad paternal o como una pauta de permiso de los derechos civiles y políticos de los NNA, al dejar que participen desde ciertas edades, en ciertos temas, o en ciertos espacios, lo consideramos un craso error legal. La participación al ser un principio se impone al artículo 5 y debería ser invocado siempre en las relaciones familiares, por medio, de la orientación, la apertura a hablar y la batuta interrogativa de los padres para las grandes decisiones de la casa y de las vidas de sus hijos. Que el NNA participe está lejos de significar que grite o calle al adulto groseramente. Es llevar a cabo un acto de comunicación y diálogo para las decisiones menores y mayores en lo privado y lo público. Eso es todo.

3.4.2.3 Artículo 11-Derecho a ser protegido de traslados y retenciones ilícitas al extranjero: *"1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes".*

Este artículo se creó para que el NNA permanezca en su país, a menos, claro que viaje con su familia, para el reencuentro con ella o con otros fines lícitos. Por tal razón, los Estados están en la obligación de crear leyes y políticas públicas que prohíban y penalicen los traslados ilegales y coaccionados de NNA al exterior de mano de terceros, o desconocidos.

En apoyo a esas disposiciones normativas y administrativas, los Estados, siguiendo la ordenanza del inciso 2, tienen el deber de consolidar acuerdos bilaterales y multilaterales para que se prohíba e impida la separación de los NNA de sus padres y de paso la razón de la retención y de los viajes ilegales de los NNA: futuras actividades delictivas que los victimicen como la trata y la venta de NNA en la industria clandestina de la adopción. Dado el caso que estas acciones tengan lugar, también es obligación del Estado la recuperación

del NNA del sitio de retención y la restitución de los derechos que se pusieron en jaque en ese lapso de tiempo que se erigió como víctima por la captura de un adulto.

3.4.2.4 Artículo 19-Derecho a ser protegido contra toda forma de violencia y malos tratos: *“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.*

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

Hemos dicho en variadas ocasiones que la causal de anulación del derecho de un NNA a estar con sus padres es la violencia que reciba de ellos. Razón por la cual el Estado tiene la obligación de adoptar medidas preventivas para su aparición, así como sanciones a los padres y la creación de instituciones de protección dispuestas para restituir los derechos de los NNA mientras se soluciona cualquier entramado de violencia doméstica.

Esto mismo lo expresa claramente el inciso 1 del artículo 19 de la CDN cuando ordena a los Estados que adopten todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger al NNA de cualquier forma de violencia o malos tratos que tengan origen en la tutela y custodia familiar. Dentro de ese estatuto, sobresale, muy aparte de las leyes sancionatorias y las disposiciones institucionales para proteger al NNA, el tema educativo. Es pues, una tarea esencial del Estado transmitirles a las familias los insumos de afecto y cariño que se deben tener en su interior, por medio, de campañas educativas y talleres de cómo ser padres en la doctrina de los derechos humanos. No por nada la CDN se la juega por la unión familiar, al pensar y añorar a esta institución como un espacio para hacer los derechos.

En el inciso 2 de este artículo se especifican las medidas de protección a nivel institucional a tenerse en cuenta: 1) programas sociales que proporcionen asistencia al NNA y a quienes cuiden de él; 2) instituciones encargadas de prevenir, identificar y notificar la violencia intrafamiliar ante las autoridades judiciales y a posteriori de remitir al NNA violentado a un institución protectora especializada; 3) instituciones prestas a investigar, tratar, observar y hacer seguimiento a los casos donde se tuvo evidencia de malos tratos y violencia, con el fin de evitar reincidencias, que demandarían una intervención judicial más severa.

3.4.2.5 Artículo 20- Derecho a ser protegido por el Estado por privación o ausencia de familia: *“1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.*

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

El inciso 1 de este derecho se trabajó en el análisis del ISN. Ese apartado muestra la relación del derecho a no ser separado de sus padres, a menos, que el ISN lo exija y el derecho a ser protegido contra toda forma de violencia parental con el presente artículo.

El derecho a ser protegido en la ausencia o privación de la familia requiere de mucha precisión para evitar una vulneración similar a la que pretende aliviar. Siguiendo el inciso 1, los NNA son privados de su medio familiar por causa de violencias y abandonos extremos que dañan su ISN y tienen “derecho a la protección y asistencias especiales del Estado”.

Pero la institucionalización protectora indiscriminada puede ser causante también de vulneraciones a los derechos del NNA similares o peores a los engendrados por sus progenitores. Primero, por la calidad del diagnóstico e indagación que determina la separación familiar y el régimen de protección. En el Perú, por ejemplo, existen alrededor de 18.000 NNA institucionalizados en Centros de Atención Residenciales, de los cuales un 25% tienen razones de internamiento distintas a la proliferación de violencias familiares y sí muy ligadas a su condición de pobreza y conducta⁴⁶⁷. Y segundo, por la política e imaginario que se tenga de la institucionalización como medida protectora. Es sabido que el encierro sin reflexión de los demás derechos es la vía directa a violaciones mayores que las que se tenían en el hogar⁴⁶⁸.

Adicionalmente, la aplicación de este derecho no puede ser un permiso a violar el derecho a tener familia. Si se comprueba tácitamente la violencia que sufre el NNA y que las mediaciones y compromisos para suprimirlas de la vida cotidiana, resultaron un fracaso, es viable por la interdependencia de los derechos darle prioridad a la reconstitución de un medio familiar, ya sea, echando mano de la propia familia extensa, o de una adoptiva y receptora interesada en acompañar el crecimiento del NNA. Esto es, la institucionalización no debe ser vitalicia y la única opción de protección.

Por cierto, el inciso 2 nos permite la anterior afirmación, cuando dice que los Estados garantizarán “de conformidad con sus leyes nacionales, otros

467 “como se expone en el informe de la Defensoría del Pueblo sobre la situación de los Centros de Atención Residencial estatales, habría que considerar que en el 25% de los casos estudiados las razones por las que los NNA ingresen en estas instituciones no tienen nada que ver con lo que está prescrito en la Ley N° 29174, así como en el artículo 248° del Código de los Niños y Adolescentes, que hacen referencia principalmente a la ausencia de “soporte familiar”. Las razones de su internamiento tienen que ver con otra serie de problemas (falta de recursos económicos, lugares donde puedan atender a los NNA mientras los progenitores trabajan, problemas de conducta presentes en los NNA, etc) que deberían ser atendidos mediante otra serie de medidas”. SANTÉ, Loreto. El derecho a vivir en familia: qué puede hacer el Estado cuando éste es vulnerado. En Reflexiones y avatares para la infancia en el siglo XXI. Publicación digital del I Concurso de ensayos sobre infancia y familia del área de formación a distancia. [Revisado el 23 de mayo de 2011] <http://ifejant.org.pe/Archivos/librocdensayos.pdf>

468 Por ejemplo, en los Centros de Atención Residencial estatales muchos NNA pasan un promedio de 3 a 5 años viviendo en una institución en condiciones inadecuadas, sin asistencia escolar y sin exámenes médicos regulares. Dicha situación temporal disminuye dramáticamente las posibilidades de ser adoptados o reintegrarse a la familia de origen. Ibid. p. 36.

tipos de cuidado para esos niños”. Haciéndonos público que existen maneras heterogéneas y tradiciones jurídicas nacionales diversas para proteger a los NNA cuando se les separa de las familias en favor de su ISN.

Entre los cuidados más aceptados y recomendados, atentos al inciso 3, “figurarán”: 1) la colocación en hogares de guarda; 2) la adopción; 3) la colocación en instituciones de protección de menores; 4) y la kafala del derecho islámico; esta última únicamente obligatoria para los países que tienen ese modelo jurídico en funcionamiento⁴⁶⁹. Por cierto, el inciso 3 recuerda que en cualquier solución de protección adoptada, los derechos de provisión deben estar siempre garantizados, poniendo especial atención a la continuidad en la educación y el respeto a la identidad cultural, étnica, religiosa y lingüística originaria del NNA.

3.4.2.6 Artículo 21-Derecho a la adopción: *“Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:*

a) Velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes”.

Como se mostró en el punto del ISN el derecho a la adopción es interdependiente con el derecho a ser protegido por el Estado cuando hay violencias familiares y el derecho a ser criado por una familia. La adopción es un hecho jurídico, elevado a derecho, para promover el ingreso de un NNA victimizado gravemente por los propios progenitores a un ambiente familiar distinto.

A lo ya conocido vale agregar otras ideas que permite el artículo en su totalidad. El artículo 21 es una síntesis de algunas disposiciones de la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños con particular referencia a la Adopción y la colocación en Hogares

⁴⁶⁹ La inclusión del Kafala, institución encargada de proteger a los niños privados o separados de su medio familiar fue una condición de los países islámicos para lograr el consenso en este derecho.

de Guarda en los Planos Nacional e Internacional de 1986. De ahí que, en los pasos de la hermenéutica para la exigibilidad y la aplicabilidad de los derechos sugiriéramos la necesidad de tomar en cuenta documentos especializados universales y regionales anteriores y ulteriores de la CDN.

Sobre este instrumento internacional, el artículo 21 recoge el principio que la adopción se efectuará y será autorizada exclusivamente por las autoridades competentes y en apego estricto a las leyes y procedimientos aplicables cuando la situación jurídica del NNA en relación con sus padres lo permita; ya que sería ilícito separar a los NNA de sus familias sin motivos fundados y restituir sus derechos por medio de la adopción. En cortas palabras, los Estados plantean que las decisiones sobre la adopción son públicas y autorizables cuando toda la información del NNA y de la familia solicitante de la adopción esté en regla y sea favorable para el ISN.

Al respecto conviene anotar que, efectivamente, la adopción debe ser autorizada y regulada por el Estado, pero “con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables” y en razón de ese fragmento del artículo 21, el derecho a la adopción no logra ser universal y está condicionado a los países que lo reconocen en su tradición normativa y cultural. Esa imperceptible clausula cambia y parcializa el panorama de la adopción en el mundo. Aunque sin ella el consenso para su redacción hubiera sido desgastante por la negativa tajante de los países de derecho islámico de aceptar cualquier norma que los obligara a la adopción⁴⁷⁰.

Por otra parte, el artículo 21 también recoge “el principio según el cual la adopción internacional debe ser admitida únicamente como último recurso; y la prohibición de adopción con fines de lucro”⁴⁷¹. Idea final que se remarca porque el derecho de un NNA a ser adoptado se compatibiliza con las solicitudes y los deseos de personas extranjeras animosas de tener familia, siempre y cuando: 1) el NNA no pueda ser atendido en un hogar de guarda, o entregado a una familia adoptiva en el país de origen; 2) en el país extranjero existan salvaguardias y normas equivalentes a las existentes a nivel nacional que aseguren que la colocación y seguimiento del NNA se hará por autoridades competentes; 3) el país extranjero esté adscrito a convenios multilaterales sobre el tema; 4) sean nulos los tributos y lucros no oficiales para los funcionarios e intermediarios en el proceso de adopción.

3.4.2.7 Artículo 22-Derecho a ser refugiado: *“1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes. 2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado*

470 Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 25.

471 Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 25.

y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención”.

Uno de los fenómenos más notados por la cooperación internacional como retardantes de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, años antes del período de escritura de la CDN, fue sin duda, el de los refugiados a causa de la evasión de las guerras para salvar la vida.

Esa antesala terminó por ser determinante y favoreció la creación del artículo 22; elucubrado como un mecanismo restitutivo de los derechos de un NNA víctima de tal desgracia. Conviene señalar que hoy en día el derecho a ser refugiado cobra vigencia y demanda, pues según el reporte global de 2010 del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), existen cerca de 43 millones de personas desplazadas por la violencia, de las cuales 15 millones son refugiados y el 80% de ellos se encuentran en países en vía de desarrollo.

Atentos a estas cifras, las obligaciones de los Estados para asignar el rotulo de refugiado a un NNA deberían ser totales para evitar dejarlos expuestos a la negación de los derechos más básicos por la intemperie y la deriva a la que obliga una guerra.

Esta postura es evidente en el inciso 1 del artículo 22, cuando se ordena a los Estados que creen leyes, políticas y dependencias e instituciones para que un NNA en solitario, acompañado de sus padres, o de cualquier persona reciba protección y asistencia humanitaria acorde a la CDN cuando trate de obtener el estatus de refugiado, o se le considere así en virtud del derecho nacional e internacional.

Que el NNA sin acompañante tenga derecho a ser considerado un refugiado cuando las condiciones lo requieran, es a nuestro modo de ver, una constatación de la autonomía y el desvanecimiento del rótulo de propiedad privada que tenía el NNA de 1989 para atrás. Verdaderamente, a ningún NNA solo que solicite el estatus de refugiado es legal negárselo, a menos que, sea demostrable que su temor de persecución es infundado⁴⁷². De tal modo, “el país de asilo tiene el derecho, o mejor dicho, el deber, de amparar al niño que efectivamente tenga un temor fundado de persecución, aún cuando eso implique la separación de su familia”⁴⁷³. Una acción que se puede interpretar como una responsabilidad supranacional con los NNA en tiempos bélicos.

Evidentemente, como desarrollar una política fiscal para NNA extranjeros, entendidos como refugiados, es un gasto adicional para un Estado y en pro de mejorar la protección y atención humanitaria a esta población, el inciso 2 del artículo 22 sugiere que es válida y apropiada la cooperación con las

472 “...el niño refugiado, tanto solo como acompañado de un padre, tiene el mismo derecho de reconocimiento de su condición de refugiado que el adulto. Esa disposición, plasmada en el artículo 22 (1), reconoce implícitamente el derecho del niño de buscar asilo por decisión propia...”. Op.cit. O’DONELL, Daniel. p. 28.

473 Op.cit. O’DONELL, Daniel. p. 28.

organizaciones intergubernamentales de Naciones Unidas pertinentes y con mayor experiencia para atenderlos; en este caso, con ACNUR. Dentro de las tareas que descuellan en esa integración por el NNA refugiado, muy aparte de satisfacer sus derechos de provisión, están los esfuerzos para garantizar su derecho a no ser separado de sus padres por medio de políticas y estamentos destinados a su localización, o, a la de sus parientes más cercanos con el fin de promover y facilitar la reunificación familiar tras los sinsabores de la huída de la violencia armada.

En el infortunio que dicha labor fracase repetidas veces, el NNA con el estatus de refugiado recibirá siempre una protección similar a la de cualquier NNA privado o separado permanente, o temporalmente de su medio familiar explicitada en el artículo 20 de la CDN.

3.4.2.8 Artículo 30-Derecho a pertenecer a una minoría étnica, religiosa, lingüística e indígena: *“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.*

El artículo 30 es la prueba que lo universal en la CDN se desvirtúa como colonizador y enemigo de los pensamientos que se tienen y vivencian sobre el NNA en las minorías étnicas, religiosas, indígenas y lingüísticas de los Estados industrializados y del tercer mundo.

Así, el derecho a pertenecer a las minorías es una garantía para los NNA que hacen parte de ellas ante cualquier tentativa institucional de imponer la infancia eurocéntrica en las comunidades que habitan y que tienen modos de vida distintos de interrelación con los NNA, plenos, en compatibilidad con la dignidad y los derechos de la CDN.

Por lo tanto, está totalmente prohibido para los Estados en los que existan minorías étnicas, religiosas, indígenas y lingüísticas generar leyes y políticas públicas que los excluyan y que a la vez prohíban su vida cultural, su religión y el uso de su propio idioma. A la inversa en todo el entramado institucional se debe provocar una política intercultural e incluyente de las minorías.

3.4.2.9 Artículo 32-Derecho a ser protegido contra la explotación económica y laboral: *“1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.*

2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

- a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;*
- b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;*
- c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo”.*

A pesar de la creencia que impulsó la Organización Internacional del Trabajo (OIT) después de que los Estados del mundo firmaran y aceptaran los Convenios 138 y 182, la CDN no tiene un corte abolicionista ni despreciativo de los niños, niñas y adolescentes trabajadores (NATS).

Compromisos multilaterales, que sea dicho de paso, le aseguró a la OIT una jugosa partida burocrática como la que tiene su Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), creado en 1992 y que “dispone de un presupuesto anual de unos 60 millones de dólares y en él que trabajan más de 450 personas, el 90% de ellas sobre el terreno”⁴⁷⁴; sin que se tengan resultados estimables de su objetivo, dado que siguiendo su Informe Global del 2010, el “número de niños trabajadores a nivel mundial es 215 millones, sólo siete millones menos que en 2004. Sin embargo si se considera los niños trabajadores en la frontera general de la producción, es decir incluyendo también los que se ocupan de labores domésticas en sus hogares, el número asciende a 306 millones”⁴⁷⁵.

En este sentido, el artículo 32, tal vez, carece de una prédica erradicacionista de los NATS porque la presencia de la OIT en 8 sesiones de la redacción de la CDN pudo ser muy insípida y sobre todo porque aún no había parido el embrollo intelectual y jurídico que es el Convenio 182 de 1999.

En el inciso 1 del artículo 32, la CDN “no se opone de manera global al trabajo de niñas y niños, sino que opta por formular el derecho de los niños a ser protegidos contra la explotación económica de todas las actividades que pueden ser perjudiciales para su educación, salud y desarrollo psicosocial”⁴⁷⁶. Si bien en ese párrafo se utiliza la palabra trabajo, ella no sugiere que al relacionarse con la infancia se llegue a la conclusión simplista que éste es nocivo para el NNA. Su observación es distinta: existen actividades económicas que son peligrosas y perjudican al NNA. Que sentimos como explotación y abuso económico de ciertos adultos sobre la infancia que se rebusca la supervivencia. Piénsese en las denigrantes maquilas de las grandes marcas internacionales en el Asia y Latinoamérica pocas veces sancionadas; en el trabajo en las minas; en la utilización de los NNA en la mendicidad; o en la manipulación de la pólvora; etc.

Por consiguiente, el artículo 32 al comunicarnos que todo niño tiene derecho a “estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación”, evitó caer en la prohibición generalizada del trabajo y en los vacíos jurídicos de la OIT que confunde explotación económica, trabajo y trabajos peligrosos con delitos y crímenes de guerra en su retórica de la lucha contra las “peores formas del trabajo infantil”⁴⁷⁷. Asimismo propone un reto para los Estados de conciliar la escuela con los NATS por medio del principio de No Discriminación, así como

474 FYFE, Alec. El movimiento mundial contra el trabajo infantil. Avances y dirección futura. OIT. Ginebra. 2009. p. 9.

475 SCHIBOTTO, Giangi. El informe global OIT de 2010. El triunfo de la razón metonímica. Revista NATS N° 19. Itejant. Año XIV. Octubre, 2010. Lima. p. 65.

476 Op.cit. RECKNAGEL, Albert. p. 65.

477 La OIT confunde y mezcla trabajos peligrosos con delitos entre los que se encuentran la prostitución, la esclavitud, el trabajo forzoso, el reclutamiento de NNA en conflictos armados y en actividades ilícitas. Estos hechos habría que considerarlos como delitos punibles en los códigos penales y no como trabajos.

en la lucha por evitar la deserción escolar que se traza en el parágrafo e) del inciso 1 del artículo 28 con políticas educacionales que generen espacios, horarios y metodologías específicas para esta población⁴⁷⁸. El trabajo en sí, no reniega de la escuela; es su oferta uniforme la que destaja e inhabilita a muchos NATS de estudiar más su condición socioeconómica.

En apoyo o para materializar la consigna de proteger al NNA de la explotación económica y de los trabajos peligrosos, el inciso 2 del artículo 32, ordena a los Estados que tomen todas las medidas legislativas, administrativas y educacionales para garantizar tal postura. O sea, que creen leyes, políticas públicas y campañas que ayuden a desterrar la explotación económica que heredamos de la revolución industrial. Con ese proyecto, el inciso 2 le recomienda a los Estados que tengan presente, en particular, las siguientes medidas: 1) fijar una edad o edades mínimas para trabajar; 2) disponer una reglamentación laboral con horarios y condiciones de trabajo; 3) estipular sanciones para asegurar todo el artículo 32.

Instrucciones o disposiciones que nos parecen positivas por un lado y negativas por otro. En el vértice de lo bueno está el hecho de que la CDN se dé la tarea de establecer algunos pasos concisos para luchar contra la explotación económica y los trabajos peligrosos. El problema reside en que resume la peligrosidad y la explotación en las actividades industriales de cierto desgaste físico, mental y moral, y en ocupaciones que excedan o consuman más de la mitad, o mucho más de una jornada laboral de ocho horas, para lo que pide una legislación que regule el horario laboral de los adolescentes⁴⁷⁹. Dejando sin enumerar y precisar todo lo que podría considerarse como trabajo peligroso y explotación económica en el contexto etario de la CDN, los dieciocho años para abajo; así como explicar si las sanciones que se deben estipular son para los latentes explotadores industriales que violen los códigos laborales, o no. Por ello, puede señalarse en una óptica jurídica que el artículo 32 carece de un lenguaje tarifado.

Finalmente, no sobra decir que el compromiso de los Estados por proteger al NNA de la explotación económica y los trabajos peligrosos, no puede adentrarse en las representaciones del trabajo de los NNA en los pueblos indígenas y comunidades campesinas como ya ha empezado a suceder con las intenciones de la OIT para erradicar lo que ellos han nombrado “el trabajo infantil indígena”⁴⁸⁰. Una acción estatal de esa estirpe estaría violando la interdependencia que tiene el artículo 32 con el artículo 30 referido al respeto a los derechos culturales de las minorías étnicas, indígenas y aborígenes, que incluirían no dañar ni estigmatizar lo que desde ojos occidentales se entiende

478 Téngase en cuenta que el artículo 32 propone que la escuela es compatible con un trabajo siempre y cuando, este no dañe la salud física, mental y moral del NNA, así como no promueva la deserción escolar.

479 Decimos adolescentes, porque típicamente el derecho laboral ha fijado edades para trabajar que solamente se lo permiten a los adolescentes en las empresas formales, o en el sector industrial y de servicios.

480 Para esta empresa todavía primeriza, la OIT ha “hecho elaborar varios estudios locales [en Bolivia, Chile, Ecuador, Perú, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua y Panamá] sobre el tema, y en su informe sobre “avances y prioridades futuras” del Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) en los años 2008 y 2009, la OIT proclama orgullosamente para América Latina que “la mayoría de los países crearon grupos de trabajo en sus comisiones nacionales sobre trabajo infantil para centrarse en la erradicación del trabajo infantil en los pueblos indígenas”. Finalmente, del 8 al 10 de marzo del 2010, la OIT ha llevado a cabo una conferencia de expertos en Cartagena de Indias (Colombia), ocasión para la cual también había encargado diversos peritajes”. LIEBEL, Manfred. América Latina: La Organización internacional del trabajo y el misterio del trabajo infantil indígena. Revista NATS N° 19. Ijeant. Año XIV. Octubre, 2010. Lima. p. 43.

como trabajo⁴⁸¹, pero que en la cosmovisión de estos pueblos es un modo de vida, un hecho de cohesión, de identidad, o de transmisión de saberes carente de un yugo explotador⁴⁸².

3.4.2.10 Artículo 33-Derecho a ser protegido contra el uso, producción y tráfico de drogas ilícitas: *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias”.*

El uso, la producción y el tráfico de drogas ilícitas en relación a los NNA es un fenómeno contemporáneo en comparación al tema de los refugiados que siempre ha existido por ser una derivación forzosa de las guerras. Así, como lo es también su inclusión en un instrumento internacional de derechos humanos.

El artículo 33 expresa uno de los más recientes compromisos estatales para proteger la salud pública de los NNA del consumo de drogas, narcóticos y estupefacientes, por los efectos tan nocivos que producen para sus desempeños físicos, mentales y sociales a corto plazo y en la vida adulta.

Para protegerlos de la cárcel química de las drogas, los Estados están obligados a efectuar medidas legislativas, administrativas y educacionales; o en buen romance leyes e instituciones prestas a la prevención, la rehabilitación con atención medico-psicológica a los consumidores de corta y larga data, más la implementación de proyectos educativos para los “potenciales” consumidores a la hora de las aulas, para hacerles saber los peligros corporales y los pantanos mentales en los que se pueden sumergir con las adicciones a cualquier sustancia sicotrópica.

Anexamente, el artículo 33 exige a los Estados generar políticas y normas para prevenir y sancionar a los adultos que capten a NNA para la producción y comercialización de los alcaloides y drogas ilícitas. Esto es, para proteger a los NNA de participar de las cruzadas ilegales de las mafias y carteles de la droga que los utilizan como transportadores, expendedores y guardaespaldas armados de sus mercancías. Proteger a un NNA de caer en el proletariado de las drogas es prevenir en un gran porcentaje su recorrido por otras ramas de la violencia y la ilegalidad.

3.4.2.11 Artículo 34-Derecho a ser protegido de toda forma de explotación y abuso sexual: *“Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:*

481 “Desde el punto de vista de las culturas indígenas, lo que en primer lugar llama la atención es que sus lenguas no conocen el concepto de trabajo, de modo que, generalmente, para hablar de una actividad asalariada para un patrón o para el Estado recurren a la palabra en castellano trabajo. La actividad del campesino, en cambio, no es considerada como trabajo, sino que se denomina cultivar o –más en detalle- arar, sembrar, desyerbar, cosechar, pastorear animales, etc. Si se pide a un campesino quechua nombrar un término genérico para todas estas actividades, nos dirá uyway que quiere decir cuidar el agua, los animales, la siembra o la tierra...”. Op.cit. RECKNAGEL, Albert. p. 65.

482 “En combinación con el artículo 30 que se refiere a los derechos culturales de las minorías étnicas y los pueblos indígenas, llegamos a la conclusión de que la CDN protege las formas de trabajo y de colaboración así como del trabajo comunitario no explotador”. Op.cit. RECKNAGEL, Albert. p. 65.

- a) *La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;*
- b) *La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;*
- c) *La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.*

Para la época de hechura de la CDN ya había una cierta consolidación de la conciencia que sabe que el cuerpo de un NNA es intocable. Hoy un poco más desarrollada por las denuncias de las organizaciones de género y de las infancias, al igual que por las evidencias de vulneración de derechos que dejan los fenómenos ilícitos del turismo sexual y la creciente industria pornográfica de menores de edad.

La explotación y el abuso sexual se han convertido en prácticas intolerables para la sociedad sin importar de dónde vengan o quién lleve a cabo la pedofilia⁴⁸³; revítese por ejemplo la fuerte crítica de los propios católicos a los escándalos de sacerdotes pederastas que fueron encubiertos y protegidos por Juan Pablo II a lo largo de la segunda mitad del siglo XX.

No obstante, la regularidad de la explotación sexual en países tercermundistas y en redes desplegadas en los países industrializados para generar plusvalor abusando de los cuerpos de los NNA impulsó a los redactores de la CDN a estipular que los Estados tienen el deber de protegerlos de cualquier forma de aprovechamiento y usufructo sexual con políticas y leyes sancionatorias y preventivas de tales hechos y con la suscripción de convenios bilaterales y multilaterales para impedir esencialmente: 1) la coacción, presión, intimidación e incitación para que un NNA se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; 2) la explotación de un NNA en la prostitución; 3) la explotación del NNA en espectáculos, fotos, videos y audios pornográficos.

Ante los avances desdeñosos para dismantelar toda una industria ilegal que produce millones y millones de dólares cada año y que atormenta la dignidad de miles de NNA con la explotación en la prostitución y en la pornografía infantil; más el hecho que estos fenómenos adquirieron un carácter transnacional en buena medida por efectos de la creciente movilidad de personas, el turismo especializado en esos rubros y las nuevas tecnologías que han facilitado el acceso incontrolado de pedófilos, a actividades sexuales grabadas y en tiempo real, que involucran a NNA⁴⁸⁴; la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en el 2002 un documento adicional a la CDN para complementar

483 Aunque lejos de las tradicionales formas de explotación sexual rechazadas persisten algunas que tienen aceptación social; por ejemplo, un “estudio llevado a cabo en Centroamérica identifica una importante forma de explotación sexual comercial usualmente invisibilizada. Las víctimas son niñas, generalmente provenientes de áreas rurales, que son “contratadas” por familias para servicios domésticos, cuidado de enfermos o de niños, y que son explotadas por sus empleadores y/o los hijos de los mismos. También se señala el “concubinato” de personas menores de edad con residentes extranjeros muy mayores, usualmente apoyado por las familias de los niños, niñas y adolescentes, quienes buscan beneficios económicos al entregar a sus hijos e hijas a estos explotadores. Un hallazgo preocupante de la investigación que mencionamos es la respuesta de la comunidad en todos los países en relación con la percepción y práctica de la denuncia. Apenas un 50% (en promedio) de las personas entrevistadas recurriría a las autoridades y prácticamente una cuarta parte de la población no haría nada. De hecho, sólo el 7% de la población declara haber presentado alguna vez una denuncia”. DAZA, Ricardo. Panorama de la violencia contra los niños en América Latina. En Derechos de los niños y las niñas: debates, realidades y perspectivas; eds. Ernesto Durán, María Cristina Torrado. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2007. p. 100.

484 Véase BINAZZI, Alice. La Convención sobre los Derechos del Niño, su Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y el marco legal para la prevención y la protección contra el creciente fenómeno transnacional de la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes. En Reflexiones y avatares para la infancia en el siglo XXI. Publicación digital del I Concurso de ensayos sobre infancia y familia del área de formación a distancia. [Revisado el 1 de abril de 2011] <http://ifejant.org.pe/Archivos/librocdensayos.pdf>

el compromiso de los Estados en la aplicación del artículo 34 como ya se contó en los pasos requeridos para una exigibilidad y aplicabilidad integral y holística de la CDN⁴⁸⁵.

Evidentemente, nos referimos al Protocolo Facultativo a la Convención sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía que redefinió ulteriormente el derecho del NNA a ser protegido de toda forma de abuso y explotación sexual por medio de hacer explícita la criminalización de las acciones adultas que tengan que ver con la venta, explotación en la prostitución y la pornografía de NNA. Visión que afirma a estas actividades como delitos que victimizan a la infancia y le significa a los Estados hacer reformas legislativas para lograr que esa postura se exprese en los códigos penales⁴⁸⁶.

De manera similar, el Protocolo Facultativo reconoce y promueve el derecho de los NNA victimizados por estas contravenciones a la ley penal, a ser protegidos en instituciones especializadas para la restitución de sus derechos congelados durante el ciclo que persistió la explotación sexual.

3.4.2.12 Artículo 35-Derecho a ser protegido de la venta, trata y secuestro: *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”.*

El derecho de un NNA a ser defendido y auxiliado de la venta, trata y secuestro está interconectado plenamente con el artículo 34. Por lo general, el rapto y tráfico de la infancia tiene como móvil la explotación sexual en la prostitución. De esta circunstancia nace el hecho que el Protocolo Facultativo a la Convención sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía concatene la protección estatal ante la oferta y comercio de NNA como en la explotación sexual que pueden sufrir por efecto de su mercantilización coaccionada.

Para garantizar la protección debida es obligación del Estado crear leyes que penalicen el secuestro, la venta y la trata de NNA a nivel nacional. Además, suscribir convenios bilaterales y multilaterales que apoyen esos esfuerzos a nivel internacional⁴⁸⁷.

3.4.2.13 Artículo 36-Derecho a ser protegido contra otras formas de explotación: *“Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar”.*

485 El Protocolo Facultativo a la Convención sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía nace de la sensación de impunidad existente sobre la explotación sexual discutida en el I Congreso Mundial contra la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes acaecido en Estocolmo, en 1996.

486 El protocolo facultativo también enfatiza la “necesidad de reforzar la cooperación internacional, con la adopción de una legislación extraterritorial para punir a los perpetradores, también por medio de la extradición al país de origen del ciudadano, que haya cometido estos crímenes en el extranjero. Los Estados Parte que nieguen la extradición, tienen que asumir la jurisdicción sobre el crimen, encargando del caso a sus autoridades competentes, al fin de perseguir los perpetradores y juzgarlos”. Ibid. p. 26.

487 Por ejemplo, el Protocolo para Prevenir, Suprimir y Punir el Tráfico de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, conocido como el Protocolo de Palermo, adoptado en 2000 como complemento de la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional. En este Protocolo se define detalladamente el tráfico de personas y que este tiene el propósito de la explotación. También que el consentimiento de la víctima es irrelevante para que no sea considerado delito. El solo hecho de engañar, secuestrar, o tomar como rehén a un NNA para fines de explotación, los convierte en víctimas de tráfico.

El artículo 36 es un esfuerzo por evitar que cualquier forma de explotación no contemplada en la CDN denigre al NNA. Es decir, se creó para luchar contra todas las formas de explotación no señaladas en los artículos 32, 33, 34 y 35; pues latía el peligro que al carecer de nombramientos otras manifestaciones de la explotación en el instrumento internacional pudieran entenderse como lícitas y viables; tal suposición es falsa.

Lo que demuestra que las preocupaciones de las organizaciones no gubernamentales en el acompañamiento a los Estados en la escritura de la CDN tuvieron como centro de atención el tema de la explotación infantil. Primero, por la reiteración de artículos misionados de proteger al NNA de ese flagelo. Segundo, por el refuerzo a ese tópico con un derecho a tono de precaución para evitar que prácticas de explotación aceptadas socialmente siguieran vigentes sin que la protección integral pudiera enfrentarlas.

3.4.2.14 Artículo 37-Derecho a no ser sometido a torturas, tratos degradantes o inhumanos, a la pena capital, a la prisión perpetua y a la detención arbitraria o ilegal: *“Los Estados Partes velarán porque:*

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”.

El artículo 37 de la CDN es en gran parte una sinopsis del contenido general de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia. Cada uno de sus párrafos señala límites para la arbitrariedad del Estado y de sus aparatos de control en la interacción con los NNA. Del mismo modo, ordena la creación de un sistema de justicia juvenil especializado para los NNA infractores donde gocen de los principios generales del derecho penal.

En vista de lo dicho, el artículo 37 es dentro de las obligaciones específicas que adquieren los Estados, el estandarte de la prohibición de la violencia institucional directa contra los NNA, entendida, como aquella practicada por los órganos y agentes del Estado encargados de mantener el orden y la aplicación de la ley.

Es un freno a su potencial represión con la incorporación en el inciso a), del principio de humanidad, que obliga al Estado a demostrar su responsabilidad social y a respetar la integridad de una persona⁴⁸⁸. Sin la afirmación de la humanidad de un NNA por parte del Estado, éste tendría un permiso perenne para eliminar, maltratar, dañar y torturar a instigadores del desorden y transgresores de la ley penal menores de 18 años de edad.

Al respecto, el inciso a), es bastante terminante al prohibir la tortura, las humillaciones, y los tratos o penas crueles. Lo que obliga a los Estados a reformular su trato, atención y comprensión de los infractores en cabeza de la fuerza pública y de los centros de internamiento donde persiste una disminución, abandono y tortura del NNA por considerársele perdido y viciado. En efecto, ni en la detención o en el proceso de internamiento los operadores de justicia están autorizados para cobrar extrajudicialmente con torturas, malos tratos y espacios de castigo las infracciones a los NNA; quien lo haga incurre en una conducta ilegal. Lamentablemente en Latinoamérica con los altos índices de criminalidad, los escándalos casuísticos de los medios de comunicación y la conciencia retributiva de la sociedad cuesta hacerla desaparecer⁴⁸⁹.

Este es un tema crucial que requiere de capacitación y códigos de conducta para la fuerza pública, sobre todo, para evitar tragedias como la del 1 de mayo de 2005 en Bogotá, cuando la policía golpeó brutalmente a un adolescente de 15 años que al final le costó la vida.

Otra garantía y herramienta de prevención frente a la arbitrariedad del Estado y como un derrumbe de la prerrogativa que permitía la situación irregular de encerrar a los NNA por su pobreza, es el principio de legalidad⁴⁹⁰. Tal y como lo señala el inciso b), ningún NNA puede ser detenido ilegal, o arbitrariamente. La privación de la libertad es improcedente por la condición socioeconómica, racial, familiar, religiosa, étnica, política, etc., de un NNA. Únicamente puede ser privado de la libertad en conformidad de la ley y como resultado de una infracción penal.

Por otra parte, los Estados tienen la obligación de diferenciar los sistemas y las administraciones penales de los adultos de las pensadas para la infancia. Primero atendiendo y comprometiéndose con el fragmento final del inciso a): derogando la pena capital y la prisión perpetua contra un NNA de la legislación nacional como retribución de un delito; más ahora que la institucionalidad reconoce la humanidad de los NNA y en honor a ello no puede pasar a ser su verdugo.

488 El Principio de humanidad "Se basa en el principio de responsabilidad social del Estado y en la obligación de asistencia para un pleno proceso de resocialización. Se deriva de aquí, la prohibición de penas crueles y degradantes". Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p. 70.

489 Por ejemplo, en "Paraguay, un informe de 2002 reporta que el 81% de las personas entrevistadas en centros de reclusión para adolescentes refiere que han sido objeto de torturas y malos tratos en el momento de la detención y en las comisarías; un 15 % manifiesta haber sido torturado en los centros de reclusión. En el informe de medio tiempo, correspondiente al año 2004, se consigna que los porcentajes han variado favorablemente: el 56% han sido maltratados en el momento de la detención, 49% fueron víctimas de torturas y maltratos en las comisarías y el 12% en las penitenciarías". Op.cit. DAZA, Ricardo. 91.

490 El Principio de Legalidad, "Se traduce en la prohibición de existencia de delito y pena sin la preexistencia de ley anterior (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)". Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p 70.

Segundo, obedeciendo al inciso c): dado el caso que un NNA sea juzgado y declarado culpable, debe ser separado de los adultos en lugares de internación especializados para evitar volver a caer en lo que denunció a finales del siglo XIX el Movimiento de Salvación del Niño: la promiscuidad y la educación en el hampa gracias a su convivencia carcelaria.

Tercero, subrayando en cualquier providencia judicial que considere culpable de un delito a un NNA las líneas finales del inciso b): el encarcelamiento, o detención por un crimen será una medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Por lo que, deben cavilarse formas alternativas de restauración del daño causado por el NNA con servicio a la comunidad y al afectado.

Cuarto, acertando la parte final del inciso c): el NNA al ser internado tiene derecho a mantener contacto con su familia por vía de misivas y de visitas, para lo que habría que crear espacios acondicionados para tales fines.

Quinto y por último, dando garantías a los principios de jurisdiccionalidad e inviolabilidad de la defensa contenidos en el inciso d)⁴⁹¹: una vez que un NNA sea privado de la libertad por una infracción penal tiene derecho a un defensor y a la asistencia jurídica; y a través de ellos a impugnar la legalidad de la detención e internamiento por considerarla viciada, de cara a un tribunal, o juez competente, imparcial e independiente obligado a fallar con prontitud sobre dicha acción.

3.4.2.15 Artículo 38-Derecho a no ser reclutado por el ejército y a recibir protección cuando se ha sido víctima de conflictos armados: *"1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.*

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado".

El derecho a ser protegido de la participación directa y de los efectos de los conflictos armados fue el punto débil de la CDN. Más que un título inconsistente; el artículo 38 es una evidente deficiencia de la técnica jurídica que dio fruto en la discusión de su redacción. Como se puede leer en su contenido, fija la edad límite del reclutamiento por las fuerzas armadas institucionales y la participación en conflictos armados en los 15 años; dejando un intervalo de

⁴⁹¹ El Principio de Inviolabilidad de la defensa: "Presupone la presencia de defensor técnico en todos los actos procesales desde el momento en que se imputa la comisión de una infracción" y el Principio de jurisdiccionalidad: "Presupone la existencia de los requisitos esenciales de la jurisdicción: juez natural, independencia e imparcialidad del órgano". Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p 70.

tres años en que los NNA están separados de la protección y de todos los derechos que otorga la CDN a todos ser humano menor de 18 años; aquél que define como niño.

Con la aprobación de tal ambigüedad jurídica los Estados se desconectan de la responsabilidad con los NNA al priorizar los asuntos bélicos sobre sus derechos a lo largo de 1095 días; la duración exacta de los tres años en que los invisibiliza el artículo 38.

Inicialmente, la propuesta del artículo 38 co-elaborada en 1985 por Bélgica, Finlandia, los Países Bajos, Senegal, Suecia y Perú, carecía de una limitación de edad y se refería a los NNA en general⁴⁹². Sin embargo, el encargado de implantar la sugerencia de limitar la aplicación de la protección de este artículo la dio el Reino Unido en 1986 y el que la definió luego en los 15 años fue los Estados Unidos⁴⁹³. La propuesta, terminó por ser aprobada, “siendo Venezuela la única delegación que manifestó claramente su preferencia por la edad mínima de 18 años”⁴⁹⁴.

Dentro de este contexto, es que germina el artículo 38 tal y como lo conocemos con sus imperfecciones en la CDN. Propagando la edad de los 15 años como el sentido común para la proteger a los NNA de vivir las tragedias que describe Erich María Remarque en “Sin Novedad en el frente”.

Pero a todas estas corresponde preguntarnos: ¿por qué se impuso con facilidad el tramo de los 15 años como límite a la guerra, cuando se había logrado el consenso de que la CDN protegería a todos los menores de 18 años de edad? ¿Por qué se cayó en tan deficiente contradicción jurídica? La verdad sea dicha, porque ese tramo etario era de 1989 para atrás la edad contemplada como suficiente para salvar al NNA de los conflictos armados dentro del Derecho Internacional Humanitario (DIH); esto es, lo que la legislación experta en guerras consideraba como justo para proteger a la infancia del reclutamiento y la participación en las hostilidades⁴⁹⁵.

Y hablamos en pasado y recordamos que iniciamos el análisis del artículo 38 diciendo que fue la fisura más notable de la CDN, porque, ese error gigantesco ya se corrigió con el Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos de los Niños involucrados en los conflictos armados del 2002, que ordena a los Estados que lo ratifiquen elevar la edad de reclutamiento y prohibir cualquier participación en hostilidades a través de las filas de grupos armados legales e ilegales a partir de los 18 años de edad⁴⁹⁶.

492 Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 20.

493 La iniciativa del Reino Unido respondió a que en los navíos de guerra había jóvenes menores de 18 años después de luchar en la guerra de Las Malvinas y a que su legislación era permisiva con el reclutamiento a partir de los 15 años.

494 Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 21.

495 Nos referimos a los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, adoptados en 1977. “El artículo 4.3 c del Protocolo II relativo a la Protección de las víctimas de los Conflictos Armados sin carácter internacional dispone que “los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”. El artículo 77.2 del Protocolo I relativo a la Protección de las víctimas de los Conflictos Armados Internacionales también prohíbe el reclutamiento y participación en hostilidades de personas menores de 15 años, añadiendo que, en caso de reclutamiento de personas entre 15 y 18 años de edad, debe “procurar alistar en primer lugar los de más edad”. Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 20.

496 Aunque la corrección que genera el Protocolo sobre el artículo 38 tarda más de una década, resultaba un hecho inatajable. Tenía que darse. En primer lugar, porque durante la revisión técnica de la CDN en 1988 una gran porción de los países se dan cuenta del error cometido sin lograr un cambio por la oposición de los Estados Unidos: “Nada menos

Con la aparición del Protocolo se subsanan los incongruentes incisos 2 y 3 del artículo 38, y quedan vigentes las cosas buenas que promueve el mismo, como lo establecido en su inciso 1, que señala el compromiso del Estado por respetar y aplicar el DIH en relación a los NNA; es decir, acatar y pensar las decisiones militares para evitar estupideces como poner un estación policial o militar cerca de una escuela, o en el más exagerado de los casos, de hacerlas coexistir en un mismo espacio. O el inciso 4, que dice que los Estados están obligados en virtud del DIH a crear programas y leyes que protejan y cuiden a los NNA afectados por los conflictos armados; a saber, restituir sus derechos al ser convertidos en víctimas de la violencia política⁴⁹⁷.

3.4.2.16 Artículo 39-Derecho a la recuperación física-psicológica y a la reintegración social cuando se ha sido víctima de abuso y explotación: *"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño".*

El penúltimo derecho de protección podría tildarse de complementario de las prohibiciones y estrategias mandadas en todos los demás derechos que conforman este bloque para evitar que tengan lugar la explotación sexual, laboral, la trata, el secuestro, la utilización en el tráfico de drogas, la tortura, y la participación de NNA en los conflictos armados.

Derechos que tienen un corte prohibitivo de las conductas adultas que vulneran a la infancia. Sin embargo, como todos ellos son fenómenos arraigados en las costumbres y altamente lucrativos para las mafias que los dirigen, siempre cabe la posibilidad que la protección preventiva del Estado no llegue a un grupo de NNA; facilitando que la infancia se transforme en víctima de delitos adultos.

Allí cobra importancia y entra a jugar el artículo 39. Apareciendo como la otra cara de la moneda del conjunto de derechos de protección que evita un abandono estatal del NNA victimizado. Si se puede decir así, es su seguro de vida, para no ser olvidado y prolongar su estatus de víctima a través de la restauración de sus derechos; pues, si bien muchos de los derechos descritos

que 25 Estados, incluyendo el Reino Unido, expresaron su apoyo a los 18 años como edad mínima para participación en hostilidades (Argelia, Angola, Argentina, Australia, Austria, Canadá, China, Colombia, España, Finlandia, Francia, la República Democrática de Alemania, India, Italia, México, Mozambique, los Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, la Santa Sede, Suecia, Suiza, el Reino Unido, la Unión Soviética y Venezuela). Pero la oposición de los Estados Unidos impidió un consenso sobre la edad de 18 años como edad mínima para la participación en hostilidades". O'DONELL, Daniel. p. 20. En Segundo lugar, porque las dinámicas de guerra experimentadas después de 1977 son muy superiores a las intenciones de humanización y posibilidades de protección que brinda el DIH. Ahora los conflictos armados son internos en casi todas las ocasiones y se nutren de NNA para ocupar los roles de combatientes. Y tercero, porque el Secretario General de las Naciones Unidas, Butros-Ghali muestra un marcado interés por el tema al nombrar en 1994 un Relator Especial para la Cuestión de la participación de los niños en los conflictos armados a inicios de los noventa; la señora Graça Machel que rápidamente entrega al Secretario General la investigación: "El impacto de los conflictos armados sobre los niños" en 1996 y a partir del cual se piden medidas urgentes para proteger a más de 300.000 NNA que se estima habitan los conflictos armados del mundo. La consecuencia de todo ello es el Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos de los Niños involucrados en los conflictos armados del 2002.

497 En esta tarea Colombia ha avanzado sobresalientemente en los últimos años con la creación del Grupo de Atención a las Víctimas de la Violencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que ha creado políticas de restitución de derechos a NNA desvinculados de grupos armados ilegales y a NNA víctimas de desplazamiento forzado.

comparten las dos posiciones de protección, la preventiva y la restaurativa, también existen otros que no la incluyen en su texto, favoreciendo la negligencia y la omisión de tan importante función del Estado.

En esa medida, el presente artículo consigna el derecho de todo NNA al que se le viole un derecho de protección, o perjudique su integridad a beneficiarse de leyes, programas y políticas públicas destinadas a la recuperación física, mental y a impulsar su reintegración social en basamento de su calidad de víctima de un delito y una violencia adulta.

3.4.2.17 Artículo 40-Derecho a recibir garantías especiales en la justicia especializada para menores de edad: *"1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.*

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos

para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

El artículo 40 cierra los derechos de protección y completa la recapitulación vinculante que se hace en la CDN de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia. Es posiblemente, el artículo más largo de todo el instrumento internacional y a lo largo de sus cuatro incisos se presentan varios temas fundamentales para juzgar, acompañar y respetar los derechos de los NNA en conflicto con la ley penal.

En el inciso 1, se recalca algo establecido anteriormente en el artículo 37. Todo NNA acusado y juzgado por violar las leyes penales debe ser tratado con respeto en consonancia a su dignidad, no solamente porque tiene derecho a ello; a su vez por el pensamiento inherente al inciso que dicta que por vía del ejemplo el NNA aprenda el deber, o la responsabilidad de un sujeto de derechos: respetar los derechos y las libertades de terceros. Todo esto, con miras a promover su reintegración social a mediano plazo.

Para que el respeto a un NNA infractor por parte de las autoridades de control y judiciales sea tangible, en el inciso 2, se pauta que su detención y juzgamiento tiene que estar atenta a no pasar por encima del principio de legalidad; para evitar criminalizaciones de la pobreza y que a un NNA se le acuse e institucionalice por infringir una ley penal con base en actos que no están prohibidos en las leyes.

Asimismo determina que todo NNA señalado de infractor debe gozar de 8 garantías básicas: i) se le presumirá inocente mientras sea imposible demostrar su culpabilidad conforme a la ley; ii) se le informará sin demora de los cargos que pesan sobre él, ya sea directamente, si no afecta su ISN, o por intermedio de sus padres, en obediencia del Principio de Publicidad del Proceso⁴⁹⁸; iii) con la información sobre su caso dispondrá de asistencia jurídica para preparar y presentar su defensa en correspondencia con el Principio de Inviolabilidad de la Defensa; iv) en seguida de esto, su causa será dirimida o resuelta sin demora en una audiencia por un órgano o autoridad judicial competente, imparcial y en apego a la ley para impedir discrecionalidades del pasado y atender el Principio de Legalidad del Procedimiento⁴⁹⁹; v) por ningún motivo

498 El Principio de Publicidad del Proceso: "Hace referencia a la posibilidad que deben tener los sujetos procesales de tener acceso a las constancias del proceso. Al mismo tiempo se refiere a la conveniencia de proteger la identidad de niños adolescentes para evitar la estigmatización". Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p 70.

499 El Principio de Legalidad del Procedimiento: "Presupone que el procedimiento debe estar fijado por la ley y no puede

será obligado a prestar testimonio falso, o declararse culpable y en apoyo a su defensa podrá solicitar que se interrogue, o interrogar a testigos de cargo y descargo en condiciones de igualdad; vi) su proceso, las decisiones judiciales y las medidas impuestas a causa de su infracción a la ley penal serán revisadas y emitidas por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial conforme siguiendo el Principio del Contradictorio⁵⁰⁰; vii) contará con asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma local del lugar donde se le retenga y juzgue por la infracción para efectos de las traducciones en el ejercicio de las demás garantías; viii) se le respetará plenamente su vida privada en todo el proceso judicial y en el extenso del proceso de internación hasta la apertura a la reintegración social.

Todas las garantías recién descritas tienen que efectuarse en el marco de un sistema y administración penal especializada para la infancia infractora. El artículo 37 ya nos había puesto en sobre aviso de la obligación del Estado de reformar el modelo penal retributivo con el que se atendía y juzgaba a los NNA antes de 1989. Pero el inciso 3 del artículo 40 termina de afinar dicha presunción, al ordenar abiertamente que los Estados deben promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los NNA acusados y declarados culpables de infringir las leyes penales; partiendo de dos elementos esenciales: i) establecer una edad mínima de imputabilidad; ii) la adopción de medidas socioeducativas sin recurrir a procedimientos judiciales para los NNA infractores que se encuentran por debajo de la edad estimada como imputable.

No podemos concluir este derecho sin hacer referencia a un punto crucial que muchas veces se obvia y disminuye: la CDN propone limitar la intervención punitiva lo más rigurosamente posible hasta en los NNA reconocidos por ley como imputables. Al respecto, el inciso 4 del artículo entre manos estipula que el sistema de responsabilidad penal para NNA infractores baraje medidas diversas y distintas a la internación en instituciones según y en proporción a las circunstancias como a la infracción, crimen, falta o delito cometido. Entre ellas recomienda medidas tales como: órdenes de orientación, libertad vigilada, colocación en hogares de guarda, programas de enseñanza y formación profesional, internación domiciliaria; etc.

3.4.3 Derechos de participación

Los derechos agrupados en este bloque son por donde se les mire hechos históricos para la infancia; ya que por primera vez en lo que va de la historia occidental los NNA son reconocidos legalmente como sujetos de enunciación y con identidad propia. Además a ellos llegan tardíamente los primeros derechos consensados y positivizados: los derechos de primera generación configurados en el siglo XIII. Derechos acordados como necesarios para la paz y la justicia en suma a los sociales, económicos y culturales que la gran mayoría de Estados del mundo acordaron en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 para todo ser humano.

quedar librado a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional". Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p 70.

500 El Principio del contradictorio: "Presupone una precisa definición de los roles procesales (juez, defensor, ministerio público)". Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p 70.

Siguiendo esta lógica, ahora los NNA no son sujetos incompletos en derechos, al tener como atributos y facultades exigibles todos los derechos que les faltaban: los políticos y civiles. No se olvide que en el punto que dilucidamos el Principio de Participación residente en el artículo 12 de la CDN, se señaló que éste es la adaptación del derecho al voto y a participar de un gobierno que tienen los adultos. Como la democracia liberal se sostiene en el sufragio y para su ejercicio divide a los votantes entre menores y mayores de edad, resultaba totalmente imposible otorgarlo tal y como lo tienen los adultos, pues ello implicaría una modificación total del sistema electoral conocido. Lo que se hizo fue adaptarlo a una representación democrática del NNA para que puedan intervenir en cualquier política y ley que les incumba con por medio de un derecho de consulta; permitiendo este hecho que el NNA también sea partícipe de lo político como el adulto. Al respecto se ha socializado y reproducido con fuerza que dentro de la CDN no figuran estos derechos⁵⁰¹; sin embargo, nos preguntamos con ánimo de encontrar respuestas de aquellos que siguen ese pensamiento: ¿Si no están adaptados al NNA para qué se esforzaron los padres de la CDN en escribir el artículo 12? ¿Por qué el artículo 12 tiene implícitos laberintos y cortapisas textuales? Y ¿Por qué simplemente no se evadió escribir el artículo 12 dejando el artículo 13 referido a la libertad de expresión que no tiene ninguna semejanza adaptativa al derecho al voto adulto?

De cualquier manera, con los derechos de participación los NNA tienen derecho a expresar libremente sus pensamientos, a asociarse y reunirse para fines pacíficos, a tener acceso a la información, a participar de la vida cultural de un país y a opinar políticamente como co-hacedores de cualquier política, ley y decreto destinados a ellos. Con los derechos que vamos a conocer a continuación el NNA tiene la posibilidad de fomentar su creatividad y dejar de ser preso del silencio y del estigma de la irresponsabilidad de una vez por todas escuchándose a sí mismo, siendo escuchado por los demás y comprometiéndose con el desarrollo de su vida, de su comunidad y de su país:

3.4.3.1 Artículo 13-Derecho a la libertad de expresión y a buscar y difundir ideas: “1. *El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.*

2. *El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:*

a) *Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o*

b) *Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas”.*

El derecho a expresarse libremente es, por si acaso, uno de los derechos más amados por el occidente capitalista y uno de los pilares de la vida democrática. Es el derecho que permite a las personas recibir y difundir ideas de todo tipo en la vida cotidiana sin la presencia de prohibiciones, coerciones y censuras. De ahí que, se equipare la libertad de hablar al hecho mismo de ser libre.

501 Idea promovida por Daniel O’Donell: “Según la normativa internacional vigente los derechos políticos *stricto sensu*, es decir, el derecho a votar, de ser candidato y de tener acceso a la función pública, son propios de los ciudadanos, concepto que reúne la nacionalidad y la mayoría de edad. Esos derechos, por lo tanto, no figuran en la Convención sobre los Derechos del Niño. No obstante, la omisión de los derechos políticos *stricto sensu* no implica negación del niño como sujeto de los derechos políticos en el sentido amplio”. O’DONELL, Daniel. p. 22.

En el caso de la infancia, expresarse libremente no tiene un impacto directo en las leyes y políticas sobre infancia; es un derecho diseñado para que el NNA utilice su voz para comunicarse con los demás, para aportar ideas en los espacios familiares, comunales y escolares.

A diferencia del derecho a la opinión consagrado en el artículo 12, el derecho del artículo 13, no es edificador o interviniente en lo político de manera institucional o reglamentaria por ser el derecho antecesor el que goza del carácter de principio en la CDN. Tal vez, podría serlo por efectos de expresiones y presiones colectivas ante los aparatos estatales, pero sobre el papel está falto de una orden legal que lo permita.

Aún así, el derecho a expresarse libremente es un atributo fundamental para la convivencia basada en la semejanza del NNA con el maestro, con sus padres y con los adultos que lo rodean. Y para que ese reconocimiento de igualdad se concrete la condición básica es eliminar cualquier acción adulta que cohíba y le prohíba al NNA hablar.

En la efectividad del derecho a expresarse libremente está en juego la veracidad del reconocimiento del NNA como un ser humano pensante y comunicativo. Si se quiere, en la regularidad de sus locuciones está la esencia de ser reconocido y autoreconocerse como un sujeto con autonomía y capacidades como la de cualquier otro.

Ahora bien, que el NNA pueda dar y recibir ideas de todo tipo no implica que con sus declaraciones atente contra los demás. El inciso 2 del artículo 13 traza y da pie a que se creen ciertas restricciones para la vigencia de este derecho. La primera es elemental, muy bienvenida y corresponde al deber del sujeto de derechos: respetar los derechos o la reputación de los demás.

La segunda, ordena que la libertad de expresión sea limitada en todas aquellas circunstancias donde ponga en riesgo la seguridad nacional, el orden público, o la moral pública. Estas restricciones a nuestro entender merecen un corto debate, pues, están indefinidas en lo jurídico y son vagas. Esencialmente son valorativas, “carecen de precisión semántica y al ser actuadas pueden cancelar derechos humanos”⁵⁰².

Empezando con el zarandeo de la bandera del “orden”, ya que la representación que tienen los adultos es totalmente distinta a la de los NNA en este rubro. Un hecho de por sí conflictivo; al entenderse a la infancia como un estado perpetuo disruptivo del orden adulto. Lo que podría desembocar en dejar a un lado la legalidad integral de la CDN e imponerse la imagen que el NNA es un sujeto peligroso, que dice cosas que no debe y que deberían ser silenciadas, sin que se haga público que tiene una concepción diferente del orden social de sus mayores⁵⁰³.

502 Op.cit. URIARTE, Carlos. p. 161.

503 “la propia problemática de las adolescencia no adecuadamente inteligida, entra en conflicto con el *orden* de los mayores; los jóvenes son vulnerables ante el *orden* social en general y ante el orden de los mayores, e particular”. Op.cit. URIARTE, Carlos. p. 161.

La moral pública es otro bodrio jurídico contenido en el artículo 13. Especialmente, porque la moral es diversa y subjetiva; cada uno tiene un visor con el que va ajustando la moralidad de sus actos. Por ello, respecto a la moral pública como categoría abierta “concluimos que es un discurso vacío, y que en última instancia, cuando se actúa, es *apropiada* por alguien, que mesiánicamente se siente un auténtico intérprete de la moral pública”⁵⁰⁴. Es decir, su utilización como represora de la libertad de expresión de una NNA iría en función del credo, la ideología y los pensamientos de la autoridad adulta que la demande con la aspiración de forjar un monopolio de la moral que regule las conductas orales, escritas y artísticas de la población infantil. Una forma de dominación en todo sentido, que un Estado de derecho, por definición plural, nos resulta una inmoralidad y una obvia contrariedad de la libertad de expresarse⁵⁰⁵.

La invocación de la seguridad nacional es la tercera entelequia colada en el artículo 13. Limitar la libertad de expresión de un NNA a temas que no se perciban como contraproducentes para la seguridad nacional es imponer una higiene al lenguaje infanto-adolescente; planteándole temas de los cuales puede hablar sin problema y tópicos que son causales de reprimendas. Un escenario aberrante para la libertad del habla; típicamente autoritario y adultocéntrico, puesto que al final quien decidiría y administraría la seguridad nacional sería el regente del poder institucional, con base, en sus paranoias y proyectos. Por lo tanto, so pretexto de la seguridad nacional es inconveniente vulnerar derechos y cometer excesos discrecionales para apaciguar una sensación térmica de inseguridad institucional ante la palabra de un NNA.

Además, no se olvide que basándose en la doctrina de la seguridad nacional en Latinoamérica los Estados cometieron las más diversas atrocidades contra sus ciudadanos al acusárseles de parecer, de ser, de pensar, de decir, o de hacer acciones y lenguajes prohibidos.

En razón de lo relatado y para prevenir que las autoridades institucionales señalen que una alocución de un NNA es inmoral, tendenciosa al desorden y al daño de la seguridad nacional es importante e inaplazable que en las reformas legislativas se precisen o ajusten dogmáticamente estas categorías en pro de respetar la libertad; valor máximo de un Estado que se diga a sí mismo democrático y de derecho. Así, como para no apadrinar su uso eufemístico y discrecional apropiable fácilmente por la institucionalidad para conculcar derechos⁵⁰⁶.

Si esa transformación de lo confuso a lo exacto se quedase en meras intenciones o en una recomendación de éste texto, cualquiera diría que por la indefinición jurídica de la tríada restrictiva de la libertad de expresión cabe la posibilidad de que sea limitada por las instituciones culturales y por tal razón no hay que cantar victoria.

504 Op.cit. URIARTE, Carlos. p. 162.

505 “Un Estado social y democrático de derecho, que por definición es plural, tiene que posibilitar opciones morales, antes que imponerlas. Imponer una moral, propiamente, es una inmoralidad”. Op.cit. URIARTE, Carlos. p. 162.

506 Para las tres categorías sería adecuado definirlas como las agresiones actuales y reales a bienes y derechos de terceros.

Sin embargo, si pensáramos la continuidad de las restricciones imprecisas, en primer lugar serían derogables por vía de la hermenéutica integral en el corpus juris que autoriza el *in dubio pro homine* encallado en el artículo 41. En segundo lugar, las limitaciones creadas en el artículo 13 nos da la sensación que fueron pensadas para situaciones extremas que serían imposibles de invocar en la escuela, la familia y la vida comunitaria para callar a un NNA. En otras palabras, son inservibles para vulnerar el derecho a la expresión de un NNA por mano de un padre de familia, un maestro o un vecino. Su utilización en esos escenarios para silenciar al NNA en discusiones de la casa, las clases y los avatares del vecindario carecería de un fundamento lógico y racional a la de interpretar la ley. Sería una completa ridiculez hacerlo; o si no léase en voz alta el siguiente ambiente hipotético entre un maestro y un alumno: “cállate, tienes prohibido hablar de ese tema porque atentamos contra la seguridad nacional, o el orden, o la moral pública”.

De tal manera, estas categorías seguramente están inhabilitadas para amordazar la expresión de un NNA en un recinto privado.

3.4.3.2 Artículo 14-Derecho a la libertad de conciencia, religión y pensamiento: “1. *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.*

2. *Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.*

3. *La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.*

Que en los artículos 12 y 13 se eleve a derecho la opinión y la expresión de un NNA nos lleva a suponer que esas acciones comunicativas tienen como plataforma un pensamiento, una tendencia de ideas de diferente procedencia; que incluyen indudablemente a las propiciadas en el culto religioso.

Ni la opinión ni la expresión de un NNA se elucubran en el desierto, o en una conciencia hueca. Por esto, es tan capital romper con sus prohibiciones jurídicas y sociales. El hacerlo es afirmar plenamente su libertad comunicativa, tanto como la que dice Amos Oz tiene el novelista, al poder pasar de la cabeza a la página lo que desea expresar⁵⁰⁷.

El continuar por la senda de impedimentos y trabas para que un NNA hable en los espacios públicos y privados, es si se quiere, trancar procesos comunicativos y obligarlo a vivir reprimido con ideas que nunca podrá hacer sonoras y graficables.

De este modo, el inciso 1 del artículo 14 obliga a los Estados a respetar el derecho del NNA a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión. O en otros términos, a que el NNA se cree una propia noción y definición de lo real a partir de conocimientos que va adquiriendo, paulatinamente, de manera autodidacta, o en la escuela, o en las conversaciones familiares y amicales.

⁵⁰⁷ Léase la introducción de OZ, Amos. *La historia comienza*. Ensayos sobre literatura. Editorial Siruela. Madrid. 2007. pp. 11-19.

Pensamientos que de ninguna manera, máxime, en las épocas florecientes de la imaginación deben ser maltratados por los maestros, sus padres y el Estado; a menos claro que contengan intenciones de lesionar los derechos de los demás.

En el inciso 2 del artículo 14 se estipula que los padres pueden guiar al NNA en el ejercicio de este derecho conforme a la evolución de sus facultades. Aquí, antes de caer en un prejuicio negativo, hay que dejar en claro que guiar no es equivalente de prohibir. Y que la autorización legal que tienen los padres de familia es la de discutir y decidir qué ideas y reflexiones comparten con sus hijos teniendo en cuenta su edad, compromisos e intereses; o qué les aconsejan y qué no. Pero, cualquier forma de tutela a una información que el NNA vaya buscando, discutiendo y comunicando, autónomamente, es una práctica autoritaria y difamadora de su libertad de pensar.

El inciso 3 clausura el artículo 14 señalando que la libertad de profesar la religión o las propias creencias de un NNA estará sujeta a ciertas limitaciones. Unas trilladas y repetidas como la moral, el orden y la seguridad sobre las cuales ya versamos y debatimos en el artículo anterior. Y otras afines a proteger la vida y la salud del NNA siempre necesarias; pues de ninguna manera el ejercicio y la fe en una religión pueden ir en contra de la vida propia o la de otros sujetos de derechos, como por ejemplo sucede, en los episodios clínicos de suma urgencia en los que los Testigos de Jehová se niegan a las transfusiones de sangre en obediencia a sus creencias.

3.4.3.3 Artículo 15-Derecho a la libertad de asociación: *“1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.*

2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

Este derecho es elemental para todos los adultos que propician y acompañan organizaciones de NNA y que, a veces, desestiman a la CDN. Principalmente, porque esas acciones son reconocidas como legales por primera vez en la historia de la infancia, en virtud del inciso 1 del artículo 15 que señala que todos los NNA tienen derecho a asociarse y conformar organizaciones; así como a celebrar reuniones de índole pacíficas⁵⁰⁸. Simplificando, lo que tratamos de decir es que: sin la existencia de este derecho las organizaciones de NNA que pueblan Latinoamérica y África serían ilegales, podrían ser clausuradas y carecerían de interlocución con el Estado.

Interacción comunicativa que es posible y exigible para la construcción de leyes y políticas públicas, justamente, porque el artículo 15 por gracia de la interdependencia es la manifiesta aplicación del derecho a la opinión en el plano colectivo, o grupal. Según el cual los NNA libremente pueden

508 La anotación de “reuniones pacíficas” denota todavía para la década de los ochenta un cierto temor al NNA. Es un acto de prevención ante su consideración de peligro público cuando entra en contacto con otros pares sin acompañamiento adulto.

organizarse y reunirse periódicamente para cumplir y propiciar la lucha, reclamación, proposición y exigibilidad de sus derechos de una manera pacífica y sin atentar contra los derechos de las demás personas naturales y jurídicas como cualquier organización civil no gubernamental compuesta por adultos.

De ahí que, el inciso 1 remarque que las reuniones sean permisibles si son pacíficas, denota, todavía una consideración adultocéntrica de que el NNA es peligroso cuando entra en contacto con otros pares sin acompañamiento adulto. Pero, frente a cualquier duda, la correlación política entre la infancia organizada y el Estado para la efectividad de los derechos es una ordenanza de la CDN.

Este deber del Estado de incluir a las organizaciones de NNA en la planeación política de sus derechos⁵⁰⁹, tiene mínimas restricciones, ya que el inciso 2 del artículo 15 estipula que no se impondrán reservas al ejercicio de este derecho distintas a las torpes, etéreas, insostenibles y ya explicadas como inocuas: seguridad nacional, el orden público, la protección de la salud y la moral pública.

Seguramente, si hay algo que achacarle a la redacción de este artículo es que no logra aclarar si en el ejercicio de la libertad de asociación, los propios NNA, pueden inscribir formalmente y con personería jurídica su organización o para ello requieren de la ayuda de un adulto. De cualquier manera, esa sería una tarea por aclarar en las reformas legislativas futuras para un ejercicio profundo del derecho a la libertad de asociarse y organizarse de los NNA.

3.4.3.4 Artículo 16-Derecho a la protección de la intimidad: *“1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.*

El derecho a la protección de la intimidad está concatenado con los derechos 12, 13, 14 y 15. Esto es, con el derecho a la opinión, la expresión, el pensamiento y la asociación. Y lo decimos sin tapujos a causa de que el NNA no puede sentirse y vivir verdaderamente con libertad de hablar y pensar, si en paralelo y con cierta clandestinidad se le está imponiendo un centinela a su vida privada; haciéndose real el concepto de la libertad vigilada que favorece la creación de un perímetro para que el NNA se mueva siempre con la mirada espía de un adulto.

Por dicha razón, el artículo 16 cobra mucha importancia. Al ser un derecho preventivo a los controles al pensamiento y a la opinión de un NNA; no es casualidad entonces, que su inciso 1, prohíba al Estado y a las instituciones culturales las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada de un NNA,

509 Por ejemplo, el Movimiento Nacional de Niños y Adolescentes Trabajadores Organizados del Perú (MNNATSOP) fue consultado y reconocido en el Perú como una organización sólida y reivindicativa de los derechos de los NNA, a la hora de hacerse el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia (PNAIA) 2002-2010 por el equipo estatal encargado de redactar el plan. Esta es una muestra de reconocimiento y cumplimiento de la interdependencia entre los derechos de asociación y opinión. Aunque, las opiniones y reflexiones de los delegados del MNNATSOP no fueron tomadas en cuenta y tampoco se dio un diálogo posterior que explicara el por qué de tal hecho; no deja de ser importante ese encuentro entre el Estado y los NNA para pensar sus derechos a largo plazo. Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia (PNAIA) 2002-2010. República del Perú. p. 21.

en su familia, domicilio, correspondencia y los ataques contra su honra y reputación. Y que el inciso 2 subraye que el NNA tiene derecho a la protección jurídica contra esas injerencias y ataques: o sea, que los Estados tienen que crear sanciones penales para aquél capaz de traspasar la historia privada de un NNA.

Levantar el veto a la intimidad apabullaría la dignidad y el bienestar de un NNA, al igual que la confianza que depositara en un adulto cercano como un familiar, o un maestro. Este derecho es, desde nuestra perspectiva, un termómetro para evaluar la calidad de empatía y respeto del mundo infanto-adolescente con el adulto.

3.4.3.5 Artículo 17-Derecho a acceder y recibir información que promueva su bienestar: *“Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán porque el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:*

- a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;*
- b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;*
- c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;*
- d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;*
- e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18”.*

El artículo 17 contiene un derecho con amplísimas posibilidades de aplicación: primero de forma receptiva y luego con el protagonismo creativo del NNA. Todo parte del reconocimiento que hacen los Estados de la importancia contemporánea que tienen los medios de comunicación en el desarrollo de la opinión, pensamiento y expresión de un NNA, al punto, que velarán y regularán con la creación de leyes y políticas la información y el material que se forja en la industria cultural nacional con la finalidad de proteger y promover el bienestar social, espiritual, mental, físico y moral del NNA.

Con esa intención los Estados se comprometen a exigir y estimular a los medios de comunicación al cumplimiento de seis puntos concretos: i) acceso a información especializada para la infancia de diversas fuentes nacionales e internacionales; a saber, pluralismo en la información para el NNA; ii) difusión de materiales e información de interés social y cultural para el NNA de conformidad con el artículo 29 de la CDN; esto es: pensar, quizás por primera vez, al NNA de la jurisdicción nacional y regional antes de crear franjas de entretenimiento cultural que respondan a sus intereses; las cuales tienen que tener afinidad y coherencia con los valores sostenes de los derechos humanos; iii) promover la cooperación internacional en la producción, el intercambio y difusión de información cultural que favorezca en el NNA conocimientos de otras regiones y países; que se sumen a los creados a nivel nacional; iv)

alentar la producción y difusión de libros para NNA; o sea, reactivar e invertir en editoriales, programas y políticas de lectura, bibliotecas especializadas, etc; v) alentar a los medios de comunicación a que tengan en cuenta las necesidades lingüísticas de los NNA pertenecientes a grupos minoritarios e indígenas; es decir, que a todo lugar se abstengan de dar informaciones discriminatorias sobre ellos y que a la par creen franjas y espacios en la radio, la televisión, la prensa y la producción literaria donde se estimule la lengua originaria de sus comunidades; vi) promover la elaboración de directrices de protección contra la reproducción de informaciones y materiales en los medios de comunicación perjudiciales para el bienestar de un NNA; una tarea siempre urgente cuando en la televisión, principalmente, sobreabundan programas de violencia a falta de creatividades para comprender y llegar al NNA con discursos e imágenes divergentes de ese entretenimiento.

Ahora veamos, todas estas pautas para regir la relación Estado-medios de comunicación piensan al NNA como depositario. Y a nuestro parecer en interdependencia con el artículo 13, el derecho a acceder y recibir información se puede ampliar, positivamente, al derecho a producir información en los medios de comunicación de manera libre y sin la intención de dañar los derechos de los demás.

De acuerdo con esto, el NNA no solamente sería comprendido como receptor de información; similarmente, basándose en su derecho a la libertad de expresión aparecería en escena como un productor de la misma, haciendo uso de la diversidad de medios comunicativos que hoy existen para generar informaciones de interés social y cultural de la infancia. Hasta el momento son reconocibles e interesantes las experiencias infanto-adolescentes que vienen entendiendo este derecho por el lado activo y que utilizan la radio como medio de comunicación de sus ideas a otros NNA⁵¹⁰.

3.4.3.6 Artículo 31-Derecho a la recreación y a participar de la vida cultural: *"1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.*

2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento".

Por lo general, este es el derecho que en el sentido común de los adultos más ímpetu y apoyo tiene a la hora de hablarse y pensarse qué necesitan los NNA. Con todo y esas subjetividades emocionales, lo que se simplifica como el derecho al juego, sigue siendo uno de los menos concretados por el Estado en función del NNA.

510 A lo largo de los últimos años Unicef ha impulsado en Latinoamérica un proyecto denominado "Niños Comunicadores", a través del cual, los NNA pueden vivenciar sus derechos a la expresión y a la producción de información con reportajes y trabajos periodísticos en medios escritos, radiales y escritos sobre los asuntos de sus comunidades y sus vidas. Dos ejemplos muy reconocidos de esta experiencia son la "Red de Niños, Niñas y Adolescentes Comunicadores de Ecuador (NNACE) que recibió el premio "Children's Award" que otorga anualmente la República de San Marino y la Fundación Alexander Bodini por su aporte a una cultura de derechos. Igualmente, la "Red de Comunicadores Infantiles y Juveniles de Honduras" que en el 2010 fue acreedor del mismo premio por su compromiso por vocear y exigir derechos para los NNA hondureños. En la actualidad, ésta red la integran más de 2.000 NNA y jóvenes quienes están ejerciendo, exigiendo sus derechos y representando a la infancia y juventud de su país gracias a los medios de comunicación de cara a sus gobiernos locales y regionales.

Lo afirmamos, en razón que el inciso 1 del artículo 31, reconoce a la infancia la licencia de descansar, jugar y practicar actividades recreativas apropiadas para su edad. Y al ser esta una manifestación inscrita en el derecho positivo internacional, les crea a los Estados pactantes de la CDN un compromiso para hacer verídico el juego, el descanso y la recreación para los NNA con la construcción de una infraestructura arquitectónica y urbanística favorable al esparcimiento, los deportes y el ocio; en reciprocidad a políticas públicas que permitan a los NNA de todas las edades jugar con miras a estimular su desarrollo y su salud.

Una posición que amplía la representación que decreta que el juego de los NNA es una actividad consistente en dejarlos hablar solos, o en permitirles que le den vida a juguetes y a piezas de la naturaleza por la consideración sentimental que minimiza a la infancia a la inocencia. Con la CDN el juego adquiere una calidad política, pues si se estimula desde la primera infancia, ayuda a perfeccionar la motricidad, la imaginación, la creatividad, la sociabilidad y la incorporación de normas de convivencia social en un NNA.

De otro lado, la línea final del inciso 1 comunica otro concepto guardado en el artículo 31: el derecho del NNA a participar en la vida cultural y en las artes de su país. Lo que quiere decir que, dentro de las obligaciones de los Estados para hacer viable de manera holística este derecho, es perentorio reconocer al NNA como un sujeto activo, dinámico y creativo en todo lo relacionado con la política cultural de una nación.

Por si los Estado lo llegasen a olvidar, el inciso 2 vuelve a poner ese derecho sobre la mesa, al señalar que tienen el deber de hacer a la literatura, el teatro, la pintura, la danza, la música, etc., en fin todo las prácticas culturales y artísticas, accesibles a la participación de los NNA para su formación integral. La metodología que suponemos correcta para ese cometido es desarrollar una interdependencia con el artículo 28 para introducir las artes, eficazmente, en las currículas escolares. También, impulsar escuelas públicas especializadas que aborden desde la infancia las artes; súmese a ello la generación de sistemáticos concursos y ferias artísticas para NNA.

3.4.3.7 Artículo 42-Derecho a conocer ampliamente la CDN: *“Los Estados Partes se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños”.*

Una de las carencias más usuales que tienen los adultos para la exigibilidad de sus derechos es la del conocimiento fundamentado relativo a en qué consiste ser sujeto de derechos. Con los NNA la falencia es similar: el gran universo de la infancia en los Estados firmantes de la CDN desconocen que tienen derechos. Un hecho gravísimo, puesto que ser analfabeto en derechos conlleva a una pobre y truncada exigibilidad.

Es por esto que en el artículo 42 los Estados se comprometen a difundir, “ampliamente”, los derechos y los principios de la CDN a la infancia y a los adultos. O sea, generosamente, largamente, ininterrumpidamente,

infatigablemente e itinerantemente, con una política de Estado que alcance a todas las instituciones, personales, funcionarios y NNA con el objeto de que: i) conozcan el marco legal que traza la relación adulta con la infancia; ii) los adultos incorporen nuevas interacciones con los NNA acordes a la cultura de derechos; iii) los NNA puedan reclamar, demandar respeto y denunciar la violación de un derecho.

Para la mala fortuna de la infancia los Estados en Latinoamérica todavía prevarican contra ese mandato normativo; ya que es tan fácil de verificar como los docentes y maestros carecen de conocimientos sólidos sobre la CDN⁵¹¹, y que luego de hacer un rastreo en busca de políticas educativas, formativas y comunicadoras de la CDN, por lo general, nos quedamos sin nada entre las manos.

Mirando así las cosas, el saldo es negativo y pareciera que la participación del NNA no tiene cabida en esta propagación de la CDN. No obstante, sí la tiene, por rebote en la interdependencia con los artículos 13 y 15. En este sentido, las organizaciones de NNA cumplen una labor excepcional en la socialización de la CDN. Puntualmente, es sobresaliente, el esfuerzo del Movimiento Nacional de Niños y Adolescentes Trabajadores Organizados del Perú (MNNATSOP) al impulsar foros, seminarios y publicaciones que dan cuenta del contenido, las disposiciones y los derechos que se acordaron en la CDN.

3.5 Consecuencias positivas y rupturas provocadas por la CDN para los NNA

Hasta aquí, creemos haber abordado lo justo y necesario en referencia a los orígenes, contextos, problemáticas e interpretaciones de todos los derechos consignados en la CDN, agrupados en las categorías de la provisión, protección y participación. Abordarlos nuevamente, nos conduciría a una espiral repetitiva y laberíntica. Lo más trascendental ya está escrito y puede repasarse cuantas veces se quiera. Sin embargo, sí es conveniente para finalizar este capítulo enfatizar algunas ideas y promover ciertas reflexiones que nos gustaría quedaran grabadas, o por lo menos, se consideraran para futuras discusiones y debates académicos:

3.5.1 La CDN tiene un valor pedagógico en la busca de justicia por los NNA:

La CDN goza de un valor didáctico destacado, al reunir, crear y ordenar todos los derechos del NNA en un solo instrumento internacional de carácter vinculante. Tanto los derechos que ya existían como guías subjetivas y habían sido redactados por la comunidad internacional terminan siendo sintetizados en artículos completos. Sumados, evidentemente, a los que se crean por primera vez, nos hacen ver a la CDN como un documento que facilita a los movimientos sociales, las organizaciones no gubernamentales, los Estados, y a los propios NNA hablar, concientizar, capacitar, aplicar e interpretar derechos. Seguramente, si los derechos siguieran dispersos en una infinidad de documentos internacionales, exigirlos en un todo jurídico o estudiarlos

511 Por ejemplo, en uno de los Colegios más emblemáticos de Bogotá, el Claustro Moderno, tiene lugar una situación muy particular. Apuntan a una educación sustentada en la legalidad de los derechos del NNA, al dejar como lectura obligatoria de todos los estudiantes la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Es decir, actúan en la corriente de los derechos de los NNA, pero en su práctica pedagógica es notoria la nula conciencia histórica sobre los mismos, al evidenciarse un desfase a la fecha de 52 años. Véase en su portal web las lecturas obligatorias que tienen que hacer los estudiantes de cada etapa escolar: Página Web del Colegio Claustro Moderno. [Revisado 2 de junio de 2011]. <http://www.claustromoderno.edu.co/miclaustro/>

para luchar por la dignidad de todas las infancias sería mucho más complicado y engorroso que la simple lectura completa de la CDN.

3.5.2 La CDN afirma al niño como persona: Esto es tremendamente importante puesto que se opone a la racionalidad que ha imperado desde la construcción moderna de la infancia proveniente del siglo XVIII⁵¹²

La CDN provoca a parte de la corriente expresión que dice que el NNA es ahora un sujeto de derechos, un hecho insólito por lo tardío: lo afirma como ser humano. Elementalmente, por la tenencia y goce de todos los derechos que los Estados pensaron que debería tener una persona en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

De esa fecha hasta 1989 el NNA estuvo en la conciencia adulta como un objeto. Pero ahora, con esta traslación, se “elimina cualquier duda que pudiere subsistir sobre el lugar del niño en el Derecho Internacional de los derechos humanos: no es el mero objeto del derecho a una protección especial, sino sujeto de todos los derechos reconocidos por la normativa internacional como “derecho de toda persona”⁵¹³.

Otra pista, más filosófica, que sigue la misma ruta del reconocimiento de la humanidad del NNA por la CDN: es la prohibición de la violencia. En la CDN es evidente que el Estado tiene prohibido torturarlo y maltratarlo (artículos 39 y 40), que la familia no puede vulnerar su integridad (artículo 19) y que en la escuela los profesores tienen que hacer compatible la disciplina escolar con la dignidad humana del NNA (artículo 28, inciso 2).

Todas esas negativas y órdenes tajantes contra el dominio, la verticalización del poder, el control físico y simbólico del NNA llevan atada la confesión que el NNA es un ser humano completo; pues únicamente se viola, maltrata, estropea, aniquila y violenta al que no se siente como un ser humano. Al que encaja en el imaginario adulto con una cosa incapaz de autogobernarse, de tener dominio de sí misma, o de estar viva⁵¹⁴. Y la CDN definitivamente siente y postula al NNA como un semejante.

3.5.3 Los derechos podrán ser eurocéntricos: ¿pero son una acción colonial?:

A pesar que los derechos de la CDN son escritos por el binomio en pugna Estados Unidos-Unión Soviética, no son una expresión jurídica colonial ni de dominación sobre las infancias de las culturas no occidentales y de los pueblos originarios. Tres pruebas enormes para comprobarlo son: en primer lugar, la resistencia de los países árabes a

512 Por supuesto, aunque persiste desde la psicología evolutiva y epistemológica la noción de que el NNA no logra llevar a cabo operaciones formales o científicas, es interesante como la psicolingüística equipara al NNA y al adulto, los pone como iguales: “La exploración de las competencias lingüísticas precoces del bebé revela que los recién nacidos traen consigo capacidades de percepción auditiva bien estructuradas. Dichas capacidades permiten a los niños entrar naturalmente en el proceso de adquisición del lenguaje. ¿En qué consisten tales competencias? Si no tiene problemas de audición, el bebé viene al mundo equipado con la capacidad auditiva de diferenciar todo lo que es fonológico en las lenguas naturales. Es decir, un bebé escucha las sílabas da y ta como dos cosas distintas, no hay que explicarle que dichos sonidos son diferentes así sean muy cercanos acústicamente. Desde este punto de vista, un bebé y un adulto son iguales”. Op.cit. CABREJO PARRA, Evelio. p. 17.

513 O'DONELL, Daniel. p. 24.

514 Una vez se le ponga la mano encima a un NNA, estará claro, que la persona o la institución victimaria carga un marco epistemológico que niega al NNA como un ser humano, y como consecuencia nefasta de esa acción no sentirá remordimiento ni duelo por él. Como dice la filósofa Butler: “una vida concreta no puede aprehenderse como dañada o perdida si antes no es aprehendida como viva. Si ciertas vidas no se califican como vidas o, desde el principio, no son concebibles como vidas dentro de ciertos marcos epistemológicos, tales vidas nunca se considerarán vividas ni perdidas en el sentido pleno de ambas palabras”. BUTLER, Judith. Marcos de guerra. Las vidas lloradas. Editorial Espasa. Madrid. 2010. P. 13.

no deponer su sistema de valores y el derecho islámico para efectos de la adopción; acordémonos que en el artículo 21, los países ponentes occidentales, tuvieron que ceder y respetar la cultura árabe con la inclusión de una cláusula que la limita a los países que previamente la reconocían en su sistema jurídico nacional. En este ejemplo, reside un consenso, más que un acto de supremacía impositiva de occidente.

En segundo lugar, en la “Convención hay un más decidido reconocimiento de la heterogeneidad social y cultural de los pueblos, y de la existencia de amplios sectores marginales o excluidos”⁵¹⁵, reconocible en varios artículos y en su preámbulo; particularmente, en el artículo 30 que ordena el respeto por la vida cultural de un NNA que pertenezca a una minoría étnica, religiosa, lingüística e indígena en cualquier política estatal, aplicable hasta en el proceso educativo en interdependencia con el artículo 29.

En tercer lugar, sería injusto etiquetar a la CDN de ser un producto occidental proclive a la imposición cultural y moral, ya que, la mayoría de cosas pensadas para la dominación no tienen como utopía promover la dignidad del ser humano; fin último de la CDN.

3.5.4 Las restricciones textuales de los derechos entre NNA y adultos son similares: Como leímos en varios artículos, muchos de ellos, vienen con limitaciones y condicionamientos de aplicación. Específicamente, estas trabas se redactaron en los derechos de participación (artículos: 10, 12, 13 inciso 2, 14 inciso 3, y 15 inciso 1 y 2).

Sabiendo esto, podría decirse que presenciamos una inviolabilidad de la persona humana en los derechos del NNA a costa de esas prohibiciones. No obstante, los límites impuestos son los mismos que tienen los adultos en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, con la salvedad, que los de los mayores de edad están mejor definidos y tarifados, a diferencia de las categorías abiertas y restrictivas que se dejaron en la CDN sin ningún asomo de dilucidación⁵¹⁶.

3.5.5 Hay artículos que están limpios de controles y por ende se salvan de discrecionalidades: Los artículos vinculados con la provisión y la administración de justicia (artículos: 6, 7, 8, 24, 27, 28, 31, 40) están protegidos directamente de cualquier limitación arbitraria.

Por la forma en que están escritos, invariablemente, deben prevalecer frente a terceros e intereses nacionales si solamente abocáramos por la lectura centrípeta de los artículos. Y al no colgar con condiciones y limitaciones, resulta inadmisibles que pueda darse una actuación discrecional que impida que esos derechos se lleven a cabo. Las limitaciones y requisitos que les inventara un Estado en la etapa post-CDN serían discrecionales, ilegales e insostenibles, pues no están decretados literalmente en ninguno de esos artículos.

Lo que tratamos de insinuar es que, si aún se vive en la postura que un derecho empieza y acaba en el texto preciso que lo enuncia, pues no cabe de ninguna manera la posibilidad que se aplacen o se le dé largas a estos derechos, como si lo harían

515 Op.cit. URIARTE, Carlos. p. 162.

516 “la Convención reconoce el niño como sujeto de la libertad de expresión y de reunión, por ejemplo, sujeto únicamente a los límites inherentes a dichas libertades (es decir, las mismas aplicables a las personas en general)”. O’DONELL, Daniel. p. 22.

con los de participación los defensores de esa actitud, invocando sus restricciones textuales. En esa lógica, los derechos sin trabas, con sólo leerlos, cualquier hacedor de política pública ya debería saber qué hacer y estar haciéndolo.

3.5.6 Los derechos de la CDN son mejorables por medio de una interpretación hermenéutica: Si se sigue creyendo que las restricciones textuales son absolutas, vale tatuarse en la conciencia que los derechos humanos específicos a nivel de escritura no son definitivos: ni los de los NNA, o las mujeres, o los discapacitados, o los pueblos indígenas, terminan por ser dogmas jurídicos. Puesto que representan un engranaje, o una versión de los derechos humanos de 1948 y deben examinarse sin excepción a contraluz de las máximas, o de los por qué y para qué de su creación: justicia, igualdad y dignidad.

Por eso, si un artículo de la CDN, o de cualquier instrumento de derechos humanos viola la igualdad y la dignidad humana, el uso de la interpretación hermenéutica es viable para mejorarlo y hacerlo evolucionar.

Tenga resonancia en cada lector de la CDN, que todos los derechos humanos, ya sean los generales de 1948, como todos los específicos conforman e ingresan a un corpus juris del derecho internacional de los derechos humanos donde puede llevarse a cabo una interpretación, reflexión o peritaje jurídico que los mejore echando mano de versiones mejor redactadas, explicadas y aclaradas, comparando en nuestro caso, a un artículo concreto de la CDN percibido como restringido.

Es decir, en cada ocasión que se niegue y limite un derecho en su plenitud a un NNA con la justificación que la restricción está inserta en la propia letra del derecho, es más que permitido, legalmente, la usanza de la interpretación hermenéutica para hacerlo acorde a la tríada de la igualdad, dignidad y justicia. En efecto, la definición y argumentación de los derechos debe ser amplia, holística en tenor del eje epistemológico de los derechos humanos en todo renglón público y privado; para ello recomendamos seguir y tomar como referencia de la hermenéutica jurídica de los derechos de la CDN, los puertos que se dieron a conocer en las primeras páginas de este capítulo.

Esto que decimos no es una mera fantasía o una posición bondadosa de un interpretador de la CDN que desea que los NNA sean semejantes. Se ha creído que esa medida es dependiente de la buena voluntad del legislador, del administrador de justicia o del elaborador de política pública; que escapa a la lógica legal de la exactitud del derecho. Pero la hermenéutica jurídica además de ser un quehacer fundamental de la disciplina del derecho, es por sobre todas las cosas un mandato, una orden y un compromiso al cual se acogen los Estados cuando ratifican la CDN. Esa disposición que da permiso a entrar en el corpus juris del derecho internacional de los derechos humanos se puede encontrar en el principio “in dubio pro homine” en el artículo 41. Si él no existiera, ahí sí que tendrían razón los defensores de la lectura para *dummies* y *sin conciencia jurídico-histórica* de los derechos de la CDN.

3.5.7 Los derechos de la CDN son mejorables por medio de una nueva especificación: Cuando aseguramos que los derechos de la CDN pueden ser cada vez mejores por el sendero de una nueva especificación, no nos estamos refiriendo, a la reescritura y aprobación de una nueva CDN. Obsesionarse con esa idea puede ser una trampa mortal para la infancia en el mediano plazo. Primero, porque la CDN

se creó en el contexto bipolar de la guerra fría, lo que paradójicamente permitió la cohabitación de todos los derechos dentro de este instrumento internacional; hoy en cambio no existe una potencia que abogue por los derechos sociales, económicos y culturales que están *out en la tendencia democrática liberal*. Segundo, porque todavía no se ha llegado al límite de su aplicación, o no se ha puesto en marcha ni en una cuarta parte para estar pensando alocadamente en cambiarla. Finalmente, porque un “debate general sobre la CDN en su conjunto no haría más que “despertar perros que duermen” y –siempre según los opositores a una nueva Convención- implicaría el riesgo de que, al final de todo, terminaríamos teniendo una versión más débil o nada en absoluto”⁵¹⁷.

Aclarado eso, la CDN es un documento ciento por ciento mejorable, a la par de la hermenéutica jurídica en el corpus juris, con nuevas especificaciones protocolarias, regionales y nacionales que faciliten la tarea de aplicarla. Los ejemplos están a la vista: la mencionada hace decenas de páginas, Carta sobre los Derechos del Niño de 1990, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Africanos mejora algunos asuntos culturales, políticos y sociales que la CDN no cubría con precisión para impulsar con mayor claridad los derechos de la infancia africana. Los protocolos facultativos del 2002 relativos a la pornografía, la trata y la explotación, y a la participación y reclutamiento de NNA en conflictos armados, también son un paso más desarrollado de la CDN.

Esto en el plano regional e internacional ayuda a especificar positiva y sistemáticamente los derechos de la CDN, ya que, “como todo instrumento jurídico que de alguna manera fija en el tiempo una comprensión de una realidad dinámica, deviene insuficiente para dar cuenta de una situación compleja y cambiante”⁵¹⁸.

Por otra parte, en la escena nacional la especificación, o traducción de la CDN en las reformas legislativas paridoras de los Códigos del NNA en Latinoamérica dan muestras evidentes de una mejoría en las trabas textuales de los derechos de participación. Cabe mencionar, el Código de la Infancia y la Adolescencia colombiano del 2006, que renueva y subsana el artículo 12, o derecho a la opinión creado en la CDN al renombrarlo como derecho a la participación y vincularlo directamente con las políticas de Estado y de los organismos públicos y privados que velen por la infancia⁵¹⁹.

3.5.8 Los derechos de la CDN son la base mínima para auar la dignidad del NNA: Con lo anterior, es fehaciente que se puede ir más allá de la CDN usando las especificaciones protocolarias, regionales y nacionales para aseverar la semilla epistemológica de los derechos humanos.

Jamás para retroceder o devolverse a redacciones confusas y violatorias de los principios generales del derecho. Por lo tanto, la CDN es la base mínima, o “los estándares mínimos de reconocimiento y garantía de cumplimiento y respeto de los

517 Op.cit. LIEBEL, Manfred. p. 23.

518 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia I. p. 62.

519 Efectivamente, el artículo 12 de la CDN, en el Código colombiano es mucho más positivo para el NNA; inclusive impone el término participación y le da un talente político. Veámoslo: Art. 31 “*Derecho a la participación de los niños, niñas y los adolescentes*. Para el ejercicio de los derechos y las libertades consagradas en este Código los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a participar en las actividades que se realicen en la familia, las instituciones educativas, las asociaciones, los programas estatales, departamentales, distritales y municipales que sean de su interés. El Estado y la sociedad propiciarán la participación activa en organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, cuidado y educación de la infancia y la adolescencia”.

derechos humanos de la infancia [...] la plataforma de consenso”⁵²⁰, que no sería conveniente perforar, debido, a que se pondría en jaque al NNA como sujeto de derechos.

Y es que, esta noción tan sencilla, políticamente, muchas veces no es entendida ni respetada por la ganancia electoral que representa balbucear que se piensa luchar por los derechos de los NNA. Pisotear el borde legal, o la mejor producción de los derechos de la infancia, para imponer prácticas populistas, criminalizantes y autoritarias en el supuesto de protegerla, nos llevaría a formular desde el Estado leyes ilegales por una discrecionalidad conectada de tripas utilitarias con su bienestar⁵²¹.

Resumiendo, como diría Alejandro Cussiánovich: “Más atrás de la Convención, ¡no! Más allá, ¡sí!”⁵²².

3.5.9 Los derechos de participación son los más escasos, pero tienen la misma jerarquía que los demás: Si se hace un estudio comparado, o se cuentan los derechos que conforman las “tres pes”, o si los dividiéramos en las generaciones clásicas de derechos, llegaríamos a la conclusión que los civiles y políticos, o de participación en el léxico de la CDN son los más escasos.

Los derechos de provisión dan un total de 14 si se les suman el principio del ISN y el de supervivencia y desarrollo. Por su parte, los derechos de protección son los que cuentan con una mayor bancada en la CDN: son 18, metiendo en la cuenta al principio “in dubio pro homine” y al de la No Discriminación. En cambio, los derechos de participación, acaso, por ser neófitos se estacionan en un total de 8.

Esa desventaja numérica es muy criticada, usualmente, cuando los estudiantes de la CDN se dan a la tarea de hacer una estadística de los derechos siguiendo las categorías de las “tres pes”. Y con sustento en su hallazgo cardinal sacan a la luz la especulación simplista que la CDN es por esencia proteccionista y que los derechos de participación adolecen de esa debilidad.

Sobre esta posición, no existe un consenso definitivo que aplauda, apoye y busque estrategias políticas y jurídicas para derrumbar las restricciones textuales que tienen los derechos de participación; lo usual y corriente es la crítica y el pesimismo. Digamos que ante ello abrimos con mucho optimismo una puerta que nos parece sustentada y documentada: la interpretación hermenéutica.

520 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia I. p. 62.

521 Para la fecha que escribíamos las conclusiones se hizo público un nuevo intento de la senadora colombiana Gilma Jiménez por “ayudar a la infancia”; ella, tan acostumbrada a recrear y popularizar ideas legislativas que van en contravía de la CDN. La denominada defensora de los NNA en el congreso colombiano promueve un proyecto de ley sobre paternidad y maternidad responsable que incluye: 1) eliminación de subsidios porque según su percepción ello aumenta la natalidad; 2) suspensión de la custodia de los hijos a las madres que no pueden responder por ellos; y 3) sanciones (cárcel, pérdida de empleo) a los padres que no se hagan cargo de sus hijos. Como se puede caer en cuenta, después de la lectura de todos los derechos de la CDN, estos tres ejes de la Jiménez son ilegales y dan todos los pasos hacia atrás que se quiera de la CDN. En primer lugar, controlar y chantajear con dineros la libre disposición de una mujer para tener hijos es una práctica que viola su libertad de gestación; lo lógico en ese escenario sería la creación de planes de educación sexual. En segundo lugar, suspender la custodia de los hijos por ser pobres es volver a la era de la situación irregular, al tutelar e institucionalizar a los hijos de la pobreza; al igual que se estaría violando el derecho del NNA a no ser separado de sus padres. En tercer lugar, sancionar a los padres que por x, o y, razón no se hagan cargo de sus hijos con prisión y despido laboral, impediría tajantemente y de ahí en adelante validar el derecho que se les recrimina vulneraron; pues sin empleo, o encerrados las posibilidades de ejercer la corresponsabilidad que se pacta con el Estado en la CDN es nula y muy opaca.

522 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia I. p. 62.

No vamos a desmentir, que los adultos por la “exagerada susceptibilidad en cuanto a la vulnerabilidad de los niños, llegan a socavar sus derechos de participación y a debilitar aún más su posición en la sociedad”⁵²³. Que los derechos de participación en el terreno social son minimizados por la vigencia de un paternalismo feroz: es una sensación pública y reconocible en lo empírico.

A la vez, estamos al corriente que la mirada crítica que se haga de los derechos de participación, “depende de las expectativas que tiene la persona y de sus conceptos en cuanto a cuáles serían la posición y el rol adecuados para los niños y las niñas en la sociedad”⁵²⁴.

Pero, a todas estas cuestiones es, ciertamente importante, exponer en la lógica de la hermenéutica jurídica que la CDN si se aplica correctamente, si se lee a profundidad, si se piensa integralmente, los derechos de participación pueden ser, o mejor, son plenos. Creer lo contrario, es una obstinación desprovista de rigor histórico y epistemológico de los derechos humanos.

Sin importar la tasa numeraria, o las restricciones textuales, se equivocan los que acusan a la CDN de mera continuidad del proteccionismo. Honestamente, porque: a) el concepto de protección de la CDN es diferente del que tuvo vigencia legal durante 100 años con la situación irregular; b) la protección extensa en artículos, era una necesidad impostergable en la especificación de derechos de los ochenta, ya que el tutelarismo legal se impregnó en las prácticas e interrelaciones de los adultos con la infancia, y ello se tradujo en su victimización en variedad de fenómenos; c) la participación es un principio y por ese hecho jurídico tan simple en apariencia, el NNA como sujeto activo tiene que estar sí o sí en el diseño, seguimiento y evaluación de las políticas públicas de su sector, o de lo contrario se estaría incurriendo y promoviendo una comprensión y aplicación ilegal del instrumento internacional⁵²⁵.

Así, que si alguien cree y propaga el discurso que los derechos de participación son mentirosos porque los NNA no votan en las urnas de los comicios de un país y menos valiosos que los de protección por la diferencia cuantitativa que los separa. Habría que responder, concienzudamente que el principio de participación con todo y sus fallas de redacción supera la democracia representativa alimentada por el voto de los adultos en cada temporada electoral; y mete al NNA a deliberar en el Estado mismo, en una expresión de la democracia participativa por efecto de su derecho a la opinión: exponer sus ideas y que ellas tengan desarrollo en las políticas públicas.

Asimismo, que los derechos tienen similar, idéntica, pareja, igual y equivalente jerarquía por ordenanza del principio de indivisibilidad de los derechos humanos. Y eso no lo va a cambiar ni la cantidad de derechos contenidos en la CDN y ni siquiera la forma en que están redactados.

3.5.10 Con los derechos ya estipulados lo que debería seguir son las políticas públicas: La CDN define con los derechos las responsabilidades que adquieren y acuerdan los Estados con las infancias. Ya estando esa etapa concluida, el paso a

523 Op.cit. LIEBEL, Manfred. p. 31.

524 Op.cit. LIEBEL, Manfred. p. 30.

525 Recuérdese que los principios de la CDN, son precisamente eso: PRINCIPIOS; pautas obligatorias. Viendo así a la CDN, su lectura debe ser integral; que no se caiga en lo dice Liebel: “la CDN suele ser tratada como una especie de supermercado del que cada uno escoge lo que más le apetece”. Op.cit. LIEBEL, Manfred. p. 31.

darse luego de las reformas legislativas en América Latina es el desarrollo de políticas públicas que hagan realidad el compromiso y el pacto de los derechos.

Avanzar en las políticas públicas es una acción vital para que los derechos alcancen la dimensión de la carne, o para que la gente los sienta en el día a día. Además son inatajables y necesarias porque todo instrumento de derechos humanos las trae consigo y ordena; en la CDN esa obligación se insiste y deposita en el artículo 4 como un faro de acción y aplicación de los demás derechos.

De tal modo, las políticas públicas de infancia son un algo inherente a cada derecho de la CDN; esencialmente porque la CDN es ante todo un proyecto político que busca la justicia y la igualdad con acciones del Estado guiadas y pautadas desde lo normativo⁵²⁶. Así, los derechos consensados, no los podemos ver simplemente como ensoñaciones sin pistas para aterrizarlas. Cada derecho de por ser sí es un consenso con el Estado que tiene que materializarse en su lenguaje y forma de relacionarse con los ciudadanos: las políticas públicas.

Por tal razón, es tremendamente tonto y oportunista teniendo la CDN en frente, preguntarse hoy qué tipo de política pública se debería diseñar para los NNA. O cuál debió ser el modelo de política pública a aplicarse en Latinoamérica para la infancia desde la década de los noventa. Lógicamente, no pueden ser aquellas que auspicien el retroceso a la situación irregular y a las políticas familiares que ocultan al NNA bajo los axiomas del asistencialismo, el clientelismo y el paternalismo⁵²⁷. O que tienen como hoja de ruta inspiraciones discrecionales y subjetivas para focalizarse en ciertos NNA.

Entiéndase y grábese bien: toda la política pública de la infancia de 1989 hacia acá tiene que ser concordante y brotar de los derechos de la CDN: a) porque es el marco legal, o lo que la ley ordena para ponerle un acento de sanción frente al que piense contravenirla; b) porque es el marco de referencia que además de ser legal, está impregnando de una altísima legitimidad por su aceptación y ratificación mundial; c) porque el paradigma que guarda la CDN es el único mapa de navegación de políticas públicas para los NNA que existe gracias al compromiso público entre el Estado y la infancia; el que diga que hay otro y con mayor aprobación universal está mintiendo y violando la legalidad que impone la CDN⁵²⁸; d) porque es un marco jurídico holístico que reúne a todos los derechos humanos y al tenerlos a todos no se

526 La CDN "no representa solo un consenso universal de carácter normativo, es el más amplio en la historia de los tratados de derechos humanos. La Convención es también un proyecto político que demanda la definición de prioridades, metas y objetivos para las políticas públicas". DURÁN, Ernesto. TORRADO, María Cristina. Contribución al análisis de la política pública de infancia en la década de los noventa. En *La política social desde la constitución de 1991 ¿una década perdida?*. Editor, LAGUADO, Arturo Claudio. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas. Centro de Estudios Sociales, CES Centro de Investigaciones para el Desarrollo, CID Observatorio de Política Social y Calidad de Vida. Bogotá. 2004. p. 369.

527 "la política social no puede ser, como lo llaman algunos haciendo una metáfora, la ambulancia que recoge y palea los estragos de la política económica. No puede reducirse a paños de agua tibia o a pequeñas intervenciones que no modifican esencialmente la situación de inequidad en la distribución de la riqueza, en las oportunidades y posibilidades de libertad y de desarrollo de las personas. Se requiere entonces una perspectiva que comprometa a la sociedad y al Estado a pensar en estrategias agresivas, en políticas garantistas de los derechos, que incidan en las situaciones de profunda inequidad en las que viven los niños y niñas en Colombia". TORRADO, María Cristina. La convención de los derechos de los niños como marco para pensar la política social. En *Derechos de los niños y las niñas: debates, realidades y perspectivas*; eds. Ernesto Durán, María Cristina Torrado. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2007. p. 71.

528 Por ejemplo, el paradigma de la situación irregular no podía ser un marco para hacer política pública del NNA, cuando su sostén era el falaz compromiso del Estado con los NNA. Lo que propulsaba era una justicia conmutativa entre los ciudadanos; o sea, que las familias se las arreglaran como fuera para garantizar las necesidades básicas de sus hijos. En ese paradigma no existía un compromiso entre el Estado y el NNA para que la institucionalidad asumiera la prestación de los derechos sociales más básicos por la vía de políticas públicas. Enterémonos entonces, que las políticas públicas existen cuando hay un compromiso de por medio entre el Estado y sus ciudadanos.

programa como objetivo la eliminación de la pobreza, el mejoramiento de la calidad de vida con derechos sociales en depreciación de los derechos civiles y políticos, sino que se afana por lograr la equidad, la igualdad y la justicia respondiendo a los ejes epistemológicos de los derechos humanos⁵²⁹.

Con esto en mente, lo que tiene que hacer un funcionario del Estado encargado de pensar la política pública es leer la CDN y con ella en la mano crear una, o varias políticas públicas, derecho por derecho, o artículo por artículo, e inciso por inciso aplicando los principios de la CDN. Eso es todo. No tiene que imaginarse, lo que deberían tener los NNA, despreciando sus derechos. Pongamos un ejemplo para ilustrar mejor lo que tratamos de señalar: si el inciso 3, del artículo 3 de la CDN, dice: *“Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”*. De esa prosa debería nacer una política pública vigilante de las instituciones y servicios de la infancia como las guarderías y los jardines infantiles, atenta a la seguridad, la sanidad, el número y la calidad profesional de su personal; etc. Lo repetimos, la CDN anuncia la política pública de la infancia; ella iría desde los derechos de provisión hasta los de participación sin dejar alguno a su suerte.

Como apoyo iconográfico a todo esto que venimos marcando, el Estado tiene que cumplir cuatro pisos de política pública de infancia florecidos de la CDN, paralelamente, y sin estancarse en lograr unas contadas metas relacionadas, como sucede casi siempre con las relacionadas con la mortalidad infantil. Imaginémosnos pues, una pirámide que tiene en la base políticas de provisión universal, es decir, destinadas para todos los NNA; en un segundo escalón, políticas de protección y prevención especial, focalizadas para los NNA víctimas de vulneración de derechos; en el tercero, políticas de participación que van a guiar y estructurar las dos anteriores; y en la cúspide políticas públicas concentradas en la administración de justicia de NNA infractores de la ley penal⁵³⁰. Visualmente, es un marco sencillo, que vale la pena memorizar para empezar o seguir aplicándolo, idealmente por medio de planes de acción de la CDN.

Antes de terminar esta conclusión quisiéramos anotar que para efectivizar los derechos de los NNA no basta con la producción de políticas públicas. Su diseño por más positivo que sea, requiere de un análisis, seguimiento y evaluación conjunta con los NNA, por mandato expreso de su derecho a la opinión para ver si se está logrando conseguir lo que se planeó: la vivencia del derecho⁵³¹.

529 “En opinión de muchos analistas del tema, al pensar la política social desde la perspectiva de derechos y, particularmente, los derechos sociales y económicos, lo primero que salta a la vista es que debe garantizarse el acceso a unos bienes esenciales para todos, que tradicionalmente se conocen como servicios sociales y frente a los cuales, aún le falta mucho a la sociedad colombiana. ¿Cómo es posible que tengamos tantos hogares sin agua potable? ¿Cómo es posible que muchos niños y niñas no puedan tener acceso y permanencia en el sistema educativo? O, ¿cómo es posible que diariamente aparezcan en la prensa casos de niños y niñas que mueren por ineficiencia y dificultades en el acceso a la salud? [...] Pero la política social se plantea horizontes más abstractos y complejos, como lo que se viene llamando en la literatura el desarrollo de capacidades, la expansión del ejercicio como ciudadanos y al reconocimiento de los niños, las niñas y los adolescentes como actores sociales. En este sentido, la política social debe contribuir a la expansión de la ciudadanía y al incremento de las capacidades para el ejercicio de la libertad”. Ibid. p. 71.

530 Ibid. p. 73.

531 Para esa travesía administrativa sugerimos que se evalué en los ciclos de formulación y de implementación los mayores problemas y aciertos presentados. La coherencia entre los recursos fiscales y los propósitos trazados antes de aprobar la política. La pertinencia de la política frente a la urgencia de un derecho en estado crítico. Y el impacto en el objetivo de la política: se cumplió o no se cumplió.

Sobre todo ahora que la CDN tiene más de dos décadas de vigencia y puede ir siendo hora de sacar cuentas. En esa evaluación, muchos Estados pueden cuantificar las políticas sobre infancia en todo este tiempo, o para caer en el narcicismo político, muchos gobiernos pueden argumentar que en sus administraciones se produjo un número determinado de política pública para la infancia. Pero siguiendo nuestra línea argumentativa habría que dejar como preguntas abiertas: ¿Cuántas políticas públicas por derechos tienen presencia en cada país latinoamericano? ¿Cuál ha sido la tendencia de pensamiento en la construcción de la política pública de infancia: la legal, o la discrecional?

3.5.11 La CDN, así como define las responsabilidades del Estado con la infancia, también lo hace con la institución familiar: La CDN, aparte de definir las responsabilidades de los Estados con las infancias, a la vez, lo hace con la familia. Téngase en cuenta, que en su interior, 11 artículos la mencionan explícitamente, y le misionan dos funciones específicas.

La primera tiene que ver con su corresponsabilidad en la realización de los derechos de provisión de los NNA (artículos: 5, 18, 24, 27, 19). Algo que a veces, se entiende equivocadamente como que el Estado se libra de brindar al NNA los servicios sociales básicos para vivir con dignidad. Pero, en verdad el trato es el siguiente: los padres, o tutores legales del NNA tienen que garantizarle la alimentación, educación y salud al NNA; y en apoyo a una imposibilidad de lograrlo el Estado brindará el servicio, en complemento a la puesta en marcha de vivienda social, agua potable y alcantarillado, guarderías, políticas de empleo para los padres, etc. Para toda esa asistencia de derechos de provisión existirán políticas públicas sistemáticas y encaminadas a ayudar a los NNA más pobres y de los sectores más vulnerados.

Es por esto, que el Estado crea un grupo de derechos en la CDN interesados en proteger a la institución familiar bajo las modalidades de la no separación, o la reunificación luego de algún momento de desvinculación producida por crisis y violencias (artículos: 7, 8, 9, 10, 11, 22). Sobre este punto, mucho se crítica a la CDN por preocuparse por una institución que así como quiere al NNA, lo daña con tanta saña. No obstante, la CDN la protege porque para bien, o para mal es la institución más sólida con la que contamos. Si existiera otra capaz de estar corresponsablemente con el NNA en la crianza, casi con seguridad, la gobernabilidad global, le hubiera dado un justo y merecido estatus.

Vale señalar, para prevenir cualquier suspicacia, que la presión jurídica para que no se rompa la integración familiar en pro de la corresponsabilidad de los derechos de provisión; lejos está de ser permisiva del incumplimiento del segundo rol que adquiere la familia con la promulgación de la CDN: no maltratar, dominar, o abandonar al NNA, so pena de que el Estado intervenga y anule la autonomía familiar y la tutela parental y maternal. Claramente, según la gravedad y el fenómeno ocurrido, que al fin y al cabo señalará si las instituciones pertinentes generan un reintegro familiar al mismo núcleo, o impulsan la convivencia con parientes lejanos dispuestos a ello, o priorizan el desarrollo de una adopción para que el NNA tenga una vida normal, sin violencia y sin un remedio peor que la enfermedad: la institucionalización.

De tal manera, la familia tiene prohibido golpear y humillar al NNA, por virtud de la CDN al tornar a la infancia un fenómeno público; lo que en palabras breves significa

que no es propiedad de sus progenitores. Así, la CDN piensa que la autoridad familiar tiene límites y se puede fracturar cuando aporta infelicidades a sus miembros menores de edad, sin importar la condición social de los victimarios. Una lógica totalmente inversa a la que tenía el Estado en la situación irregular, cuando intervenía con lupa a las familias pobres e institucionalizaba a sus NNA, por la insatisfacción de sus necesidades fisiológicas y sociales, sin que siquiera la institucionalidad hiciera *mea culpa* por las fantasmagóricas políticas públicas de provisión durante esa era tutelarista.

3.5.12 La CDN postula al NNA como ciudadano: El subtítulo de la reflexión con la que cerramos esta travesía analítica de los derechos de la CDN, es, ciertamente perturbador para los que se quejan a menudo de la pérdida del poder sobre los NNA.

Y es que manifestar que el NNA es ciudadano suena raro y a quién no le hace fruncir el seño. Asimilarlo y reflexionarlo acarrea sus dificultades; particularmente, cuando el tan común adultocentrismo, asegura que el ciudadano es aquél que cumple tres características elementales.

La primera, es la del lenguaje articulado: banalizado en dos compuestos, la sonoridad y el intelecto. Por suerte, en la sección en que se trató el tema del principio de la participación expusimos que el derecho a la opinión no podía ser tajado entre NNA que hablaran y se hicieran presentes en la acústica y en otros que no pudieran hacerlo, por el radical hecho que existen variados lenguajes que los NNA, como los propios adultos portan, ya fuese por la edad o, a raíz de su condición física⁵³².

Entonces sugerir que el NNA mudo, o el bebe que no habla, o dice algo ininteligible al oído adulto está excluido de la categoría de la ciudadanía es un traspíe interpretativo, puesto que, los “niños y las niñas, desde que comienza su existencia, son interlocutores en una comunicación, con un lenguaje propio que manejan, y el proceso de socialización por el que atraviesan les permite adquirir del adulto ese lenguaje articulado”⁵³³. Un lenguaje que a pesar de la escasez del sonido, también tiene signos cargados de ideas y emociones, a través de lo “gestual, de los movimientos, de las expresiones o sonidos guturales, que empiezan a llevar a cabo [los niños] a las tres o cuatro semanas” de nacidos⁵³⁴.

La segunda condición de la ciudadanía impuesta por el adultocentrismo es producto y dependiente de la que recién examinamos. Aparece como un segundo candado para impedir la entrada del NNA al hogar de la ciudadanía; y tiene que ver con: la voluntad, o la capacidad de ejercer el derecho. Una posición promovida por la teoría jurídica anglosajona⁵³⁵, reproductora de cierta melancolía evolucionista, que comunica que “el

532 Asimismo, sería violar su opinión si se desechara una propuesta por tener solamente asidero en su experiencia de vida, a la hora de tratar cualquiera de sus derechos. ¿Acaso la mejor fuente para discutir el planeamiento y efectividad de los derechos de los NNA no es el modo de vida que tienen?

533 GÁLVIS, Ligia. Reflexiones en torno a la titularidad de los derechos. En *Derechos de los niños y las niñas: debates, realidades y perspectivas*; eds. Ernesto Durán, María Cristina Torrado. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2007. p. 61.

534 *Ibid.* p. 61.

535 Piénsese por ejemplo, en Carl Wellman que nos dice: “todo derecho (sea moral o jurídico) tiene uno o más elementos centrales que definen su contenido esencial y un cierto número de elementos vinculados que dan a quien lo posee libertad y control con respecto a dicho contenido esencial” [...] Dicho brevemente, la tesis que sostiene Wellman es la siguiente: los niños, gradualmente y a la par que tiene lugar el proceso de crecimiento psicofísico, adquieren poco a poco los distintos elementos normativos de los que se compone el derecho, hasta “hacer propio” con el paso de los años el completo contenido del derecho en cuestión. Al contrastar la fundamentación de su propia propuesta interpretativa con dos de los derechos específicos previstos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de

crecimiento de los derechos de los niños va a la par con el crecimiento de los mismos niños. Es como si habláramos, de forma sarcástica, de derechitos y derechos, derechos chiquitos, derechos grandecitos, derechos adolescentes y después derechos”⁵³⁶.

Todo por la creencia que los niños pequeños y los bebés tienen castrada esa posibilidad por su condición existencial; al ser incapaces, en teoría, de “someter la voluntad de otro a la suya”⁵³⁷, por la debilidad de su lenguaje, o de su físico. Una posición que trae a cuevas una visión conservadora, rígida y negativa de los lenguajes múltiples del NNA.

Para nosotros, lo lógico en este caso, sería creer que si tienen presencia en la interacción con el adulto, pues, es por medio de ellos que la voluntad de los NNA se hace presente; o en otras palabras, que cuando un NNA llora, o gesticula, exige al acompañante adulto, el afecto y el alimento; o cuando se niega a realizar una actividad autoritaria está sacando a flote su libertad de expresión; así no diga ni una palabra⁵³⁸. Una cosa muy distinta es que el tutor, o encargado de cumplir el derecho desestime sus requerimientos. Y ese incumplimiento se simplifique y tergiversa en que el NNA es un jarrón sin voluntad.

Algo que debería recapacitarse con premura, ya que, ni siquiera los adultos pueden ufanarse de que con la consagración de sus derechos civiles y políticos han logrado que los representantes del Estado respondan a ellos. De tal manera, la voluntad de ejercer el derecho por medio de la exigencia ante el encargado de facilitarlo, tiene resistencias y relativismos en todas las generaciones, al depender, más que de la voz, de un verdadero requerimiento esencial: el respeto y la obediencia a la ley.

Decididamente, el adultocentrismo se ha encargado de socializar que sólo los que están dentro de sus patrones logran ser ciudadanos. Por eso, el lenguaje articulado y la voluntad expresa, con o sin efectos para la validación de los derechos, las

1948 (el derecho a la libertad de movimiento y el derecho a una protección especial). Wellman, por lo demás coherente con las premisas teóricas iniciales, sostiene la conclusión según la cual el niño, al carecer de toda capacidad para actuar propia del agente moral, no tiene derechos morales o humanos en absoluto”. FANLO, Isabel. Los derechos del niño y las teorías de los derechos: introducción a un debate. En Justicia y derechos del niño. Unicef. Número 9. Santiago de Chile. 2007. p.p 168, 169.

536 Op.cit. GÁLVIS, Ligia. p. 61.

537 Op.cit. GÁLVIS, Ligia. p. 62.

538 Sobre este particular, la jurista Ligia Gálvis nos comparte una anécdota sugerente para la reflexión: “Resulta que un niño que hoy tiene 19 meses nació prematuro de 35 semanas, y en estos casos la medicina toma medidas de prevención que obviamente son normales para que esos niños prematuros tengan su desarrollo adecuado, haciéndoles exámenes de todos los órganos para ver en qué estado de madurez se encuentran, tanto en su estructura corporal como orgánica. Tuve la fortuna de acompañar a la madre del niño mencionado al examen que le iban a practicar para ver si sus ojos estaban ya maduros para salir al mundo. Llegamos al consultorio, el niño estaba dormido en los brazos de su madre y la enfermera se le acercó, le abrió los ojitos, como a cualquier adulto, sin mediar ningún acto elemental de comunicación, y le colocó dos gotas de esas que dilatan las pupilas en cada ojito. El niño no respondió, no hizo nada, cerró los ojos. Como a la media hora, esperando al doctor, le llegó la hora de la lactancia y la mamá le ofreció el seno pero el niño cerró la boquita y no hubo poder humano que hiciera que la abriera. Obviamente la madre, en su ternura y en su deseo de que el niño obtuviera la comida oportunamente, empezó a molestarle la boquita y a bajarle la quijada, todo eso que hacemos los adultos para llamar la atención de los niños, sin embargo, a medida que aumentaban esas caricias de la madre, el niño se aferraba más a tener su boquita cerrada, y no abrió la boca. Le hicieron el examen y nos fuimos para la casa. Al llegar a su ambiente habitual, la madre se sentó en la silla donde acostumbraba ofrecerle su comida y, ya en esas condiciones, el niño tomó el seno y comió. ¿Qué nos dice esta anécdota? ¿Podemos decir que los niños y las niñas en ese estadio, meses de nacidos, no tienen ninguna posibilidad de relación con el mundo? ¿Podemos afirmar, como ocurrió hasta épocas muy recientes, que en ese estadio de la primera infancia los niños y las niñas son objetos de nuestros cuidados y no interlocutores con el medio y con los adultos? [...] ¿Qué quiere decir esa respuesta de cerrar la boca en términos concretos? En términos concretos, lo que sucedió fue que el niño percibió lo ocurrido en sus ojos de una manera que no correspondía a su bienestar, es decir, lo recibió como agresión y estableció una conducta de bloqueo entre los dos sentidos. Obviamente el niño no estaba pensando en ojos ni en boca, pero los estaba sintiendo como elementos de percepción, y él estaba enviando mensajes a partir de esos elementos”. Op.cit. GÁLVIS, Ligia. p.p 58, 60.

mencionamos como sus marcas para negar que el NNA sea ciudadano: porque son propias de los adultos. Y es de esta frase final, que aparece el tercer eje que el adultocentrismo configura como clave para lograr la ciudadanía; vivir en la antítesis de la infancia: la adultez. O sea, solamente resulta ciudadano un individuo mayor de edad, estipulado como adulto por un sistema legal, porque adquiere y ejerce el derecho al voto.

Bajo esa perspectiva adultocentrista al NNA se le tilda de pre-ciudadano por estar lejos, o cerca, según los años de poder sufragar. Sin embargo, ser adulto, es decir, ser mayor de edad, siguiendo este parámetro nos parece que de ninguna manera garantiza la ciudadanía. O para que quede más claro: ser adulto no es análogo de ser ciudadano. Nuestra afirmación tiene soporte en la historia política de cada país en el mundo. En los albores de las primeras repúblicas democráticas, únicamente, los adultos varones que pagaban impuestos podían votar. De esta manera, las mujeres, los analfabetos y los pobres en muchísimas regiones del planeta encajaban en concepciones pre-ciudadanas, con todo y que fueran adultos.

¿Pero qué cambia esta situación? ¿Qué hace que adultos que no eran ciudadanos puedan verbalizar en la actualidad que son ciudadanos? ¿Por qué el más pobre de los pobres puede decir: “yo soy ciudadano, así sea sólo en el papel”. La respuesta parece sencilla con la decantación que hicimos: que ahora votan y por ende ese derecho político es la marca de la ciudadanía.

No obstante, es otro argumento el que va a definir la ciudadanía y es antecesor de ese derecho: el reconocimiento público del sujeto tanto a nivel nacional como internacional; sin esa expresa visualización del individuo frente a un organización político-administrativa, jamás, se hubiera pactado la cualidad jurídica del voto⁵³⁹.

Por ello, la ciudadanía es inapropiado reducirla a la participación en las elecciones. Habría que verla como la relación política que el Estado moderno ha establecido con los individuos, o grupos poblacionales habitantes de sus territorios, para que todos sean iguales, por medio, del otorgamiento o construcción de derechos, entre los que sobresalen los de participación política para el ejercicio de la autoridad individual frente a la institucionalidad.

Para atrevernos a soltar una definición robusta y directa: es ciudadano el individuo que se convirtió en sujeto de interés público para el Estado con la ganancia o pacto de un número de derechos; y que puede controlar y encargar el poder del Estado a alguien por medio del derecho político del voto para que los gobiernos no nazcan ni tengan cortes totalitarios, autoritarios y antidemocráticos.

Lamentablemente, el último extracto de nuestra definición es el más voceado en las ilustraciones sobre ciudadanía; al señalarla como una “forma de ejercicio de la autoridad en la que los titulares del poder son las personas comunes, somos todos los ciudadanos, quienes les encargamos al gobernante que ejerza la autoridad [...] por un tiempo determinado con derechos y obligaciones determinadas”⁵⁴⁰.

539 Históricamente, la ciudadanía deviene de un pacto social; siempre tuvo que tener como base un reconocimiento de la organización política administrativa de momento. La polis griega, el imperio romano, las primeras ciudades burguesas y el Estado moderno son ejemplo de ellos. Hoy en día, nadie podría votar si es que antes no se hubiese acordado entre el Estado y las gentes en una ley tal prerrogativa política. Op.cit. PILOTTI, Francisco, p. 35.

540 AMES, Rolando. Ciudadanía de los niños y adolescentes trabajadores. En Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores: Derechos, Ciudadanía y Protagonismo. MANTHOC. Lima. 2000. p.p 23, 24.

Pareciera con esa mirada, sumada a la postulación que construimos que el NNA sigue por fuera de la ciudadanía al carecer del voto. Sin embargo, estamos convencidos que el NNA es ciudadano y las claves para decirlo con toda la sinceridad del caso, se encuentran en esas enunciaciones y en lo que hace la CDN.

Fijémonos, que pautamos que la ciudadanía es el reconocimiento que hace el Estado sobre un individuo o un grupo poblacional de su jurisdicción nacional con un bloque de derechos; entre los que se cuenta el del voto. Al respecto, no siempre todos los grupos poblacionales tuvieron derechos, estos se fueron ampliando y prorrogando a personas que eran invisibles para el Estado; con una respectiva positivización se fueron haciendo poco a poco sujetos públicos. Los NNA empiezan a serlo con las Declaraciones de los Derechos del Niño de 1924 y 1959.

Pese a esto, en esos derechos de corte proteccionista y paternal, faltaba un grupo de derechos que completaran al NNA como un sujeto pleno de interés público: los civiles y políticos. La CDN lo logra hacer: abran sus páginas y encontrarán todas las generaciones de derechos acordadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que fijarían de ahí en adelante quién sería ciudadano y persona.

Por lo tanto, la ciudadanía es una condición emanada de tener todos los derechos creados por la humanidad; de ser reconocido por el Estado como poseedor de todos ellos; haciéndose principal énfasis en el del voto para regular la vida democrática.

A todo esto, seguimos sin resolver el dilema del voto. Cualquiera diría y con justa razón: “ciudadanía, están locos, el NNA no vota”. A lo que respondemos, que sí tienen el derecho político del sufragio, pero adaptado a las particularidades de la infancia en una democracia liberal. Haber impuesto en el derecho positivo el voto infanto-adolescente, al final, de manera inevitable, hubiese implicado discutir una edad para ejercer el sufragio; así como se revivirían temores de que los NNA fueran manipulados y corrompidos para servir a candidaturas autoritarias. Aunque ni los adultos se salvan de caer en esa red del voto sin conciencia, experiencias como la movilización de niños y jóvenes en la Alemania Nazi hacían temer el retorno de autoritarismos de ese estérpor por medio del voto de los más pequeños. Por eso, el derecho político de los adultos se condensa para la infancia en la redacción del artículo 12 de la CDN⁵⁴¹.

Obviamente, el NNA no sale a caminar en una jornada electoral hacia un ánfora para decidir quién será el mandatario local, regional, o nacional por un período de tiempo. Él no transfiere el poder político a un gobernante. Empero, gracias al principio y a la vez derecho a la opinión, el NNA por mandato de ley se convierte en un filtro a la actitud adulta antidemocrática y en un co-constructor de la política pública.

Como se ve, abogamos por escribir que el NNA es ciudadano porque los Estados del mundo con la creación de la CDN generaron un compromiso, o un reconocimiento público de su existencia con todos los derechos estimados para la humanidad, especificados, a las condiciones de vida de la infancia; incluyendo el político por excelencia. El NNA tiene ese espaldarazo y afirmación por parte del Estado. Poco importa que haya sido siguiendo otra ruta, al recibir a lo largo del siglo XX, primero los derechos sociales, económicos y culturales, y luego los civiles y políticos con la CDN.

541 Además, porque los derechos de la CDN no podrían ser considerados derechos específicos si no logran especificar todos los derechos de los seres humanos que ya existían.

Ese registro ya tiene vida legal. Esa relación y vínculo político ya consta con el NNA; o si no ¿Por qué se protege e invierte en un sujeto que se piensa como pre-ciudadano? ¿Para qué realizar políticas de alimentación si el NNA es sujeto de valía menor en comparación al adulto? O ¿Por qué el Estado tiene que institucionalizar la participación de los NNA en sus distintas dependencias donde se compone la política pública?

Creemos que con esta reflexión se puede concluir que el NNA es ciudadano, como lo es también el adulto, por ser sujetos de derechos reconocidos por el Estado y por tener dentro de sus atributos jurídicos, el derecho político a votar y en el caso del NNA a participar del Estado de manera democrática en todas las leyes y políticas de su incumbencia. La de la infancia y la de los adultos, son si se quiere, dos ciudadanías que siguen los mismos patrones fundacionales y se diferencian, únicamente, en la forma como se ejerce el derecho político: el mayor de edad en la urna y el NNA directamente en el Estado.

Como quiera, que todas estas explicaciones hayan sido inservibles para defender y proponer la ciudadanía del NNA, para terminar, habría que dejar claro que la naturaleza de esa categoría se pensó y se creó para propagar la igualdad, para que nadie fuera tratado con inferioridad, para que ninguna persona se le acomplejara, o fuera más o menos, con la proposición para todos de los mismos derechos y deberes. Seguir empeñados en que el NNA es un ciudadano de segunda, en capullo, o por hacerse es apostar a inicios del siglo XXI por el pensamiento antidemocrático y adultocéntrico.

**TERCERA PARTE:
RESISTENCIAS Y POSIBILIDADES
HERMENÉUTICAS DE APLICACIÓN
DE LA CDN**

Capítulo 1: El seguimiento de la responsabilidad del Estado con la CDN a cargo de quién está: ¿será del Comité de los Derechos del Niño?

Evaluar la realización progresiva de la CDN en los Estados, según, el propio documento internacional es un deber encargado al Comité de los Derecho del Niño, el cual para cumplir con esa función tiene a la mano como medida de control: el sistema de informes. A partir de estos textos estatales y de coaliciones de ONG's, el Comité se entera de la buena o mala fortuna de los derechos de los NNA en todos los sin fines del mundo y les responde a los Estados con documentos oficiales llenos de exhortaciones y recomendaciones pidiendo la reversa de las situaciones lesivas de la dignidad de los NNA. Por supuesto, los cambios y la reinención del Estado a favor de las infancias no son inmediatos a la opinión del Comité, puesto que a fin de cuentas, éste último carece de sanción y coerción jurídica sobre cada Estado transgresor del compromiso internacional al que se sometió.

Por lo tanto, es adecuado preguntarse sin aspavientos: ¿El Comité no sirve absolutamente para nada? ¿Si su control es defectuoso, no existen, herramientas, posturas y acciones de control y sanción para los victimarios públicos y privados de la CDN? Tomando como referencia estos complicadísimos escenarios, el penúltimo capítulo, se dedica a comentar las dos tendencias dicotómicas que se enfrascan en ese debate; mostrándose con precisión las características, miembros, funciones y el método evaluativo de los informes que lleva a cabo el Comité para llegar a la conclusión de que, en el plano formal y procedimental, su don de punibilidad es etéreo. Sin embargo, para superar esa debilidad, más adelante, reprochando al binomio dicotómico, se propone la utilización de la hermenéutica para realizar dos tipos de control de parte de la sociedad civil en contra de los enemigos de los derechos de los NNA: para empezar, el control político, utilizando y sacando provecho de la dinámica y datos proveídos por el Comité. Dando paso luego, al control jurídico, o la puesta en marcha del fenómeno de la justiciabilidad para la anulación de leyes y normativas contrarias a la CDN, en suma a la estimulación de sus derechos por vía de sentencias judiciales.

1.1 Tres miradas al UNCRC: la pesimista, la condescendiente y la hermenéutica

Tras proponer que los derechos y los principios de la CDN deberían ser exigidos y aplicados hermenéuticamente para derribar cualquier restricción textual que atentase contra la base epistemológica de los derechos humanos, cabe preguntarnos: ¿y si los derechos son adornos para los Estados; si cada gobierno suramericano está, decididamente, resuelto a incumplirlos y violarlos de qué sirve la CDN? ¿Tienen límites de acción los derechos de los NNA? ¿Alguien vigila y controla los desacatos de los Estados a la CDN?

Las opiniones para responder esas interrogaciones, normalmente, están divididas. Por un lado, hay quienes sostienen que los derechos de la CDN son anacrónicos,

puesto que, son imposibles de reclamar ante una violación leve o grave⁵⁴²; o que son proclives a ser insultados⁵⁴³, o deformados a la hora de aplicarlos y que por lo general, esas acciones manipuladoras quedan impunes por falta de instituciones de control⁵⁴⁴.

Incluso en esta vertiente aparece una postura sobre pesimista con los derechos de la CDN al sugerirlos como una pared de yeso sin fierros que intenta sostener la vida de los NNA del mundo. Todo a causa de la cláusula que tiene en su interior, conocida como “reservas”, que le permite a los Estados neutralizar los derechos que estime, o guste a la hora de ratificar el instrumento internacional. Esta disposición se puede leer en el artículo 51 de la CDN:

“1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.

2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.

3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación hecha a ese efecto y dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará a todos los Estados. Esa notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción por el Secretario General”.

Seguramente con esta revelación, resultaría tentador sugerir que la CDN es un documento falto de sentido ético, al venir, con reservas que favorecen el desprecio de la dignidad del NNA. O, irnos por la corriente de frivolarizar y relativizar las obligaciones que adquieren los Estados cuando ratifican la CDN.

Empero, lo primero a convenir sobre el tema, es que la CDN no inventó las reservas en el derecho internacional. Son una condición de muy atrás que los Estados acordaron en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 en su artículo 2, inciso 1 para excluir o modificar los efectos jurídicos de todas las Convenciones que se desarrollasen de ahí en adelante, para de esa manera promover que un mayor número de Estados pudieran adherirlas a sus compromisos jurídicos y políticos.

542 Esta postura considera que derechos sin un estamento de reglamentación, vigilancia de aplicación y sanción no son derechos, puesto que “...todo derecho es un *ordenamiento normativo coactivo*, y si no hay una fuerza eficaz capaz de obligar su cumplimiento y penalizar su infracción, si falta la conexión entre derecho y política, los derechos pierden su sustancia jurídica y se quedan en mera declaración, con un carácter más moral que legal”. SÁNCHEZ PARGA, José. Orfandades infantiles y adolescentes: Introducción a una sociología de la infancia. Ediciones ABYA-YALA. Quito. 2004. p. 293.

543 Por ejemplo, cuando la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la página web de su Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) hizo público en el tercer punto del rubro “Contextos Nacionales y Regional-caracterización del trabajo infantil en la región” correspondiente al documento titulado IPEC Sudamérica-Balance de actividades de 1996-1999 (primer cuatrimestre), que los Movimientos de Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores (NATS) representaban un peligro subversivo para la estabilidad de la región. ¿Quién obligó a la OIT a rectificarse? ¿Por qué la OIT pudo criminalizar a los NATS sin siquiera luego disculparse por su calumnia? En este sentido a los NATS por ejercer su derecho a la asociación u organización se les terminó discriminando. En su momento, la Coordinación de Delegados del Movimiento Latinoamericano y del Caribe de NATS (MOLACNATS) que se reunió en Bogotá entre los días 19-22 de agosto de 2002 escribió un comunicado dirigido a la sede de la OIT en Ginebra en el que dejaban claro que “sus afirmaciones y prácticas (...)”indicar a los gobiernos los peligros de ese tipo de movimientos y crear alianzas estratégicas...” son agresivas e irrespetuosas señalándonos como enemigos de nuestros gobiernos” [...] y en el que solicitaron “1. Rectificar públicamente lo afirmado en este texto y en todos aquellos que atenten contra nuestra integridad. 2. Realizar todas las acciones pertinentes para devolvernos nuestra honra y buen nombre”. Carta del MOLACNATS a la OIT. Revista NATS N° 9. Ifejant. Año V. Noviembre, 2002. Lima. p.p 120, 121.

544 Una muestra interesante de la deformación de un derecho, es el que sufre el de participación de los NNA, que “ha devenido en un discurso que corre el riesgo de prestarse a comprensiones y aplicaciones las más contradictorias. Para nosotros las estrategias desarrolladas, y algunas en curso, de Organismos Internacionales por involucrar a los niños como participantes, representan, con frecuencia, un atentado al respeto que éstos se merecen”. Muchas veces es común su utilización simbólica en eventos y en la consolidación de documentos sin que aparezcan instituciones que vigilen la aplicación de este derecho. Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia I. p. 307.

Esa medida jurídica permisiva del comportamiento de los Estados con sus ciudadanías, era y sigue siendo útil para lograr que las institucionalidades más autoritarias y renuentes a la gobernabilidad global se comprometan a velar, promover y proteger por lo menos algunos derechos, en este caso, de la niñez y la adolescencia.

Ahora bien, lo que sí habría que decirse sin tapujos es que las reservas pueden ser abusadas, excesivamente, por los Estados para hacer de las responsabilidades y obligaciones jurídicas una mera formalidad. Esto ha ocurrido con las reservas masivas o de carácter general, es decir, aquellas que hacen depender la aplicación de todas las disposiciones de la CDN, o de una porción considerable de ellas, a la compatibilidad que tengan con las Constituciones nacionales, o con las legislaciones internas de los Estados⁵⁴⁵.

De tal modo, un sector de países anuló a la CDN demandando la superioridad de su derecho interno. Y esa postura sería injusto imputarla y cargarla a la CDN para desmerecerla, cuando tiene residencia en el desinterés sustantivo de los patronos y las sociedades de esos Estados que batallan silenciosamente contra la dignidad de los NNA y aparentan con la susodicha ratificación un amor hacia ellos.

En su mayoría ese desplante a la infancia tuvo como actores a las naciones árabes e islámicas; precisándolas formularon reservas integras al contenido de la CDN: Arabia Saudita, Brunei Darussalam, Indonesia, Mauritania, Omán, Pakistán, Qatar, República Árabe de Siria, República Islámica de Irán, y Singapur⁵⁴⁶; y a determinadas disposiciones de la CDN: Emiratos Árabes Unidos, Malasia, Djibouti, Kuwait y Túnez⁵⁴⁷.

En cambio, en Europa y Latinoamérica las reservas fueron escasas y tomaron otro tinte: potenciar la CDN y mejorar sus errores de diseño, como por ejemplo, el presente en la deficiente técnica jurídica con la que se hizo el artículo 38 que permitía el reclutamiento bélico de adolescentes mayores de 15 años. Sobre esa falla y deleznable artículo, países como Colombia, España o Argentina sentaron un precedente para llamar la atención sobre el error cometido en su redacción.

De tal manera, podría concluirse en lo referente a las “reservas” para seguir avanzando, que: 1) estos salvamentos, nadie lo niega, desnaturalizan los compromisos que significan la CDN en el derecho internacional, siempre y cuando, se utilicen abusivamente por los Estados para anular el carácter vinculante; 2) como las reservas se enuncian en los momentos de las ratificaciones, su uso y desafiliación de la CDN es un imposible en la actualidad; 3) el número de países que optó por abolir sus obligaciones con los derechos de los NNA, es menor, en comparación a la gran mayoría que en la ratificación de la CDN prefirió no acudir al artículo 51; 4) las reservas son denunciables, como lo expresa el inciso 3 del artículo 51 y por ende, en cualquier momento los países que decidieron alejarse de los derechos de la CDN, tienen la expresa posibilidad de integrarse a la protección integral⁵⁴⁸.

545 SALADO OSUNA, Ana. La Convención sobre los Derechos del Niño. Las obligaciones asumidas por los Estados partes. En Los derechos de la infancia y la adolescencia. Primeras Jornadas sobre “Derechos humanos y libertades fundamentales”. Mira Editores. Zaragoza. 2000. p. 40.

546 Ibid. p. 31.

547 Ibid. p. 31.

548 Aunque la posibilidad está abierta las probabilidades de denuncia o renuncia de parte de los países árabes son escasas, ya que ni siquiera ante la presión de los países europeos y el llamado que hicieron para que las retiraran a comienzos de la era de las ratificaciones valió para que esto tuviera lugar. Pese a esto, como no hay regla sin excepción, a 1998 seis Estados partes de la CDN se habían atrevido a comunicar al Secretario General de Naciones Unidas la retirada de las reservas que habían formulado. Los países capaces de dar ese paso fueron: Dinamarca el 11

En contraposición a esta mirada, existe una corriente institucional promovida por Unicef, que expresa que la CDN rompa los años aciagos de desprotección jurídica que los NNA vivieron con las Declaraciones de 1924 y 1959 por efecto de su carácter vinculante en el derecho internacional y por traer a cuestras un mecanismo de vigilancia de la aplicación de sus disposiciones, llamado el Comité de los Derechos del Niño (UNCRC)⁵⁴⁹.

Nosotros creemos, en concordancia a todos los otros capítulos, y apostando por una tercera tendencia que denominaremos hermenéutica, que la CDN tiene la capacidad jurídica de anular discrecionalidades activas que dañan los derechos de los NNA en el hoy y que deseasen pasarles por encima en el mañana, por medio de un uso político del UNCRC, pero sobre todo, mediante la usanza de otros mecanismos derivados de la ratificación de la CDN que han sido pocos explorados y tienen una potencia casi inadvertida y desconocida para las organizaciones de NNA y de la sociedad civil que se preocupan, promocionan y vigilan la concreción de sus derechos.

Para explorar esta vertiente hermenéutica del control de los derechos de la CDN, que aspira poner en entredicho a la pesimista y a la vacua, sonriente propuesta institucional de Unicef, es prioritario contextualizar todo lo que significa el UNCRC, sus funciones, posibilidades y debilidades. Desde ese análisis es posible proponer una entrada distinta para el control de los derechos de la infancia y la adolescencia consignados en la CDN.

1.2 Los orígenes de los Comités de Vigilancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Al emprender marcha en esa dirección, lo mejor, es empezar excavando en la vigilancia y seguimiento de las dos primeras expresiones de los derechos específicos de los NNA hasta llegar a la CDN. En lo referente a las Declaraciones de 1924 y 1959 se jura que fueron instrumentos internacionales de derechos humanos débiles, por resultar buenas expresiones políticas del escenario deseado para los derechos de los NNA.

Dicha proposición tan tajante suscitó la creencia que esos derechos inscritos en las declaraciones carecían de valor normativo e histórico, así como de obligatoriedad jurídica para los Estados firmantes.

de mayo de 1993, Myanmar el 19 de octubre de 1993, Noruega el 19 de septiembre de 1995, Pakistán el 23 de julio de 1997, Tailandia el 11 de abril de 1997 y la desaparecida Yugoslavia el 28 de enero de 1997. ACOSTA ESTÉVEZ, José. Los mecanismos internacionales de control respecto de la Convención de los Derechos del Niño. En Los derechos de la infancia y la adolescencia. Primeras Jornadas sobre "Derechos humanos y libertades fundamentales". Mira Editores. Zaragoza. 2000. p. 69.

549 Op.cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. Edición Especial. p. 7. Respecto, a la posición de Unicef, algunos autores que pueden entrar a la corriente pesimista señalan: que el UNCRC es débil e ineficaz; véase CARRILLO SALCEDO, Juan. Procedimientos para la protección de los derechos de los menores en el ámbito de las Naciones Unidas. Simposio Internacional "La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI", celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación del UNICEF. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca. 1996, p.p 97-98. Por otro lado, también se ha dicho del UNCRC que es solamente una instancia de correo de recepción de información filtrada por los Estados sin carácter de coerción; en específico, que la "Parte II [de la CDN], destinada al establecimiento de un sistema de control y seguimiento en la aplicación de la Convención, es de una fragilidad operativa" manifiesta. Véase. MIRALLES SANGRO, Pedro-Pablo. La importancia de los derechos humanos y la protección del menor para el derecho internacional privado convencional: regionalismo, universalismo y globalización. En Pasado, presente y futuro de los derechos humanos. Yolanda Gómez Sánchez (Coordinadora). Comisión Nacional de Derechos Humanos. Universidad Nacional de Educación a Distancia. México. 2004. p. 365.

Las verdades sobre el asunto son otras. Una primera tiene que ver con la importancia que cumplieron en la legislación internacional las Declaraciones de 1924 y 1959: sin ellas, la internacionalización de los derechos del niño, de ningún modo, habría iniciado. De tal manera, las Declaraciones son importantes debido a que son el primer paso de esa internacionalización, o el momento neófito de encuentro, de diálogo y conciliación de los primeros derechos que se le brindaron a la infancia.

Aceptemos que, sin la elaboración de Declaraciones en el derecho internacional, violadas o respetadas en el ayer o en el hoy, comúnmente las Convenciones tienden a ser proyectos imposibles de convocar y de lograr. Esto lo demuestra la propia historia de los derechos del niño: con las dos declaraciones previas a la CDN que conocemos, pero también lo indica la ruta histórica de los principales instrumentos de derechos específicos producidos en Naciones Unidas; hagamos un breve repaso para sostener nuestra afirmación:

CUADRO 5. Cronología de las Declaraciones y Convenciones de derechos específicos en Naciones Unidas.

Declaración precedente	Convención posterior
Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1976	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979
Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1975	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984
Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven de 1985	Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990
Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas el 18 de diciembre de 1992	Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006
Declaración de los Derechos de los Impedidos de 1975	Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad también de 2006

Fuente: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/> Elaboración propia: Camilo Bácares-IFEJANT.

Como se ve, las Declaraciones en el derecho internacional son un a priori, o una antesala de las luchas que libran los diferentes grupos poblacionales para consolidar jurídicamente sus derechos en Convenciones. Pese a esto, no todas las Declaraciones que se han elaborado, como un levantamiento público contra la discriminación y aplazamiento de los derechos humanos de otras poblaciones han logrado materializarse en Convenciones; el ejemplo más doliente es el de los pueblos indígenas que solamente hasta el 2007 lograron consolidar la *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Queda pues, una deuda abierta en la gobernabilidad global con este sector de la población mundial para socializar por lo menos a nivel jurídico los valores de la igualdad y la justicia.

Reconociendo estos procesos de construcción de las Convenciones, de seguro, las Declaraciones de 1924 y 1959 toman un sabor distinto. Achacarlas y desecharlas, por su inaplicabilidad, puede conducirnos a ocultar las disputas, la génesis de los derechos de los NNA y los años de discusiones que tuvieron que vivirse para lograr la redacción de la CDN.

Si bien es cierto, las Declaraciones, como lo dijimos en el capítulo 3 de la primera parte de este texto, no son vinculantes en un sentido estricto y férreo en el derecho internacional; o sea, nadie va a gritarle o reclamarle al Estado firmante por incumplirla más que los propios afectados, ni en su interior se especifica cómo aplicarla. Si nos parece que las Declaraciones fueron portadoras de una obligatoriedad jurídica simbólica, minimizada por la mayoría de los Estados y las narraciones históricas de los derechos de los NNA.

Nos referimos claro, a la violación del principio más viejo y al parecer más inservible del derecho internacional por su gran exigencia ética: *el pacta sunt servanda*⁵⁵⁰. Un principio que entiende a los derechos como lo que son: acuerdos que tendrían que ser realizados por basarse en la palabra y en el deseo de ampliar los privilegios de las minorías a todos los miembros de la sociedad⁵⁵¹.

A pesar de la presencia de este principio de caballeros, si no es pueril metaforizarlo así, los derechos de los NNA se incumplieron desde su creación, porque a nivel general, han sido utilizados por la institucionalidad para calmar en su momento las reivindicaciones enérgicas, permanentes y confrontadoras que han exigido la realización de una dignidad local y universal. De ahí, que dijéramos en el capítulo anterior, que sociológicamente en los componentes del derecho se halle la exigibilidad como un tercer elemento ante cualquier resistencia duradera que evitase la aplicación de una demanda ahora legalizada.

Para solucionar esa falencia, la CDN cuenta más allá del *pacta sunt servanda*, positivizado y sacado de la intemperie simbólica por el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que estipula que todas las convenciones del derecho internacional obligan a los Estados a respetarlas y a conducirse en la forma prescrita y acordada en éstas tras su libre ratificación⁵⁵²; con el UNCRC, ordenado en su articulado, dado que, el *pacta sunt servanda* no deja de ser una norma de buena fe que puede ser violada e irrespetada. Este estamento de

550 Exactamente esa expresión en latín significa: los pactos deben ser cumplidos.

551 Por supuesto, cualquier teórico del derecho internacional no estaría de acuerdo con esta proposición. Pues normalmente, se considera que el *pacta sunt servanda* se origina en el derecho internacional con su positivización en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Pero en nuestra lógica el *pacta sunt servanda* ya tenía vida mucho antes del decenio del sesenta, por aplicarse desde el derecho romano, por ser la esencia misma de los derechos, al considerarlos, como pactos entre las personas y los Estados y al regirse muchísimo antes de los primeros escenarios de gobernabilidad global por la costumbre, ya que antes de que fuera metido en una norma del siglo XX tuvo presencia en todos los acuerdos de derechos, incluyendo los de primera generación por allá en el siglo XIII. En este sentido: el *pacta sunt servanda* "pertenece al derecho internacional general, y este derecho es creado por una costumbre constituida por actos de los Estados. La norma básica del derecho internacional tiene que ser, por consiguiente, una norma que considere a la costumbre como hecho de creación jurídica, y esa norma se podría enunciar del siguiente modo: "Los Estados deben conducirse en la forma en que han solido hacerlo". El derecho internacional consuetudinario, desarrollado sobre la base de tal norma, es la primera etapa dentro del orden jurídico internacional". KELSSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. UNAM. México. 1995. p. 440.

552 Los Estados son libres de vincularse o no, a un Tratado de Derecho Humanos, y al afirmar ese libre albedrío, o sea, cuando con su consentimiento se vincula jurídicamente a un Tratado está comprometiéndose a cumplir las obligaciones contraídas del Tratado en cuestión, en virtud del principio "Pacta Sunt Servanda" (artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969)".

control con el cual los países adquieren una responsabilidad de diálogo se enuncia en el artículo 43 de la CDN:

- “1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan.*
- 2. El Comité estará integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos.*
- 3. Los miembros del Comité serán elegidos, en votación secreta, de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada Estado Parte podrá designar a una persona escogida entre sus propios nacionales.*
- 4. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la entrada en vigor de la presente Convención y ulteriormente cada dos años. Con cuatro meses, como mínimo, de antelación respecto de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a que presenten sus candidaturas en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará después una lista en la que figurarán por orden alfabético todos los candidatos propuestos, con indicación de los Estados Partes que los hayan designado, y la comunicará a los Estados Partes en la presente Convención.*
- 5. Las elecciones se celebrarán en una reunión de los Estados Partes convocada por el Secretario General en la Sede de las Naciones Unidas. En esa reunión, en la que la presencia de dos tercios de los Estados Partes constituirá quórum, las personas seleccionadas para formar parte del Comité serán aquellos candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.*
- 6. Los miembros del Comité serán elegidos por un período de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. El mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de efectuada la primera elección, el presidente de la reunión en que ésta se celebre elegirá por sorteo los nombres de esos cinco miembros.*
- 7. Si un miembro del Comité fallece o dimite o declara que por cualquier otra causa no puede seguir desempeñando sus funciones en el Comité, el Estado Parte que propuso a ese miembro designará entre sus propios nacionales a otro experto para ejercer el mandato hasta su término, a reserva de la aprobación del Comité.*
- 8. El Comité adoptará su propio reglamento.*
- 9. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años.*
- 10. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que determine el Comité. El Comité se reunirá normalmente todos los años. La duración de las reuniones del Comité será determinada y revisada, si procediera, por una reunión de los Estados Partes en la presente Convención, a reserva de la aprobación de la Asamblea General.*
- 11. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité establecido en virtud de la presente Convención.*
- 12. Previa aprobación de la Asamblea General, los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención recibirán emolumentos con cargo a los fondos de las Naciones Unidas, según las condiciones que la Asamblea pueda establecer”.*

Esencialmente, el UNCRC como lo determina el inciso 1 del anterior artículo, cumple la tarea de examinar los progresos realizados por los Estados en la aplicación de la CDN. Con el establecimiento de ese rol, el UNCRC, se une a la familia de organismos

internacionales de control oriundos de otros Tratados y Convenciones Internacionales dispuestos para el seguimiento, verificación y examen de la cantidad y calidad de los avances referidos a los derechos pactados en los mismos. La lista de organismos especializados encargados de vigilar la aplicación de los instrumentos en cuyo interior fueron dispuestos, a la que se suma el UNCRC son:

1. Comité de Derechos Humanos (CCPR)
2. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR)
3. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)
4. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)
5. Comité contra la Tortura (CAT)
6. Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT)
7. Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW)
8. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD)
9. Comité contra la Desaparición Forzada (CED)

Vale señalar, que todos estos marcos y órganos internacionales de protección de los derechos humanos fueron creaciones que no podían esperar más, ante la notable crisis de la tradición liberal que vio como los derechos políticos y civiles dejaron de ser ballestas para el control democrático, más aún, frente a la reiterada violación de los derechos de la gente por mano de los Estados en diferentes tiempos históricos que nos condujeron siempre al mismo resultado: impunidad, lograda por la inexistencia, la invalidación y la manipulación de los mecanismos internos de protección y sanción de los derechos humanos. De esta forma, los comités de vigilancia internacionales destinados a evaluar los progresos de los derechos correspondientes a determinadas convenciones del derecho internacional surgieron por un agotamiento de las garantías nacionales de protección de los derechos humanos, principalmente deterioradas, en los estamentos exponentes de totalitarismos en el siglo pasado⁵⁵³.

1.3 Las características, tareas y miembros del UNCRC

Ahora veamos, si el germen de aparición de los comités internacionales de control de derechos humanos es idéntico y responde a lo que enunciamos en el párrafo pasado: evitar la manipulación estatal de cualquier sistema nacional de sanción por violaciones a los derechos humanos. De una a otra convención sí existen diferencias de funcionamiento y conformación de sus respectivos comités.

553 "De acuerdo con la tradición liberal, los derechos humanos y las libertades públicas fundamentales serían algo así como armas en manos de los ciudadanos para mantener al Estado bajo control democrático y evitar la tentación autoritaria. Los derechos civiles y políticos pueden ser considerados como el paradigma de esta concepción. Una primera contradicción, que numerosas experiencias históricas se han encargado de poner trágicamente de manifiesto, está determinada por el hecho de que, según este modelo, los derechos contra el Estado son otorgados por el propio Estado. ¿Qué ocurre entonces cuando es el Estado el que viola los derechos y anula la efectividad de los mecanismos internos de protección? Las experiencias totalitarias de la primera mitad de este siglo [...] acentuaron esta contradicción hasta límites intolerables y dieron lugar a un nuevo paradigma en el desarrollo de los derechos humanos que hacía primar las garantías internacionales sobre el reconocimiento. Fueron sobre todo los desarrollos regionales, en el marco de la OEA y el Consejo de Europa principalmente, los que acentuaron la importancia de las garantías. De nada sirve la declaración o el reconocimiento de derechos sin un adecuado marco de protección y este marco no puede quedar reducido a las garantías internas de los Estados, cuando se ha demostrado que los Estados pueden anularlas con una relativa facilidad y convertirse en violadores de los derechos humanos dentro de la más palmaria impunidad. Son necesarias garantías supranacionales. Procedimientos jurisdiccionales o pseudo-jurisdiccionales de carácter supranacional que garanticen plenamente la efectividad de las obligaciones convencionalmente asumidas por los Estados". CALVO GARCÍA, Manuel. El mecanismo de supervisión de la Convención sobre los Derechos del Niño: diseño institucional y funcionamiento efectivo. En Los derechos de la infancia y la adolescencia. Primeras Jornadas sobre "Derechos humanos y libertades fundamentales". Mira Editores. Zaragoza. 2000. p. 162.

Respecto a nuestro foco de atención, los miembros del UNCRC opuestamente al CCPR no representan a sus gobiernos. Como lo especifica el inciso 2 del artículo 43, sus conformantes, tienen misionado ejercer sus funciones a título personal y sin favorecimientos y retribuciones al Estado que los tipifica como ciudadanos. La confianza en esta teoría y mandato de la CDN, se sostiene en un hecho notable: la manutención y financiamiento del UNCRC depende del presupuesto general de las Naciones Unidas y no de subvenciones o aportes fijados por los Estados partes para tal fin⁵⁵⁴. Haber permitido el control directo del presupuesto por los Estados, posiblemente, hubiera abierto la puerta a una autonomía y marcha precaria del UNCRC, así como a intentos de corrupción y chantaje de los Estados a los encargados de vigilar y opinar sobre su comportamiento frente a la infancia de sus jurisdicciones.

Siguiendo el contenido del inciso 2 del artículo 43, los expertos independientes que conforman el UNCRC, suman en la actualidad dieciocho personas gracias a una ampliación de los diez que se estimaron originalmente en la CDN aprobada en 1989⁵⁵⁵. Todos tienen sobre sí una larga trayectoria y reconocida competencia en el campo de los derechos humanos y protección de la infancia⁵⁵⁶. Concretamente, en este momento el UNCRC se encuentra integrado por los siguientes profesionales en la materia de la CDN:

CUADRO 6. Lista actual de miembros del UNCRC.

Nombre	Nacionalidad	Fecha de expiración de función
Agnes Akosua Aidoo	Ghana	28 de febrero de 2015
Hadeel Al-Asmar	República Árabe de Siria	28 de febrero de 2013
Aseil Al-Shehail	Arabia Saudita	28 de febrero de 2015
Jorge Cardona Llorens	España	28 de febrero de 2015
Bernard Gastaud	Mónaco	28 de febrero de 2015
Peter Gurán	Eslovaquia	28 de febrero de 2013
María Herczog	Hungría	28 de febrero de 2015
Sanphasit Koompraphant	Tailandia	28 de febrero de 2013
Hatem Kotrane	Túnez	28 de febrero de 2015
Yanghee Lee	República de Corea	28 de febrero de 2013
Gehad Madi	Egipto	28 de febrero de 2015

554 Esta responsabilidad económica está depositado en el inciso 12 del artículo 43 de la CDN. En su momentos esta fue la "única cuestión relativa al texto de la Convención dejado a la Asamblea General para resolver en plenario fue determinar si los gastos del Comité deberían ser subvencionados por los Estados Parte o por el presupuesto general de la ONU. Dos argumentos prevalecían a favor de la segunda opción. En primer lugar, es más compatible el financiamiento del Comité por la ONU, que por los Estados Parte, con el concepto de la responsabilidad común de todos hacia la niñez, sin fronteras ideológicas, culturales, religiosas, nacionales o de otra índole. El segundo argumento era de otro orden: el control del presupuesto de un Comité de esta índole por los Estados Partes puede menoscabar su independencia y autonomía. Por 137 votos contra uno (los Estados Unidos), una abstención (Japón), la Asamblea General determinó que la ONU pagara los gastos del Comité". Op.cit. O'DONELL, Daniel. p. 21.

555 El 12 de diciembre de 1995, la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de su resolución 50/155 aprobó la enmienda al párrafo 2 del artículo 43, para sustituir la palabra "diez" por la palabra "dieciocho". La enmienda solamente entró en vigor hasta 18 de diciembre de 2002, cuando dos tercios de los Estados Partes (128 de 191), notificaron al Secretario General de Naciones Unidas, su aceptación de la enmienda.

556 Es una verdadera pena que el promotor o voceador del primer proyecto de CDN, sin importar cuáles fueran las motivaciones de fondo de su propuesta, el señor Adam Loptka, no hubiese sido homenajeado con un lugar en el UNCRC. Logró ser candidato a ocupar ese puesto, pero no fue elegido por los Estados partes de la CDN.

Marta Mauras Perez	Chile	28 de febrero de 2013
Pilar Nores de García ⁵⁵⁷	Perú	28 de febrero de 2013
Awich Pollar	Uganda	28 de febrero de 2013
Kirsten Sandberg	Noruega	28 de febrero de 2015
Kamla Devi Varmah	Mauritania	28 de febrero de 2013
Hiranthi Wijemanne	Sri Lanka	28 de febrero de 2015
Jean Zermatten	Suiza	28 de febrero de 2013

Fuente: <http://www2.UNCRC.org/english/bodies/UNCRC/members.htm> Elaboración propia: Camilo Bácares-IFEJANT.

Acerca de este inventario, es imperioso acotar que la conformación vigente del UNCRC deja ver a Latinoamérica, hablando en términos amplios, como el continente con menor presencia y voz en el seguimiento de los derechos de los NNA desde la gobernabilidad global. Un suceso grave para seguir de cerca y con mayores certezas la evolución de la CDN en nuestra región de parte del UNCRC. Téngase en cuenta, que en comparación a la debilidad latinoamericana, continentes como el africano y el asiático gozan de cinco miembros cada uno en el UNCRC; uno menos que los seis que tiene Europa en la presente temporada. Con esta disparidad numérica es perceptible que la ordenanza inscrita en el inciso 2 del artículo 43, que dice claramente que los miembros del UNCRC serán elegidos *“teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica”* se ha violado y se viene violando históricamente, pues a la fecha por su seno, solamente han pasado o se mantienen 8 latinoamericanos⁵⁵⁸, frente a 16 europeos, 12 asiáticos, 13 africanos⁵⁵⁹, y 2 ciudadanos caribeños⁵⁶⁰.

Los dieciocho miembros descritos y todos aquellos que han ocupado un escaño en el pasado del UNCRC, devienen de un proceso de selección en el que cada Estado parte tiene derecho a escoger entre sus nacionales a un candidato, inscrito luego en una lista, que se vota en secreto en la sede de Naciones Unidas y de la que saldrán sus futuros miembros, tal y como lo detallan los incisos 2,3 y 4 del artículo 43. Una vez elegidos, cuentan con una vigencia laboral de cuatro años, que podría ser ampliada y doblada, si resultaran reelegidos, dado el caso que los Estados que los propusieron

557 Pilar Nores de García reemplazó a Susana Villarán, ya que esta última fue electa alcaldesa de Lima. Sin embargo, la proposición de Nores como reemplazante de Villarán no fue democrática ni tuvo un respaldo al derecho a la participación de los NNA y sus organizaciones. A ciencia cierta, fue impuesta por la saliente miembro del UNCRC y burgomaestre de la capital peruana.

558 En realidad son 10 los miembros latinoamericanos con presencia histórica en el UNCRC; empero solamente 8 de ellos han sido escogidos por los Estados partes, mientras que otros dos han reemplazado a los titulares iniciales de ese rol. Nos referimos a la ya mencionada Pilar Nores que reemplazó a Susana Villarán, en el 2011, y al brasileño, Antonio Carlos Gomes da Costa que reemplazó a su compatriota, María de Fatima Borges de Omena en 1991.

559 Es una gran paradoja que muchos de los miembros del UNCRC de África y Asia, pertenecen a países que reservaron la totalidad de la CDN. Lo que nos haría pensar que su presencia en este órgano fue una táctica política de Naciones Unidas para revertir dicha situación.

560 A manera de resumen, de América Latina han o están en el UNCRC, cuatro ciudadanos de Brasil, un argentino, una paraguaya, una chilena, y tres peruanos. De Europa los miembros del UNCRC provienen de Portugal, Rusia, Suecia, Italia, Holanda, Finlandia, Alemania, Noruega, Serbia y Montenegro, España, Mónaco, Eslovaquia, Hungría y Suiza. De Asia, los miembros del UNCRC tienen como lugar de origen a Filipinas, Israel, Líbano, Indonesia, Qatar, Tailandia, Arabia Saudita, República de Corea, República Árabe de Siria, Sri Lanka. De África hacen presencia en el UNCRC personas nacidas en Burkina Faso, Egipto, Zimbabue, Sudáfrica, Argelia, Túnez, Ghana, Uganda y Mauritania. Por el Caribe, solamente han estado el UNCRC nacionales de Barbados y Jamaica. Para quien desee estudiar con precisión los nombres de los miembros del UNCRC y de ahí revisar sus hojas de vida puede revisar el documento: Página web del Comité de los Derechos del Niño. "Past Membership of the Committee on the Rights of the Child (1991-2003)". [Revisado el 15 de septiembre de 2011] <http://www2.UNCRC.org/english/bodies/UNCRC/docs/MembersCVs/PastMEMBERSHIP.pdf>

en una primera oportunidad al cargo, lo volvieran a hacer, como en el caso de Brasil y su nacional Marília Sardenberg Zelner que estuvo en el UNCRC de 1993 al 2001.

1.3.1 El mecanismo evaluativo del UNCRC: el sistema de informes

Consumado el grupo de personas seleccionadas para trabajar en el UNCRC y tras la adopción de una mesa directiva, mutable cada dos años, este órgano de control tiene que reunirse anualmente a cumplir su razón de existencia: la vigilancia y evaluación de los progresos de aplicación de la CDN en cada Estado parte del instrumento internacional. Pero ¿cómo práctica esa misión? ¿Con qué medios?

Básicamente, el UNCRC lleva a cabo su cometido por medio de un procedimiento de supervisión, conocido como el sistema de “informes”, estipulado en el artículo 44 de la CDN:

“1. Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:

- a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención;*
- b) En lo sucesivo, cada cinco años.*

2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.

3. Los Estados Partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente.

4. El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la aplicación de la Convención.

5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades.

6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos”.

Recordando el *pacta sunt servanda*, cada Estado firmante de la CDN adquiere la obligación de hacer carne su contenido y por ende de demostrarlo con la entrega de informes al UNCRC. Haciendo principal énfasis, como lo proponen los incisos 1 y 2 del anterior artículo, en: a) las medidas adoptadas para la puesta en marcha de los derechos; b) el progreso relacionado con el goce de los mismos; c) las dificultades, problemas y resistencias que impiden la aplicación de la CDN.

1.3.1.1 Los informes iniciales de los Estados Suramericanos

Ese compromiso estatal tiene que depositarse en los dos tipos de informes que exige la CDN: o sea, tanto en los informes iniciales o primerizos y en los apelados por el inciso 1 del artículo 44, como informes periódicos. Para facilitar, ordenar y unificar el formato y el texto de esas expresiones de control, el UNCRC adoptó unas Directrices

u "Orientaciones Generales respecto de la forma y el contenido de los informes" iniciales⁵⁶¹, así como de los periódicos⁵⁶². En ellas, las discrepancias de redacción y de compendio son mínimas⁵⁶³, a excepción de una especificidad o plus informativo adicional que tiene que ser agregado en los informes periódicos⁵⁶⁴.

Ciertamente, entre ese binomio la única heterogeneidad marcada es el tiempo de entrega al UNCRC. Por un lado, los informes correspondientes a la primera tipología, debieron ser facilitados a los dos años de la ratificación de la CDN por los Estados, es decir, a lo largo de la década del noventa, puesto que para 1997, la cifra de legalizaciones de este instrumento oscilaba en 191 Estados.

En Suramérica la responsabilidad institucional con los informes iniciales siguió ese patrón. El siguiente cuadro es dicente de ese fenómeno, que, tuvo como única irregularidad, el desempeño del Estado de Brasil que se atrasó 11 años en redactar y comunicar su informe inicial al UNCRC⁵⁶⁵:

561 Documento CRC/C/5, 30 de octubre de 1991.

562 Documento CRC/C/58, 20 de noviembre de 1996.

563 Tanto los informes iniciales como los periódicos se tienen que escribir en torno a los siguientes apartados, especializados en ir dando cuenta de todos los artículos de la CDN: I. Información preliminar y medidas generales (arts., 4, 42 y 44.6); II. Definición del niño (art., 1); III. Principios generales (arts., 2, 3, 6 y 12); IV. Derechos y libertades civiles (arts., 7, 8, 13, 14, 15, 16, 17 y 37); V. Entorno familiar y otro tipo de tutela (arts., 5, 18.1, 2, 9, 10, 11, 19, 20, 21, 25, 27.4 y 39); VI. Salud básica y bienestar (arts., 6, 18.3, 23, 24, 26, 27.1.2 y 3); VII. Educación, esparcimiento y actividades culturales (arts., 28, 29 y 31) y VIII. Medidas especiales de protección (arts., 22, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 40).

564 Al respecto, como el inciso 3 del artículo 44 dice que cuando un Estado ha entregado un informe inicial completo no necesita repetir esa información en los informes sucesivos. Ello no significa que esté exento de informar sobre los cambios imprimidos a la realidad de la infancia desde el primer informe. Para ello, el UNCRC dice que: "los Estados Partes deben proporcionar para cada grupo de artículos o, cuando corresponda, para cada artículo por separado, información sobre lo siguiente: a) *El seguimiento*. En el primer párrafo relativo a cada grupo debe figurar sistemáticamente información sobre las medidas concretas que se hayan adoptado en relación con las observaciones finales aprobadas por el Comité respecto del informe anterior. b) *Los programas nacionales generales - la vigilancia*. En los párrafos siguientes debe facilitarse suficiente información para que el Comité pueda formarse una idea cabal de la aplicación de la Convención en el país en cuestión, así como de los mecanismos establecidos en el Gobierno para seguir de cerca los progresos. Los Estados Partes suministrarán la información pertinente, entre otras cosas, sobre las principales medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que estén en vigor o previstas. Esta sección no debe limitarse a una mera enumeración de las medidas adoptadas en el país en los últimos años, sino que debe dar información clara sobre las metas y los calendarios de aplicación de esas medidas, así como sobre las repercusiones que hayan tenido en la realidad económica, política y social y en las condiciones generales imperantes en el país. c) *La asignación de recursos presupuestarios y de otra índole*. Los Estados Partes proporcionarán información sobre la cuantía y el porcentaje del presupuesto nacional (a nivel central y local) dedicados anualmente a los niños, con inclusión, cuando sea el caso, del porcentaje de financiación externa (por donantes, instituciones financieras internacionales y bancos privados) del presupuesto nacional, respecto de los programas relacionados con cada grupo de artículos. En este contexto, los Estados Partes deben proporcionar, cuando proceda, información sobre las estrategias y programas de reducción de la pobreza y los otros factores que repercutan o puedan repercutir en la aplicación de la Convención. d) *Los datos estadísticos*. Los Estados Partes deberán proporcionar, cuando proceda, datos estadísticos anuales desglosados por edad/grupo de edad, sexo, zona urbana/rural, pertenencia a una minoría y/o grupo indígena, etnia, discapacidad, religión u otra categoría pertinente. e) *Los factores y dificultades*. En el último párrafo deben describirse, en su caso, los factores y dificultades que afecten al cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes respecto del grupo de artículos en cuestión, junto con las metas establecidas para el futuro". Documento. CRC/C/58. Rev 1. 29 de noviembre de 2005. p.p 2,3.

565 Una gigantesca paradoja partiendo del hecho que en la primera delegatura del UNCRC ocupó un espacio un brasileño. Paradoja que por cierto, crece y se convierte en inexplicable con los ocho años que Marilia Sardenberg Zelter estuvo en el UNCRC. Es decir, la representante latinoamericana de la época venía de un país que desecho durante más de una década la información de sus actividades pro-CDN al UNCRC.

CUADRO 7. Cronología de presentación de informes iniciales de los Estados Suramericanos al UNCRC.

País	Año límite para presentación del informe inicial	Año de cancelación de informe inicial al UNCRC
Argentina	1993	1993
Bolivia	1992	1992
Brasil	1992	2003
Chile	1992	1993
Colombia	1993	1993
Ecuador	1992	1996
Paraguay	1992	1993
Perú	1992	1992
Uruguay	1992	1995
Venezuela	1992	1997

Fuente: Redlamyc. <http://www.redlamyc.info/seguimiento-a-la-convencion-de-los-derechos-del-nino/informes-presentados-ante-el-comite-de-los-derechos-del-nino.html>. Elaboración propia: Camilo Bácares-IFEJANT.

1.3.1.2 Los informes periódicos de los Estados Suramericanos

Por otra parte, los informes periódicos tienen que ser transmitidos por los Estados al UNCRC cinco años después de la entrega del informe inicial y así sucesivamente a lo largo del tiempo que sigan adscritos al instrumento internacional. Plazos fijados que nos sugieren que cada país suramericano debió al hoy, entregar tres informes periódicos al UNCRC informando acerca de la evolución de la CDN en ese período y de las disposiciones administrativas, judiciales, legislativas y políticas efectuadas para debilitar las barreras a los derechos que se comunicaron en el informe inicial. El trazo del cumplimiento de esa responsabilidad la podemos ver a continuación⁵⁶⁶:

CUADRO 8. Cronología de presentación de informes periódicos de los Estados Suramericanos al UNCRC⁵⁶⁷.

País	Año límite para presentación del primer informe periódico al UNCRC	Año de presentación del primer informe periódico al UNCRC	Año límite para la presentación del segundo informe periódico al UNCRC	Año de presentación del segundo informe periódico al UNCRC	Año límite para la presentación del tercer informe periódico al UNCRC	Año de presentación del tercer informe periódico al UNCRC
Argentina	1998	1999	2003	2008	2008	No entregó
Bolivia	1997	1997	2002	2002	2007	2008
Brasil	1997	No entregó	2002	No entregó	2007	No entregó
Chile	1997	1999	2002	2005	2007	No entregó
Colombia	1998	1999	2003	2004	2008	No entregó

⁵⁶⁶ Normalmente, los informes de los Estados partes al UNCRC se enumeran sucesivamente, sin distinción entre el inicial y los periódicos. Es decir, al primer informe periódico se le populariza como el segundo informe, y así en sucesivo. En el presente libro, sí realizamos la distinción. De ahí, que se genere un nuevo conteo desde los informes periódicos.

⁵⁶⁷ Este libro fue escrito en el 2011, por tal razón sólo considera información hasta ese año. Vale decir, que al 2012 los informes periódicos a entregarse al UNCRC deberían ser cuatro, pero en vista del incumplimiento del Tercer Informe periódico por los países suramericanos al UNCRC, es posible que el cuarto informe corra la misma suerte.

Ecuador ⁵⁶⁸	1997	2003	2002	2003	2007	2007 ⁵⁶⁹
Paraguay	1997	1998	2002	2008	2007	No entregó
Perú	1997	1998	2002	2004	2007	No entregó
Uruguay ⁵⁷⁰	1997	2006	2002	2006	2007	No entregó
Venezuela ⁵⁷¹	1997	2006	2002	2006	2007	No entregó

Fuente: Redlamyc. <http://www.redlamyc.info/seguimiento-a-la-convencion-de-los-derechos-del-nino/informes-presentados-ante-el-comite-de-los-derechos-del-nino.html>. Elaboración propia: Camilo Bácares-IFEJANT.

1.3.1.3 El sistema de informes está en crisis: incumplimiento numérico y cualitativo de los Estados

Leyendo los recientes datos es una obviedad señalar que existe un incumplimiento considerable de los informes periódicos, o mejor, que el funcionamiento efectivo del sistema de informes es deficiente en los Estados suramericanos. Precisando, solamente Bolivia y Ecuador han entregado los tres informes periódicos a los que se comprometieron a la hora de adherir a la CDN. El resto de países por culpa de la entrega tardía y desfasada de sus informes iniciales al UNCRC (indicando la situación de la infancia que dejó la vigencia de la situación irregular en sus territorios) se encerraron en la indisciplina y la mora con el UNCRC, en relación, a los informes periódicos. Realidad modificable con la voluntad de esos Estados, si acogieran la propuesta del UNCRC de fusionar los informes adeudados en la próxima fecha de entrega de un informe periódico, para así ponerse al día, con la responsabilidad derivada de la ratificación de la CDN y de paso pensar por primera vez cómo se está respondiendo y progresando, o no, a la activación de los derechos de los NNA⁵⁷².

En lo concerniente a esta informalidad suramericana, llama la atención, el caso de Brasil. Advertíamos anteriormente que su atraso fue desacorde con la postulación continuada y estancia de una brasileña en las butacas del UNCRC. Pero termina por ser mayor, con los elogios y mimos que recibió por estos lares, cuando en los albores de la década de los noventa construyó el primer código de NNA afín a la

568 Ante el retraso de Ecuador en su primer informe periódico colindando con la fecha del segundo, el UNCRC le sugirió al Estado ecuatoriano que los fusionara, de ahí que las fechas de la entrega de los dos se crucen en el cuadro.

569 Este informe puede revisarse en: Página Web de la Red Latinoamericana y Caribeña por la Defensa de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. [Revisado 23 de septiembre de 2011]. <http://www.redlamyc.info/seguimiento-a-la-convencion-de-los-derechos-del-nino/informes-presentados-ante-el-comite-de-los-derechos-del-nino/details/4/178.html>

570 Uruguay al igual que Ecuador fusiona el primer y segundo informe periódico en uno solo. Al presentar el primer informe periódico ante el UNCRC en el 2006, le plantea que el mismo, consigna también información que se debió entregar en el segundo informe periódico del 2002.

571 Aunque Venezuela en su informe ni siquiera ofrece una disculpa al UNCRC por el retraso en la entrega en el primer informe periódico y en la falta de aplicación en el segundo, en el susodicho documento, introduce información relativa al período del segundo informe que no entregó, lo que nos hace suponer que actuó como Ecuador y Uruguay.

572 El UNCRC en su 29º período de sesiones en enero de 2002, en el documento UNCRC/C/114: "Recomendación sobre los métodos de trabajo: Presentación excepcional de informes combinados", expresó: "Tomando nota de que muchos Estados Partes aún no han presentado su segundo informe periódico de la Convención [...] Expresando la necesidad de apoyar a los Estados partes en un esfuerzo por garantizar el cumplimiento de los plazos estrictos establecidos por la Convención [...] decide aplicar las siguientes reglas: i) cuando el segundo informe periódico se debe dentro de un año después de el diálogo con el Comité, el Estado Parte se le pedirá que presente ese informe refundido con el tercero. Esta regla también se aplica (mutatis mutandis) cuando una situación similar ocurre con los informes periódicos tercero y cuarto. ii) cuando el segundo informe periódico esté pendiente en el momento del diálogo y el tercer informe se debe 2 años o más después de el diálogo con el Estado Parte, al Estado Parte se le pedirá que presente los informes combinados segundo y tercero en el momento en el que el tercer informe se deba entregar según se indica en los términos de la Convención. Esta regla también se aplica (mutatis mutandis) en los casos en los informes segundo y tercero en el momento del diálogo. [...] El UNCRC [...] Hace hincapié en que estas normas se aplican sólo sobre la base de una medida excepcional adoptada por una sola vez por el Estado Parte en un intento de proporcionar una oportunidad para que respeten la periodicidad de los informes previstos en el Convenio (artículo 44.1)".

protección integral⁵⁷³. De este modo, el Estado brasileño optó por redactar y masificar una legislación de infancia modélica en la región, así como concentrarse en sus posibilidades de darle vida, al tiempo, que perdía de vista las obligaciones contraídas con el UNCRC.

Para la mala suerte del UNCRC, la inmunidad del sistema de informes se ve amenazada por otros machacantes y desobedientes distintos a los Estados suramericanos. El retardo en el reporte de los informes iniciales y periódicos al UNCRC por los Estados de los demás continentes es tan generalizado y tan universal como la propia ratificación de la CDN. De hecho, se estima que para mediados de 1999, únicamente, el 30% de los Estados tenían las cuentas claras con el UNCRC, el 58% debía el informe inicial y un 12% ya anotaba dos informes sin entregar en su deuda con el UNCRC⁵⁷⁴.

Si se buscara un consuelo para explicar la negativa marcha de los informes post-CDN, podríamos acudir a la disquisición más común: el modelo de información adolece de los mismos males en todas las Convenciones del Derecho Internacional que los incluyen como mecanismos de control de derechos. O en otras palabras, el envío de informes es deficiente tanto en el UNCRC como lo es en el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, o en el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁵⁷⁵. No obstante, elegir esa vía nos conduciría a avizorar un problema considerable del UNCRC: a diferencia de los demás Tratados internacionales, el Comité inventado por la CDN, es al que los países, más le han sacado la vuelta y rebajado a lo largo de los años. Y esto recién escrito, no lo planteamos en términos de cantidades, sino de la intensidad del desacato estatal frente a los informes de la CDN. Fijémonos que la aceleración del desacato de los informes al UNCRC en su primera década de vida es superior, en comparación a por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que finalizando 1999 tenía una lista de espera de 140 informes contrapuestos a los 156 del UNCRC⁵⁷⁶.

Por lo tanto, la insuficiencia de los informes a los Comités de la gobernabilidad global, sobrepasan la derivación de denominador común y la cuestión de fondo en el sistema de información al UNCRC, es que a poco menos de un decenio de vida, casi el 50% de los Estados no reportaron la situación de sus infancias y evadieron sus responsabilidades. Transgresión que acarrea, por cierto, un latente peligro para el sistema de informes: el cumplimiento de ese fatalista proverbio popular que reza: “lo que empieza mal, termina mal”.

Sumado a esos inconvenientes de horarios y fechas presentados, los informes que han llegado al UNCRC develaron nuevos problemas: fueron groseramente amplios, desordenados, parciales y autocomplacientes. Sintéticamente, los estudiosos de los primeros informes presentados al UNCRC dan cuenta de la próxima lista de faltas:

573 El gran promotor de aplausos y aclamaciones a Brasil por la redacción del Código de los niños y adolescentes, fue Emilio García Méndez, al considerarlo pionero y superior a los que después le siguieron en el resto de Suramérica.

574 Se calcula que para finales de 1998, “un 79,8% de los Estados con obligación de hacerlo no había presentado su segundo informe periódico dentro del plazo previsto”. Op.cit. CALVO GARCÍA, Manuel. p. 182.

575 “En abril de 1999, el número de informes pendientes superaba la centena en todos los casos llegándose a cifras como la de 388 informes pendientes ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y 132 Estados Partes de los 153 que han ratificado la Convención (86,3%) en situación de incumplimiento de sus obligaciones de informar ó 239 informes pendientes en el caso del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y 129 Estados Partes de los 163 que han ratificado la Convención (79,1%) en situación de incumplimiento de sus obligaciones de informar”. Op.cit. CALVO GARCÍA, Manuel. p. 179.

576 Op.cit. CALVO GARCÍA, Manuel. p. 179.

- Los Estados mencionan sus acciones positivas a nivel discrecional, en “lo que tienen logros y callan ocultan aquello en lo cual no hay avances o sobre lo que no hay políticas ni acciones”⁵⁷⁷.
- En los informes confluyen distintas informaciones sectoriales, pues cada estamento del Estado, “recolecta y procesa la información que considera necesaria, según sus prioridades”⁵⁷⁸. Lo que promueve que se encuentren “inconsistencias de los datos debido a que provenían de distintas fuentes, se refieren a diferentes universos, se miden con métodos disímiles y no se desagregan de acuerdo a un mismo criterio”⁵⁷⁹.
- Sobresale en cada informe la información referida a los derechos a la salud y la educación, ya que, son los que la agenda pública ha trabajado desde la era desarrollista; claro está, según la simpatía, humor y las variaciones temperamentales de las administraciones de turno.
- Los Estados dan cuenta, “principalmente de información sobre los más pobres y sobre los beneficiarios actuales o potenciales de las políticas sociales”⁵⁸⁰.
- La información estadística tiene un lenguaje nacional, a costa de no desagregarse en regiones. Esa precisión permitiría distinguir la calidad de vida de los NNA de norte a sur y de este a oeste en cada Estado Parte de la CDN.
- La información cualitativa y la opinión de los NNA es relativizada al máximo, para no decir, que casi ni existe.
- Los informes son incapaces de decir de una frase: la inversión presupuestal en los derechos de la infancia es tanto.
- Los informes se concentran en contar y narrar las transformaciones legislativas y la formulación de leyes dedicadas a la infancia.

Como remedio a esas vicisitudes, el UNCRC ha intentado ser enérgico y dar una que otra solución. Primeramente, para abordar la extensión descomunal, o a veces, limitada de las providencias estatales, decidió sugerir a los Estados partes redactar informes lacónicos y centrados en las cuestiones fundamentales que hablasen de la aplicación de la CDN sin exceder las 120 páginas⁵⁸¹. En lo relativo, a las fallas tácitas el UNCRC ha insistido en que se cumplan a cabalidad las Orientaciones Generales respecto a la forma y el contenido de los informes iniciales y periódicos que han de presentar los Estados al UNCRC. Eso es todo; no hay noticias nuevas de otras acciones remediadoras de los errores y trabas contenidas en los informes.

Adicionalmente, al turno que los Estados entregan los informes al UNCRC, las institucionalidades autoras tienen que explayarse en consumir una responsabilidad adjunta en el terreno doméstico. Derivada del inciso 6 del artículo 44 que ordena que se hagan públicos y difundan los reportes que se escriben para la gobernabilidad global. Particularmente, porque de no hacerlo pasarían dos cosas muy puntuales: 1) que, esas páginas escritas resultaran un compromiso con ciertos adultos foráneos y no con la infancia nacional de la que es responsable un Estado; 2) que los informes terminen por ser expresiones clandestinas del Estado; muy al estilo de expedientes de

577 DURÁN, Ernesto. Reflexiones sobre el seguimiento a los derechos de niños, niñas y adolescentes. Monitoreo de derechos de la niñez y la adolescencia. Reflexiones sobre lo aprendido. Eds. Ernesto Durán Strauch, Elizabeth Valoyes. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas. Observatorio sobre Infancia. Bogotá. 2010. p. 14.

578 Ibid. p. 14.

579 Ibid. p. 15.

580 Ibid. p. 14.

581 Documento CRC/C/118. 30° período de sesiones en mayo de 2002. En este documento el UNCRC agrega a lo dicho que: “los Estados Partes deben evitar repetir información ya facilitada en informes anteriores presentados al Comité”.

inteligencia, con el rotulo de *top secret*. Algo que pareciera no estar lejos de la realidad, con las nulas publicaciones de los informes creados para el UNCRC⁵⁸², su intangible socialización con la ciudadanía y la falta de respuesta a la infancia organizada cuando exige conocer lo que se va a vocear en el estamento de control de la CDN⁵⁸³.

1.3.1.4 Los informes alternativos de las ONG´s al UNCRC

Desde luego el UNCRC no puede darse el lujo de estudiar la realización progresiva de la CDN, tomando como documento de estudio, a palo seco, la versión estatal de los hechos. A priori, en reconocimiento, del arduo e importantísimo papel que cumplieron las Organizaciones Internacionales No Gubernamentales (OING) en la década de elaboración de la CDN, el UNCRC, permite a organizaciones internacionales, nacionales, regionales y locales de la sociedad civil, en cuerpos de coalición, enviar informes alternativos que hablen de los progresos y dificultades de la CDN en sus países. Documentos requeridos por el UNCRC con el clarísimo propósito de enterarse de otros puntos de vista disímiles a los de los Estados, que permitan dar una imagen completa, experiencial y demandante de la implementación de la CDN⁵⁸⁴. Dichos informes alternativos tienen una reglamentación y un formato expreso para ser enviado al UNCRC⁵⁸⁵, similar al suministrado a los Estados para la presentación de sus informes; antes de ser expuestos a los miembros del UNCRC en una sesión privada.

Vale anotar, que con esta medida complementaria de información el UNCRC aboga por desconfiar de la verdad del Estado sobre la aplicación de la CDN por cuenta suya, y ejerce una postura democrática al acoger la posición de las organizaciones que promueven y vigilan los derechos de los NNA. Sin embargo, con todo y esa apertura el UNCRC carga una enorme contradicción: ser un guardián de la CDN, que a su vez viola el principio a la participación y a la organización de los NNA, al no tener canales y vías que faciliten que infancias agrupadas o asociadas ayuden con informes propuestos y elaborados por ellas, a la labor de la UNCRC.

1.3.1.5 La bisoña voz de los NNA en el UNCRC: la experiencia del MNNATSOP

Muy tímidamente, este hecho alucinó una luz de cambio en el 2006, cuando el MNNATSOP, por gracia del apoyo de los exmiembros del UNCRC, Norberto Liwski y Rosa María Ortiz, participó de una reunión extraoficial con este ente con la presentación de un documento Adenda para la época en que el Estado peruano iba a

582 Sobre el particular; tanto la Argentina como Colombia publicaron sus terceros informes al UNCRC. Véase por ejemplo el del primer país mencionado: Página Web de la Red Latinoamericana y Caribeña por la Defensa de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. [Revisado 23 de septiembre de 2011]. <http://www.redlamyc.info/Informes%20ante%20el%20comite%20DDN%20de%20UN/Informes%20nuevo/Argentina%20sesion%2054.pdf>

583 De esto sabe el MNNATSOP, cuando funcionarios del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES) le negaron enterarse y conocer a sus delegados el contenido del segundo informe periódico que se iba a presentar al UNCRC en el 2004. A pesar de una petición formal, en su momento, el ente rector de la política de infancia en el país negó ese derecho a los NATS organizados del Perú.

584 Sobre la experiencia de los informes alternativos varias organizaciones latinoamericanas encargadas de dirigirlos al UNCRC dejan de manifiesto: "Ha sido un lento pero interesante aprendizaje en torno a la preparación de los reportes alternativos, y en la mayoría de los países relevados para este informe las organizaciones se han asociado en coaliciones que, como mencionamos anteriormente, realizan el monitoreo para medir los avances e informar tal como lo indica el tratado. La presentación de los informes alternativos ha permitido funcionar a las organizaciones con una lógica de colectivo y se han generalizado las coaliciones que monitorean el cumplimiento de la CDN, reforzando una dinámica de trabajo coordinado que fortalece el rol de este tipo de asociaciones de la sociedad civil". PEDERNERA, Luis. Estudio de balance regional sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina y el Caribe. Impacto y retos a 20 años de su aprobación. REDLAMYC. 2009. p. 39.

585 El UNCRC adoptó para la presentación de los informes alternativos, las "Directrices para la participación de los asociados (organizaciones no gubernamentales y expertos a título individual) en el grupo de trabajo previo al período de sesiones del Comité sobre los Derechos del Niño". Documento CRC/C/90, anexo VIII.

sustentar el informe periódico entregado al UNCRC en el 2004. La Adenda fue crítica de los vacíos que el MNNATSOP se imaginaba en el informe oficial del Estado y en los verificados en el informe alternativo elaborado por la coalición de OING reconocida por el UNCRC para esta parte del mundo: el Grupo de Iniciativa Nacional (GIN). Contra todo pronóstico, los delegados nacionales del MNNATSOP en aquél instante, Orlando Macharé y Aladino Valdiviezo viajaron a Ginebra, Suiza, para compartir el punto de vista del MNNATSOP sobre la realidad de la CDN en el país y controvertir esos informes:

“...lo que nosotros fuimos a hacer a Ginebra no fue entregar un informe alternativo, porque necesitaba de toda una estructuración estadística, conceptual, situacional de la infancia y la adolescencia en un plazo estimado. Entonces no elaboramos un informe alternativo, lo que nosotros elaboramos, fueron documentos adendas y documentos complementarios, o de la información que era omitida desde el informe oficial y del informe alternativo del GIN. Un documento adenda, que como su nombre lo dice, era una adición de información del informe alternativo, donde rescatábamos la labor de las organizaciones de niños, también del tema de la ley de mendicidad que fue aprobada, a pesar de las protestas y movilizaciones para que esta ley no fuera aprobada, hablamos por ejemplo de casos específicos de la violación de derechos del niño, como el caso de la Casa Generación, que es una casa de NNA en situación de calle, que en el 2005 fue cerrada por el alcalde de Magdalena con la excusa que esta institución bajaba el valor de los inmuebles de esa zona. Este documento fue enviado por correo electrónico al Comité, y hubo una persona del UNCRC que lo leyó, que en este caso fue Rosa María Ortiz, que nos hace la interlocución con los miembros del UNCRC. Después de esto, en enero de 2006, nosotros recibimos la propuesta de Save the Children Suecia de apoyarnos para presenciar la sesión oficial del Estado, y saber qué iba a decir frente al UNCRC. Entonces el UNCRC nos da la noticia que nos va a recibir antes de la sesión oficial del Estado, para que nosotros podamos comentar un documento de cuestiones sobre el informe alternativo y el estatal”⁵⁸⁶.

El proceso para la construcción de la Adenda que finalizó en el encuentro con el UNCRC, empezó a forjarse en el II Congreso Mundial sobre los Derechos de la Niñez y la Adolescencia acaecido en el 2005 en la ciudad de Lima, por virtud de las preocupaciones, deseos y expectativas que tenían los NNA organizados que participaron activamente de ese evento para informarse y conocer el mecanismo de los informes al UNCRC y su implementación de parte del Estado peruano. Tras las deliberaciones efectuadas por los NNA de la Asociación Nacional de Scouts del Perú, los delegados de Municipios Escolares y los de ATO Colibrí, entre otros, el MNNATSOP:

“recibe la posta de las organizaciones de NNA existentes en el país, para sacar adelante algunas propuestas específicas para saber de qué manera se está informando el tema de la infancia en instancias internacionales. Tuvimos una reunión con miembros del UNCRC, con Norberto Liwski, vicepresidente del UNCRC en ese entonces, que nos explicó cómo era el tema del monitoreo y el seguimiento de los derechos del niño. Nosotros nos dimos cuenta que de alguna manera el Estado peruano ya estaba cerca de entregar su tercer informe. Entonces nos interesaba cómo su informe lo estaba sustentando, y a nosotros nos preocupaba saber qué estaba informando el Estado respecto de la situación de los NNA. Entonces asumimos una responsabilidad que era de qué manera las organizaciones de NNA podíamos llegar a instancias internacionales y decirles que queremos dar nuestro punto de vista”⁵⁸⁷.

586 Versión magnetofónica de la clase: La Convención de los Derechos del Niño. Maestría en Política Social con mención en Promoción de la Infancia. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 2009. Exposición de los exdelegados del MNNATSOP Orlando Macharé y Aladino Valdiviezo sobre su participación en la adenda al UNCRC.

587 Ibid.

Toda esa experimentación posibilitada por la voluntad política de dos suramericanos partícipes del UNCRC, rindió frutos muy interesantes en la dinámica de presentación del informe de Estado al UNCRC, así como avisó de las debilidades de los informes alternativos para servir de contra parte del discurso estatal. Sobra decir, que en cualquiera de los dos, pueden colarse vacíos de datos y evitarse contar situaciones denigrantes de los derechos de los NNA, ya sea para suprimir responsabilidades institucionales, o para favorecer una relación agradable y poco conflictiva entre los entes públicos y las organizaciones de derechos humanos de los NNA. En esa ocasión el MNNASTOP logró mostrarlas y que el pleno del UNCRC se enterara de violaciones a los derechos de los NNA que no habían sido notificadas en ningún documento oficial o privado:

“Estando allá vimos que el Estado informó sobre el plan nacional de acción por la infancia, es decir, sobre lo que pensaba hacer, pero no sobre lo había hecho. Esa fue una primera observación. Nos dimos cuenta que el Estado informaba sobre cuestiones muy jurídicas, se informaba sobre el Código, sobre la ley de mendicidad, y los temas de leyes de imputabilidad. Esa información reduce el espíritu de la CDN a la cuestión más jurídica. En el informe alternativo, y en la presentación del GIN nosotros también detectamos algunas falencias. En su informe se omitía a la infancia de la Amazonía, ni tampoco se hablaba de los NATS. El informe del GIN presentaba también altos niveles de nutrición y escolaridad de la infancia en el país. Entonces nosotros nos dábamos cuenta que en el papel se decía que la infancia estaba totalmente valorizada, que se cumplían todos sus derechos. Entonces efectivamente, nos dimos cuenta que esta información era errática y que no correspondía con la realidad de la infancia como nosotros la estábamos viviendo y sintiendo.

[...] Ya estando en la sesión oficial del Estado, no podíamos opinar, pero como nos habíamos reunido antes con el UNCRC, durante una hora, como un hecho excepcional, único con NNA, donde nosotros preguntábamos sobre los huecos y los vacíos de los informes, por qué se menciona tal cosa y no tal otra. Entonces no fuimos a rendir un informe, lo que nosotros hicimos fue pedirle al Comité que le preguntara al Estado por qué actúa como actúa, justamente porque las preguntas tienen más peso. Pero no como una ONG, ni como el GIN, sino como Niños Trabajadores. Ya luego en la sesión oficial, muchas de nuestras preguntas se incluyeron. El UNCRC le preguntó al Estado por ejemplo por el caso de la Casa Generación, que sus representantes no pudieron responder. Y ahí se demostró que el trabajo de los niños y la intervención de los niños en el Comité es de suma importancia antes y durante de la sesión oficial de presentación del informe por los Estados [...] lo importante es que el movimiento y esta oportunidad que tuvimos para participar del UNCRC, cambió la mentalidad, la perspectiva de incluir estas experiencias adultas. Ahora el UNCRC está tratando de recoger experiencias de organizaciones de NNA en el sistema de los informes”⁵⁸⁸.

Rescatamos, entonces, la experiencia del MNNATSOP en el UNCRC, pues sirve para repensar el modelo de rendición de informes que está inscrito en la CDN. Reelaboraciones difíciles y complicadas de darse, debido a la rotación y salida de los miembros del UNCRC que apoyaron esa iniciativa y de manera muda, por las representaciones sociales sobre infancia que tienen los expertos independientes del UNCRC, que a nivel autobiográfico y profesional pueden permitir ver como normal y adecuado la ausencia, aplazamiento y prescindibilidad del derecho de los NNA y sus organizaciones a participar del sistema de preparación, presentación y examen de informes sobre la vida útil de la CDN. De una forma más clara: que los agentes

588 Ibid.

del UNCRC tengan como marco de acción y deliberación la CDN, no implica, necesariamente, que muchos de ellos hayan superado la representación antiquísima de que el NNA es un sujeto incapaz y reservado al silencio; pensamiento final que podría poner contra la pared a la misma CDN.

1.3.1.6 La evaluación de los informes estatales y alternativos por parte del UNCRC

De cualquier forma, recibidos los informes estatales y alternativos por el UNCRC, se inicia un peritaje de ellos. Una actividad, verdaderamente, “compleja, tanto desde la perspectiva procedimental como sustantiva, pues es un proceso integrado por toda una serie de actividades conducentes a propiciar que el Comité pueda emitir unas observaciones finales en relación a la aplicación de las normas de la Convención por parte de un Estado determinado”⁵⁸⁹.

Así, muy antes de ser emitidas esas observaciones, el examen de los informes se bifurca en dos fases a cargo de idéntico número de órganos: 1) Para empezar, cada informe, inicial o periódico, es revisado completamente por el *Grupo de Trabajo previo al período de sesiones* conformado por todos los miembros de UNCRC, y los representantes de la Unicef y demás organizaciones intergubernamentales requeridas para controvertir o acertar la información compartida por los Estados mediante informes que analicen la aplicación de la CDN en virtud del párrafo a) del artículo 45⁵⁹⁰.

La función básica del *Grupo de Trabajo previo al período de sesiones* consiste en evaluar anticipada y preliminarmente los informes con el fin de sintetizarlos y entregar lo más relevante al UNCRC de cara a su encuentro y discusión con los representantes de los Estados, al igual que ir, oportunamente, considerando las cuestiones que requieren la asistencia técnica de Unicef y el apoyo de la cooperación internacional obedeciendo lo expuesto en el párrafo b) del artículo 45⁵⁹¹.

Producto de las deliberaciones celebradas alrededor de los informes, el *Grupo de Trabajo previo al período de sesiones*, prepara una “*lista de las cuestiones*” más preocupantes o irregulares de los informes, enviadas in so facto por vía diplomática al Estado inspeccionado para que después de un tiempo prudente, anterior, al escrutinio definitivo presente sus respuestas y explicaciones por escrito de la “*lista de las cuestiones*” al UNCRC.

En muchos casos las misivas explicativas a la “*lista de las cuestiones*” son formuladas por las institucionalidades⁵⁹², pero en su gran mayoría se refunden en la nada, o

589 Op.cit. ACOSTA ESTÉVEZ, José. p. 74.

590 El párrafo a) del artículo 45 señala: “Los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de su mandato. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes que considere apropiados a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores que son de incumbencia de sus respectivos mandatos. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas a que presenten informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de sus actividades”.

591 El párrafo b) del artículo 45 señala: “El Comité transmitirá, según estime conveniente, a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes, los informes de los Estados Partes que contengan una solicitud de asesoramiento o de asistencia técnica, o en los que se indique esa necesidad, junto con las observaciones y sugerencias del Comité, si las hubiere, acerca de esas solicitudes o indicaciones”.

592 Por ejemplo, el Estado boliviano respondió por escrito a la “*lista de cuestiones*” formulada por el UNCRC respecto de su tercer informe periódico. Dicha comunicación fue recibida por el UNCRC el 3 de diciembre de 2004. Documento

para ser directos son evadidas por los Estados, que apuestan por improvisar ideas y explicaciones en la segunda fase evaluativa de los informes al UNCRC: la presencial y conversada.

2) Efectivamente, la siguiente etapa de valoración de los informes se consume en sesiones públicas, donde los hombres y mujeres del UNCRC tienen un careo y diálogo, ordenado según las ratificaciones de la CDN y el arribo de los informes, con los representantes de cinco Estados, en promedio, en cada encuentro. Las sesiones públicas tienen ocurrencia tres veces al año⁵⁹³, y al 7 de octubre de 2011 el UNCRC ha realizado cincuenta y ocho sesiones; ésta última con la participación de Islandia, Italia, Panamá, República de Corea, Seychelles y la República Árabe de Siria⁵⁹⁴.

Para que el UNCRC se encuentre, anualmente, con quince delegaciones de los Estados dispuestas a ser interrogadas y a charlar de los pros y contras de sus informes, el "Comité, a través del Secretario General, notificará lo antes posible a los Estados la fecha de apertura, la duración y el lugar de celebración del período de sesiones en que se vayan a examinar sus informes"⁵⁹⁵.

Por lo general, una vez avisados los Estados, el UNCRC les solicita que las representaciones escogidas, tengan un peso político en la adopción de estrategias y políticas públicas conducentes a la afirmación de los derechos de la CDN; es decir, que se eviten delegar embajadores de poco rango ministerial o funcionarios sin contundencia e incidencia en la administración del Estado a encontrarse con el UNCRC para evaluar los progresos realizados, las resistencias y los objetivos a futuro que se necesitan para concretar la CDN⁵⁹⁶.

Ya desarrollada la sesión pública y finalizada la interlocución con los Estados⁵⁹⁷, el UNCRC en una sesión privada se encierra a escribir las observaciones finales que le provoca el informe estatal tras cotejar su información con la ofrecida por los informes alternativos. Observaciones, equiparables, a un veredicto o a una valoración final sobre los esfuerzos del Estado en la validación de la CDN: lo positivo que le aplaude, lo negativo que tiene que eliminar y todo lo que debería hacer para mejorar su desempeño como garante de derechos de los NNA a manera de recomendaciones.

1.3.2 El UNCRC: un órgano sin capacidad de coacción y sanción a los Estados

De todas estas circunstancias relatadas y con la síntesis del proceso de examen, las observaciones generales expuestas por el UNCRC, se vislumbra una percepción y un sinsabor: la fortaleza y capacidad coercitiva de este organismo en lo relativo al control de los Estados para la aplicación de la CDN queda en tela de juicio. O en términos distintos, el UNCRC como un estamento de control internacional de los

CRC/C/RESP/73.

593 Entre enero, mayo-junio y septiembre de cada año.

594 Quien quiera revisar de cerca las fechas precisas y los cinco Estados que son evaluados por el UNCRC en cada sesión pública puede revisar la dirección oficial del UNCRC: Página Web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. "Committee on the Rights of the Child -Sessions". [Revisado 20 de septiembre de 2011]. <http://www2.uncrc.org/english/bodies/crc/sessions.htm>

595 Op.cit. ACOSTA ESTÉVEZ, José. p. 77.

596 Op.cit. ACOSTA ESTÉVEZ, José. p. 77.

597 El protocolo de la sesión pública de examen de los informes iniciales, o periódicos es la siguiente: 1) Presentación del informe; 2) Respuesta del Estado a la lista de cuestiones entregadas; 3) Nuevas preguntas del UNCRC ante las respuestas otorgadas por los Estados a la lista de cuestiones; 4) análisis de las consecuencias a las reservas y la invitación a retirarlas; 5) el UNCRC resume sus observaciones sobre el informe y formula sugerencias; 6) el Estado tiene derecho a realizar una declaración final. Op.cit. ACOSTA ESTÉVEZ, José. p. 79.

Estados, capaz de hacerles cumplir con las disposiciones y derechos contenidos en la CDN es débil y fragilísimo.

Su hipótesis de coerción a los Estados, resumida en la presentación de los informes, su exposición pública a través del examen y el retorno de una guía, u observaciones para proceder a favor de los derechos de los NNA con un título de recomendaciones, parece ser viable a la burla por las institucionalidades adscritas a las CDN. Lo que haría evidente que los artículos 43 y 44 son limitantes endógenos de este instrumento internacional, o portadores de un diseño de coercibilidad nulo por cómo se diseñó y el desempeño que se le encargó en la CDN.

Pero, ¿por qué decimos esto, más allá, del déficit de informes que tienen los Estados con el UNCRC y las verdades a medias que contienen?

La respuesta, la tenemos delante de los ojos: por la incapacidad de sanción, de castigo, de punibilidad a los Estados y a sus responsables políticos. Y es que las recomendaciones que surgen del examen de los informes estatales y del contraste con los datos alternativos, en honor al significado de esa palabra, no pasan de cumplir esa función: la de sugerir que se haga, o que se quite. Con esta evidencia, queda claro, que el UNCRC está incapacitado para:

1.3.2.1 Obligar a los Estados a que faciliten un sistema de información a tiempo y verídico: Los datos que elaboramos sobre las fechas estimadas y las ejercidas para entregar los informes al UNCRC, por lo menos, en la región suramericana, hablan por sí solos: allá, en la gobernabilidad global están enterados por períodos limitados y no sucesivos de tiempo de cómo está funcionando la CDN en estos países por la carencia de informes elaborados.

A los gobiernos de turno les importa poco consumir la obligación contraída con el UNCRC y respiran con tranquilidad ante la imposibilidad de una sanción, ya que, lo único que puede hacer el UNCRC ante la no presentación de los informes iniciales o periódicos es hacerles llegar a cada Estado un recordatorio, a través del Secretario General de Naciones Unidas, para que se pongan al día. En el “supuesto de que el Estado persista en la no aportación del informe, incumpliendo la obligación de control [...el Comité...] examinará la situación del país basándose -a falta del informe- únicamente en la información disponible”⁵⁹⁸.

Una acción final del UNCRC que tiene como destino dar círculos viciosos, pues, las recomendaciones nacidas de ese examen extraoficial tienen mínimas posibilidades de ser acatadas por los mismos Estados que con anterioridad e irresponsabilidad se ausentaron de enviar los informes al UNCRC. Así, el estamento de control de la CDN no puede obligar a los Estados a entregar los informes, ni a que en ellos la información corresponda a los estándares establecidos; estando la posibilidad a informaciones discrecionales e incompletas siempre abierta.

1.3.2.2 Obligar a los Estados a estar de cuerpo presente en las sesiones públicas de examen de los informes: Contrariamente, al caso de los Estados

598 Op.cit. ACOSTA ESTÉVEZ, José. p. 92.

que no se dignan a enviar los informes al UNCRC, muchos otros sí lo hacen en razón de ponerse al día con lo que entienden como una formalidad escrita, puesto que, simplemente acuden al correo diplomático, sin asistir luego a la sesión pública de examen.

Un ejemplo histórico de este fenómeno lo dio el Estado de Maldivas que en el 17° Período de Sesiones del UNCRC tenía que hacerse presente con sus representantes para examinar la información suministrada y recibir más tarde las recomendaciones respectivas. Ningún maldivo llegó al recinto del UNCRC y esa evaluación tuvo que aplazarse hasta el próximo período de sesiones.

Previendo estas situaciones, el UNCRC, estableció que cuando “un Estado invitado no asista a las sesiones del Comité, éste podrá ejercer su derecho a examinar el informe a pesar de la ausencia de representantes estatales”⁵⁹⁹. O sea, que generará una serie de inquietudes y de recomendaciones que a ciencia cierta no tendrá con quién debatir ni aspirar a que se cumplan, cuando, la inasistencia estatal a una cita de esta envergadura es un signo de desprecio y desinterés por lo que tenga que opinar el UNCRC.

De manera que, el examen a distancia y sin el Estado en cuestión, es una clarísima muestra de que tampoco, el UNCRC, tiene la capacidad de multar y condenar a los Estados por faltar a las sesiones públicas de examen de los informes, espacio vital, para la generación de un compromiso que conlleve a que se apliquen las susodichas recomendaciones.

1.3.2.3 Obligar a los Estados a activar derechos de provisión para salvar vidas y sacar a los NNA de la pobreza: Los denominados derechos de provisión, o derechos sociales, económicos y culturales, o derechos positivos de manera sobresaliente son los más damnificados tras la emisión de las recomendaciones por el UNCRC y los que dejan peor parado a este órgano como una esfera de control leve de la CDN.

Justamente, por la exigencia en inversión e infraestructura que tiene esta generación de derechos, en comparación a los civiles y políticos, que requieren un declive del autoritarismo del Estado, es decir, que deje de seguir una conducta antidemocrática: matar ciudadanos, encarcelar sin la existencia de un delito, desaparecer personas, censurar opiniones, etc.

Por supuesto, con esto no queremos caer en el simplismo, de sugerir que los derechos negativos son más sencillos de ser acatados por los Estados a raíz de la vigilancia y control del UNCRC. Basta averiguar cómo y con qué profundidad han participado los NNA en la mayoría de políticas y leyes de su incumbencia en Suramérica para darnos la razón.

Pero en efectos prácticos, que el UNCRC no logre obligar o sancionar a los Estados a desarrollar los derechos de provisión tiene consecuencias mortales, con los cientos de miles de NNA que todavía mueren de inanición y hambre en el continente, o favorables a que las generaciones que van naciendo en la

599 “Esta medida, según el Comité, se considera necesaria para que pueda cumplir su mandato y hacer pronta y eficazmente a su misión de supervisar la aplicación de la Convención”. Op.cit. ACOSTA ESTÉVEZ, José. p. 77.

pobreza sigan encerrados en ella por falta de educación, salud y el goce de los demás servicios básicos.

En muchas recomendaciones del UNCRC este tema ha salido a relucir con la invitación a los Estados a dar efectividad a este tipo de derechos. Por ejemplo, en la respuesta del UNCRC al segundo informe periódico del Perú le dice en el punto *"20. El Comité recomienda al Estado Parte que, de conformidad con el artículo 4 de la Convención, aumente las asignaciones presupuestarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención y les dé prioridad a fin de garantizar el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños, en particular aquellos que pertenecen a grupos económicamente desfavorecidos, como los niños indígenas"*⁶⁰⁰; o en el punto *"59. El Comité recomienda al Estado Parte que emprenda todas las medidas posibles, en particular la provisión de recursos adicionales y mejor gestionados, para reducir la pobreza y asegurar el acceso universal a los bienes y servicios básicos, como el agua potable pura, en especial en las zonas remotas y rurales"*⁶⁰¹.

Pese a ello, la recepción estatal a las propuestas en derechos sociales, económicos y culturales del UNCRC siguen siendo minimizadas, o desarrolladas desordenadamente, o pasito a pasito, o en detrimento de otros gastos como ocurre en plano militar en Colombia

1.3.2.4 Obligar a los Estados a derogar leyes anti CDN: Dijimos en las conclusiones del capítulo pasado, que la CDN es la base mínima de legalidad para el desarrollo de los derechos de los NNA. Ir en su contra y en la de sus documentos complementarios es una falta, o un proceder ilegal.

Acciones como estas, después de las reformas legislativas producidas en la región latinoamericana y en las primeras políticas públicas basadas en la CDN, se fueron colando, producto de expresiones discrecionales, subjetivas y enteramente personales, interesadas en salvaguardar los derechos de los NNA. Esto es, a partir de lo que creen las buenas conciencias de los legisladores y funcionarios públicos sobre los derechos de los NNA sin jamás remitirse al núcleo de los mismos: la CDN.

Resumiendo: un derecho determinado consensado a nivel internacional, como por ejemplo, la supervivencia (art.6), o la protección contra la explotación laboral (art.32), o la separación de los adultos del sistema penitenciario ante graves infracciones a la ley penal (art.37), corre el peligro de ser definido íntima y paternalmente por oficinistas y funcionarios legislativos para ser protegidos. Terminando por protegerse no el derecho en sí, sino la suposición de lo qué es y de cómo debe ser validado.

Esto ha sucedido mucho en Latinoamérica y el UNCRC a través de sus recomendaciones ha sido capaz de descubrirlo y ponerlo en evidencia, al igual, que viene siendo enfático en exigir la derogación de leyes que van en contra del espíritu de la CDN y de los derechos que promulga.

600 Documento CRC/C/PER/CO/3, 14 de marzo de 2006.

601 Ibid.

Tomemos como referencia de lo dicho, la recomendación que el UNCRC le dicta al Perú pasado el examen de su segundo informe periódico sobre la Ley de Mendicidad, Decreto Legislativo N° 28190, que flagrantemente viola la CDN, al anular el derecho a la supervivencia de los NNA, por no ser consultada con los NNA destinatarios de la ley y además por promover un retorno a la situación irregular con el encierro e institucionalización de NNA que no contravienen la ley penal; estigmatizados simple y llanamente por su condición de pobreza. El pronunciamiento del UNCRC que mencionamos es el siguiente:

7. El Comité observa que sigue habiendo discrepancias entre algunas leyes internas y la Convención. En particular, expresa preocupación por las disposiciones del Código de los Niños y Adolescentes que se refieren a las “pandillas perniciosas” (Ley sobre pandillaje pernicioso, Decreto Legislativo N° 899), donde se establece que los menores de 18 años en conflicto con la ley podrán ser privados de libertad por un período de hasta seis años, y por la llamada “Ley de mendicidad” (N° 28190).

8. El Comité recomienda al Estado Parte que redoble sus esfuerzos para garantizar la plena armonización del derecho interno con la Convención, y que considere la posibilidad de derogar la “Ley de mendicidad” y el artículo del Código de los Niños que se refiere al “pandillaje pernicioso”.

Así y todo con esta recomendación tan precisa, el Estado peruano no ha derogado la Ley de Mendicidad, permitiendo que se afiance más en el sentido común de la gente y ese proceso ordenado por quién depura la legalidad de la CDN, el UNCRC, tenga mayores complicaciones a futuro.

No cabe duda, con esta cita de indisciplina jurídica de la institucionalidad peruana que el UNCRC está incapacitado y atado de manos para sancionar a los Estados por “leyes y políticas ilegales”, o de obligarlos a cambiar su staff legislativo y administrativo, si es que sus leyes y políticas públicas, llegasen a ir en contra de los derechos de los NNA.

1.4 La posición hermenéutica: ¿una posibilidad de corregir las falencias de control del UNCRC?

Bien parece, después de este gran recuento analítico del funcionamiento del UNCRC, que la posición de esa primera vertiente que al inicio del capítulo nombramos pesimista es exacta y que la sugerida por Unicef es una gran patraña. Primordialmente, porque “el envío de los informes por los Estados no constituye en sí mismo un mecanismo de control, pues solamente a partir del momento en que los informes son efectivamente examinados y se evalúa la conformidad con las obligaciones internacionales se puede verdaderamente hablar de control”⁶⁰². Aunque, cabe inferir, que incluso con la presentación a tiempo de los informes y la realización del examen público, el control es relativo, puesto que la esencia del control de un Comité de Derecho Internacional, como también la del UNCRC, únicamente, podría verificarse en el acatamiento estatal

602 Op.cit. ACOSTA ESTÉVEZ, José. p. 73.

de sus mandatos; de modo que, sin sumisión ni obediencia a las recomendaciones del UNCRC su unción de estamento de control de los derechos es remota.

Aún así, conviene advertir que la verdad que promueve la postura pesimista del UNCRC es limitada y se atasca en lo formal y en lo evidente: en el suceso de las recomendaciones irrespetadas. Que quede claro, su propuesta: es cierta, válida e importante por derrumbar el discurso insípido de Unicef, falseador de la realidad, cuando brama con orgullo que el UNCRC cumple una magnífica labor de control por medio del análisis de los informes y la comunicación de sus sugerencias. Pero es demasiado parcial a la hora de juzgar que la CDN es un documento sin un contexto de control; a saber, que deambula a su suerte como un conjunto de palabras con mínimas probabilidades de pasar a ser acciones del Estado.

¿A costa de qué señalamos esto? De su concentración en estudiar las falencias procedimentales del UNCRC y la ausencia de sanción que tiene ante los Estados que violan la CDN. Al hacer, únicamente eso, la postura pesimista y crítica de la vivencia de los derechos de los NNA por gracia del UNCRC, cayó en un atolladero, que anuló la perspicacia política de reconocer que la creación de este estamento trajo consigo cosas verdaderamente positivas, al igual, que favoreció la trampa de que sin el UNCRC estamos perdidos; reafirmando la idea de que los NNA y los adultos que se preocupan por sus derechos dependen de la benevolencia y aparición de fuerzas jurídicas externas.

Una razón más que válida para legitimar la entrada de la vertiente hermenéutica, que enunciamos en las primeras páginas de este capítulo, con el fin de darnos cuenta tanto de los elementos positivos que ha parido el UNCRC, necesarios, para la exigibilidad política de los derechos, como de la existencia de un mecanismo de control derivado de la CDN que puede, ciertamente, derogar cualquier ley incorrecta, que en un afán de proteger, termine por violar los derechos de los NNA.

La hermenéutica, de este modo, se propone interpretar ampliamente el fenómeno del control de la CDN para recapacitar las recomendaciones como una plataforma o fuente básica de la incidencia política de los derechos de los NNA. Y asimismo, reflexionar los efectos de la ratificación de la CDN por un Estado, esperanzados, en encontrar pistas que ayuden a elaborar mecanismos de control diferentes al UNCRC.

1.4.1 Elementos desapercibidos y desaprovechados del UNCRC útiles para la exigibilidad y el control político de los derechos de los NNA

Empecemos, entonces, por enumerar lo bueno y significativo que produce el CRC, que mínimamente se conoce, explora, presiona y se utiliza como instrumentos de exigibilidad política a la hora de impulsar políticas públicas y programas gubernamentales, o reformas a leyes e instituciones del Estado:

1.4.1.1 Los informes de los Estados generan datos oficiales útiles para la exigibilidad política: Con tanta crítica y falencia develada del funcionamiento del sistema de informes, está a la orden del día, la idea que su contenido y los informes son una tontería. Que sería una ridiculez leerlos, estudiarlos y utilizar sus datos. Sin embargo, afirmar esa suposición sí que sería una puerilidad. Principalmente, porque los informes tienen *datos oficiales*; o sea, son las

verdades de propia boca y pluma del Estado resultado de un autoexamen profundo, o moderado de su relación con la CDN.

Sin caer en postulaciones excesivas, es evidente, que en la mayoría de los informes que tiene el UNCRC en su poder, los datos no son ciento por ciento fiables, tienen variaciones sospechosas y adolecen de una uniformidad de fuentes. Pero a ciencia cierta, sirven para la exigibilidad política, ya que es lo que el Estado declara sobre su desempeño al validar la CDN.

Diciendo esto, nuestra intención no es plantear que las estadísticas particulares y privadas sean inservibles para sacar a la luz la irresponsabilidad estatal con los NNA. Pero hay que ser conscientes que una de las grandes debilidades de las organizaciones de la sociedad civil que vigilan y promocionan los derechos de los NNA es su falta de datos generales sobre los mismos. O se cuenta, con diagnósticos locales y regionales de ciertas infancias, o no se tiene nada.

En cambio, utilizando los datos oficiales, es más sencillo hacer notar en el proceso de exigibilidad los errores, las contradicciones, las mentiras y las ilegalidades que pudieran haber cometido los Estados al violentar los derechos de los NNA.

Desecharlos simplemente por las dificultades que tienen insertas es irse por el camino de las manos vacías. Los informes y sus *datos* oficiales hay que leerlos y valorarlos para lograr presionar ante las resistencias que les ponga cualquier gobierno de estación. En ellos están las mejores evidencias para demostrar en un lenguaje duro y numerario las incapacidades y las omisiones hacia la infancia y la adolescencia.

Pongamos un ejemplo, para comprender la trascendencia de tener un dato oficial depositado en los informes al UNCRC y la utilidad que le podríamos dar para actuar en favor de la exigibilidad de los derechos de los NNA: en Colombia, aproximadamente entre el 2003 y el 2008, el gobierno de Álvaro Uribe Vélez pactó una desmovilización masiva con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). Esta iniciativa, se posibilitó con la promulgación de la Ley 975 de 2005, mejor conocida, como la Ley de Justicia y Paz, que ponía varias condiciones para el inicio de ese proceso, entre las que sobresalía la entrega de todos los menores de edad que tenían en la tropa armada. En ese período de tiempo, se desmovilizaron, algo así, como 31.760 paramilitares, número global, que escondió a 391 NNA⁶⁰³.

Una cifra bastante alejada de las estimaciones que en el año 2000, el propio Estado colombiano había comunicado al UNCRC, cuando, le informó que: "Tristemente, entre un 15 y 20% de los miembros de la guerrilla y de los grupos de autodefensa son niños"⁶⁰⁴. Lo que nos lleva por simple sentido común, a darnos cuenta, que primero, la mayoría de la infancia paramilitar no fue entregada al Comisionado de Paz encargado de monitorear el proceso de

603 Fuente-Fiscalía General de la Nación-Unidad de Justicia y Paz. Véase Diario El Tiempo. "Así escondieron los "paras" a los niños de la guerra". Julio 13 de 2008.

604 MARIÑO, Cielo. Niñez víctima del conflicto armado: consideraciones sobre las políticas de desvinculación. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005. p. 67.

desmovilización⁶⁰⁵; segundo, que el mismo sujeto apadrinó y dio luz verde a la desmovilización a pesar de su ilegalidad al violar uno de sus condicionamientos; tercero, no tuvo la más mínima decencia y conciencia sobre el paradero de los “desaparecidos” en mención, que tuvieron unas rutas y unos mecanismos impuestos por el actor armado para desmovilizarse irregularmente y hacerlos esfumarse del panorama jurídico y político en ese momento para evadir ser juzgados a nivel internacional como criminales de guerra.

Tomando como base esa propia verdad de Estado, se hace completamente irrefutable que el fenómeno de la desmovilización paramilitar tuvo un acento fundacional ilegal, al pasar por encima, de los derechos de los NNA combatientes del paramilitarismo.

Un contraste que sería muy difícil hacer y poner a discutir con validez sin el mecanismo de informes al UNCRC; de su contenido se desprende la posibilidad de hacer notar esa ilegalidad y exigir justicia.

1.4.1.2 Los informes nos dan un diagnóstico base para postular un escenario futuro de la infancia a nivel nacional y regional: Los informes de derechos humanos no solamente sirven para revisar cómo se ha estado aplicando un instrumento de derecho internacional; también “cumplen otra función: sugerir los peligros políticos que amenazan un régimen social. Peligros políticos, es decir, relacionados con la estructura de poder de un país”⁶⁰⁶. O en una frase: el futuro de los derechos y la legitimidad del Estado.

Así, los informes y los datos, programas y leyes dedicadas a los NNA que contienen, tienen la virtud de servir de puente para avizorar los escenarios más peligros para los derechos de los NNA y de la sociedad en su conjunto.

Una tarea siempre urgente, pues, sin una proyección de un fenómeno es bien dificultoso tomar una decisión política, o saber dónde se está parado. De tal modo, los informes pueden servir para que seamos capaces, sin repetir como loros lo que ya dicen, imaginar u ordenar una tendencia de descenso u ascenso de un derecho; o plantear la aparición y características de los factores políticos, económicos, culturales y sociales que los aplazan con frecuencia.

Es desde esos diagnósticos que la exigibilidad puede ir acompañada de ideas solucionadoras. De hecho, es tan clave, utilizar los informes para este propósito, que de manera contraria y con otros fines, las multinacionales leen los informes de derechos humanos antes de decidir si invierten, o no, en un país determinado⁶⁰⁷. Ante esa cruda verdad: ¿Cómo es posible que los

605 Como las paradojas son parte de la vida política; el Comisionado cuestionado por esa desmovilización ilegal, es nada más y nada menos que Luis Carlos Restrepo, el otrora psiquiatra promotor de los derechos de la infancia. Muy famoso en particular por su obra: *El derecho a la ternura*. Arango Editores. Bogotá, Colombia. 1994.

606 MOLANO, Alfredo. El informe. Artículo de opinión. *Diario EL Espectador*. 27 de febrero de 2011.

607 *Ibid.* “Más claro, las empresas multinacionales toman muy en cuenta esos informes como síntomas que condicionan el carácter de sus inversiones. Para las inversiones de los llamados capitales golondrina, la violación de los DD. HH. para mantener un gobierno puede ser un aliciente porque son movimientos de capital especulativo muy rápidos y sin ningún compromiso. En general son producto de arreglos personales entre los altos mandatarios de un país y los altos funcionarios de una multinacional. La violación de los DD. HH. se hace pasar como control de los factores perturbadores del orden. O sea: de las condiciones de relativa estabilidad política que hacen posible las altas tasas de ganancia basadas en la explotación, la corrupción, el chantaje y los sobornos. Por esa razón aprecian los informes de la ONU y de muchas ONG, porque los leen al revés. Donde se dice violación, leen provecho y favorabilidad; donde dice represión, leen garantías inversionistas, cohesión social, orden institucional, seguridad democrática. El factor

informes sirvan para el enriquecimiento de unos pocos y no para anunciar el debacle social que tenemos con los NNA? ¿No deberían ser los informes del UNCRC un insumo fundamental para las medidas políticas que eviten catástrofes para los derechos de la infancia?

1.4.1.3 Las recomendaciones del UNCRC dan una guía para hacer ante la falta de imaginación política: La inoperancia intelectual de los funcionarios adscritos a los estamentos del Estado encargados de producir la política pública de la infancia, con la devolución del UNCRC a los informes de los Estados partes de la CDN, tendría que empezar a desactivarse.

En ese sentido, las recomendaciones juegan un papel crucial para el desarrollo de la política pública, las instituciones misionadas de producirlas y como faro para forjar ciertas leyes que les den vía libre. En esto, las recomendaciones han sido generosas. Por ejemplo, en las que el UNCRC le hace al Estado Peruano a razón de su último informe entregado, en el punto 47 salta a la vista el tema de la salud:

“47. El Comité recomienda al Estado Parte:

- a) Que garantice la atención y los servicios de salud básicos a todos los niños del país y aborde de manera urgente el problema de la malnutrición, prestando especial consideración a las zonas rurales y remotas;*
- b) Que redoble sus esfuerzos para hacer frente con urgencia a la mortalidad en los primeros años de vida, la mortalidad materna y la mortalidad infantil en todo el país;*
- c) Que amplíe el Servicio Integral de Salud destinado a las familias que viven en la pobreza y la extrema pobreza;*
- d) Que preste especial atención al problema de las comunidades indígenas afectadas por la epidemia de hepatitis B, en particular garantizando con carácter urgente la inmunización de los recién nacidos”.*

Con esta recomendación, lo lógico, es que se le simplificara la vida a los empleados del establecimiento público encomendado de velar por los derechos sociales de los NNA: no tendrían que matarse pensando qué hacer, cuando lo prioritario se lo dicta el UNCRC. Ni las altas cabezas de los ministerios deberían crear políticas para la infancia en el sector salud, en temas, de menor importancia a los indicados por el UNCRC.

Lógicamente, que el UNCRC aporte una guía para hacer no implica una traducción pacífica e inmediata de sus observaciones a la vida diaria de la infancia. Menos aún, después de establecer hace varias páginas que el UNCRC estaba limitado para obligar a los Estados a activar los derechos de provisión.

No obstante, su pronunciamiento en breves tópicos de acción política, administrativa y legislativa en ocasiones ha sido asumido por los Estados sin ningún problema. Por lo tanto, que el UNCRC sea incapaz de mandar a los Estados a producir políticas validadoras de los derechos, no significa

que produce esa condición óptima para dichos inversionistas son las Fuerzas Armadas, apoyadas por el juego de medios de comunicación, partidos políticos y, claro está, las elites. O algunas elites, las que piensan al contado. Hay otros intereses económicos y sociales que leen al derecho y entienden que la violación de los DD. HH., la represión, el asesinato, la desaparición, los falsos positivos, las torturas son síntomas peligrosos que encubren un volcán que, de estallar, podría arrastrar con todo: inversiones, acumulados, poderes establecidos, constituciones, leyes, autoridades”.

en absoluto que algunas institucionalidades no tengan voluntad política para acogerlas sin ningún tipo de conflicto.

Conozcamos dos casos del acatamiento voluntario a lo sugerido por el UNCRC para reflexionar la ruta que traen los informes para el accionar del Estado: en primer lugar, en Chile, respecto a la materia del castigo corporal en los espacios privados, el UNCRC señaló en las recomendaciones al segundo informe periódico de ese país, que “la redacción reformada del artículo 234 del Código Civil seguía siendo ambigua, y parecía autorizar formas de castigo físico. Por tanto, recomendó enmendarlo. Esto se hizo, efectivamente, y se agregó hace un año un párrafo que señala que la facultad de corrección excluye todo maltrato físico o psicológico”⁶⁰⁸.

De igual modo, al norte, en el vecino Perú, con sustento en la recomendación número 18 del UNCRC a su segundo informe periódico, el Estado peruano creó en la Defensoría del Pueblo una Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia encargada de vigilar la aplicación de la CDN a nivel nacional y de atender las denuncias de los NNA cuando sientan que sus derechos fueron violados⁶⁰⁹.

En estos dos asuntos hubo una incidencia del UNCRC y de las recomendaciones que considera necesarias para proteger los derechos. Lo que quiere decir, que sin la propuesta del UNCRC esas acciones nunca se habrían dado; y la ley chilena continuaría autorizando a golpear a los NNA y en el Perú los NNA carecerían de un organismo dentro del propio Estado que hiciera contrapeso a las acciones del ejecutivo y el legislativo opuestas al mandato de la CDN.

Es así, como podemos afirmar que de la imaginación del UNCRC puede derivarse, por un lado, una guía para hacer reformas políticas, legislativas y administrativas que puede llenar el fallo de conocimiento y de interpretación de la CDN en los funcionarios estatales. Guía que por cierto, si no fuera acertada con beneplácito o sin resistencia por el Estado como habitualmente sucede, serviría a las organizaciones para luchar por una agenda pública por los derechos de los NNA.

1.4.1.4 Las Observaciones Generales del UNCRC complementan la hermenéutica de la CDN y pueden aportar a una reestructuración del Estado en pro del bienestar de la infancia: El UNCRC aparte de tratar de controlar la aplicación de la CDN en los Estados partes por medio del sistema de informes y las consabidas recomendaciones, tiene también, según dicta el artículo 45 inciso d) de la CDN⁶¹⁰, la facultad de producir Observaciones o Comentarios Generales sobre las temáticas y fenómenos que considera cruciales para la interpretación, promoción y protección de los derechos de los NNA.

608 Op.cit. PEDERNERA, Luís. p. 137.

609 La recomendación dice lo siguiente: “18. El Comité recomienda al Estado Parte que prevea la creación de una defensoría del pueblo para la infancia a nivel nacional, con funciones de coordinación, y dotada de recursos humanos y financieros adecuados. El Comité recomienda además que la Defensoría del Pueblo tenga el mandato de atender las denuncias de los niños con prontitud y teniendo en cuenta las necesidades de éstos. A este respecto, el Comité señala su Observación general N° 2 sobre las instituciones nacionales de derechos humanos (2002) y los Principios de París (resolución 48/134 de la Asamblea General, anexo)”.

610 Ese artículo reza de la siguiente forma: “Artículo 45. d) El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes”.

Desde el 2001 el UNCRC ha manifestado su opinión en 13 Observaciones o Comentarios Generales; exactamente en los siguientes:

CUADRO 9. Observaciones generales realizadas por el UNCRC a la fecha.

N°	Tema de la Observación General	Año de promulgación
1	Propósitos de la educación	2001
2	El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos	2002
3	El VIH/SIDA y los derechos del niño	2003
4	La salud de los adolescentes	2003
5	Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño	2003
6	Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen	2005
7	Realización de los derechos del niño en la primera infancia	2005
8	El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes	2006
9	Los derechos de los niños con discapacidad	2006
10	Los derechos del niño en la justicia de menores	2007
11	Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención	2009
12	El derecho del niño a ser escuchado	2009
13	Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia	2011

Fuente: Las Observaciones o Comentarios Generales están disponibles en el sitio web del Comité de los Derechos del Niño. www2.uncrc.org/english/bodies/crc/comments.htm Elaboración propia: Camilo Bácares-IFEJANT.

¿Y a todas estas, para qué citamos y hablamos de estos documentos? Sin necesidad de explayarnos, por su potencialidad para corregir cualquier asomo de interpretación errónea de la CDN. Digamos que la creación de estas opiniones generales del UNCRC, acerca de lo que ha percatado como lo más difícil de aterrizar en los Estados partes, ayudan a que el Estado y la sociedad receptoras de la responsabilidad de los derechos de los NNA, no salgan a estas alturas del partido, con excusas como: “es que no entendía bien el artículo guardián de cierto derecho”; o, “es tan complicado pensarlo en el sistema de salud, o de educación, o de justicia”.

Indudablemente, con las Observaciones Generales del UNCRC, como con las recomendaciones que formula en respuesta a los informes estatales, los cambios a favor de la protección integral de la infancia no van a ser automáticos. Pese a esto, su existencia sirve, y mucho para mejorar, por ejemplo, la hermenéutica jurídica en una decisión judicial para que la voz del NNA como víctima de un agresor no sea callada, luego de ser tomada en el mismo recinto que habita el victimario, o la del NNA infractor sea anulada por la

suposición de que es un delincuente. Si esto llegase a ocurrir en una instancia superior que revisase el fallo, se podría revocar esa decisión por incumplir lo que el UCNRC establece en la *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*; dado que, en el ámbito jurídico las Observaciones Generales gozan de prestigio, al ser reconocidas, como producciones del derecho internacional.

En términos diferentes y más gruesos las Observaciones o Recomendaciones Generales pueden llegar a tener un tinte de incidencia en la estructura del Estado, al facilitarle la interpretación de un derecho que derive en ciertos mecanismos institucionales que lo proteja. Sin tiempo para lograr analizar las posibles, o no, concreciones de otras Observaciones Generales en el Estado, podemos, entrar a estudiar rápidamente la que ha suscitado en Suramérica la *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*: la institucionalización de la participación.

Aunque coinciden en tiempos, la emisión oficial de esa Observación General y el XX Congreso Panamericano del Niño que vimos en el punto referido al principio de la participación, evento político del que emerge el compromiso de que en las Américas se crearan Consejos Consultivos de NNA en las administraciones nacionales y locales, confiamos en señalar que sin ese documento, difícilmente, se habría avizorado esa forma de acoger la participación de los NNA en el diseño y análisis de las políticas públicas de una nación, un distrito, o una localidad.

Esencialmente, a causa que el borrador de la *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, ya se había empezado a vocear públicamente por el UNCRC como una guía para aplicar el derecho a la participación desde principios del 2009. En su interior se lee en negrilla que se “deben introducir mecanismos para institucionalizar la participación del niño en todos los niveles de la toma de decisiones relevantes del gobierno, incluyendo reformas legislativas, creación de políticas, planificación, recolección de datos y colocación de recursos”⁶¹¹.

Esta sugerencia del UNCRC en el lenguaje de una Observación General, sumada, a experiencias de la misma índole que ya se venían presentando en países como Finlandia, dieron el impulso necesario, para que se concretara el compromiso de ir fomentando los Consejos Consultivos en el XX Congreso Panamericano del Niño⁶¹².

611 Op.cit. Borrador del Comentario General N° 12. p. p 9, 10.

612 Lamentablemente, la versión oficial de la Observación General N° 12 es más opaca y torpe, que la versión preoficial del mismo documento, que logró ser mucho más directa y enfática con la necesidad de institucionalizar la participación. De manera textual, la observación oficial solamente habla de la institucionalización de la participación en el siguiente apartado: “127.

Gran parte de las oportunidades para la participación de los niños tienen lugar en el plano de la comunidad. El Comité celebra que sea cada vez mayor el número de parlamentos locales de jóvenes, consejos municipales de niños y consultas especiales en que los niños pueden expresar su opinión en los procesos de adopción de decisiones. No obstante, esas estructuras de participación representativa oficial en el gobierno local deben ser solamente una de las muchas formas de aplicar el artículo 12 en el plano local, por cuanto solo permiten que un número relativamente reducido de niños participe en las comunidades locales. Las horas de consulta de políticos y funcionarios, las jornadas de puertas abiertas y las visitas a escuelas y jardines de infancia brindan otras oportunidades de comunicación”. Op.cit. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. p. 31.

Citando y reflexionando estos resultados de las Observaciones o Recomendaciones Generales del UNCRC, es viable, mejorar la argumentación de la exigibilidad política de los derechos de los NNA, alegando que la pausa o mirada textual que hace el Estado, en muchos casos ya se ha superado y que el UNCRC como interpretador mayor de la CDN ha dado pistas para enfrentar problemáticas concretas que giran alrededor de ciertos derechos y ciertas infancias.

1.4.1.5 El UNCRC puede emitir Declaraciones y aunar esfuerzos para comprometer a los Estados en los Seminarios Subregionales sobre la implementación de las observaciones finales del UNCRC: Pasados los dos primeros años de vida de la CDN, el UNCRC, al empezar a recibir los informes iniciales de varios países del mundo, decidió, en convenio con Unicef, organizar Reuniones Regionales Oficiosas “con el objetivo no sólo de inspeccionar sobre el terreno los progresos realizados por los Estados en la aplicación de la Convención, sino también de difundir la Convención y las actividades realizadas por el Comité”⁶¹³.

Esta medida de acercamiento del UNCRC a las realidades nacionales de los Estados pactantes de la CDN, tomó forma rápidamente y logró desarrollarse en Quito en 1992, en Bangkok en 1993, en Marruecos y Egipto en 1996, en el fondo, como una estrategia para promocionar la ratificación universal del instrumento internacional⁶¹⁴.

Ya a partir de 1997, la dinámica de ese evento cambió en consonancia, a la relación que va a tener de ahí en adelante el UNCRC con los Estados: dialogar sobre los efectos de las recomendaciones en las jurisdicciones nacionales, en demérito, de lo que dijese los Estados sobre sus esfuerzos discrecionales de los primeros años cuando el UNCRC no había empezado a examinar sus informes.

De acuerdo con esto, cualquier intención del UNCRC de reunirse con los Estados en nuevas reuniones regionales tenía que basarse en un punto fundamental: la ejecución de las recomendaciones y los problemas derivados de esforzarse en ello. Respondiendo a esta postura, desde el 2003 el UNCRC empezó a efectuar los Seminarios Subregionales sobre la implementación de las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño. Por lo pronto, se han realizado siete eventos de este tipo, los cuales, mencionamos a continuación:

CUADRO 10. Seminarios subregionales implementados por el UNCRC.

Fecha	Lugar del Seminario Subregional	Estados participantes
17-19 de diciembre de 2003	Damascos, Siria	Jordán, Líbano y Republica Árabe de Siria.
11-13 de noviembre de 2004	Bangkok, Tailandia	Camboya, Indonesia, Laos, Tailandia y Vietnam.

613 Op.cit. ACOSTA ESTÉVEZ, José. p. 93.

614 Op.cit. ACOSTA ESTÉVEZ, José. p. 93.

14-16 de junio de 2005	Doha, Qatar	Bahréin, Kuwait, Omán, Qatar, Arabia Saudita, Emiratos Árabes Unidos y Yemen.
28-30 noviembre de 2005	Buenos Aires, Argentina	Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.
21-22 febrero de 2006	Suva, Fiji	Fiji.
30 octubre al 1 de noviembre de de 2006	San José, Costa Rica	Belice, Costa Rica, Cuba, Republica Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua y Panamá.
6-8 noviembre de 2007	Ouagadougou, Burkina Faso	Benín, Burkina Faso, Costa de Marfil, Guinea, Mali, Níger, Senegal y Togo.

Fuente: <http://www2.UNCRC.org/english/bodies/crc/follow-up.htm> Elaboración propia: Camilo Bácares-IFEJANT.

Aunque, por ahora, los Seminarios Subregionales han tenido una corta ocurrencia, su aparición, paulatina, en cada continente representa una ventaja política importante para las organizaciones de la sociedad civil que promocionan y vigilan los derechos de los NNA en esas zonas del planeta. En principio por unas cuantas razones: 1) estas reuniones permiten posicionar, así sea por un rato, en la opinión pública el tema de los derechos de los NNA y su aplazamiento en la agenda del Estado; 2) son rentables para que los miembros del CRC constaten, individualmente, con entrevistas y charlas con especialistas sobre infancia las “verdades” del discurso institucional; 3) dan oportunidad a las coaliciones que envían los informes alternativos al UNCRC, de reportar más prontamente la inactividad, o el inicio de un Estado en velar por ciertos derechos de la CDN, con el fin, de que el UNCRC pueda presionarle diplomáticamente con un recordatorio, referido a su compromiso con el Derecho Internacional ; 4) finalmente, otorgan insumos para la exigibilidad política, cuando bien se sabe, que el cronograma de cada Seminario Subregional gira en torno a ejes temáticos prioritarios, que vendrían a ser, lo que al UNCRC le parece lo más urgente para abordarse y trabajarse, en suma, a las recomendaciones que recibe cada Estado tras entregar sus informes. Por ejemplo, en el Seminario Subregional sobre la implementación de las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño, acaecido, en Buenos Aires en el 2005, el UNCRC, le planteó a todos los Estados asistentes que deberían para los años venideros actuar en cinco

asuntos puntuales: Violencia⁶¹⁵, Justicia Juvenil⁶¹⁶, Salud⁶¹⁷, Explotación económica y sexual⁶¹⁸, y Educación⁶¹⁹; al compás de unos indicadores muy sencillos, que podrían ser monitoreados, por las organizaciones de NNA y de adultos interesados en esa tarea.

Con las conclusiones y declaraciones hechas en los Seminarios Subregionales, aparece entonces una puerta abierta, o un aditivo de exigibilidad específica que se pudo escapar de las recomendaciones del UNCRC. Ventajosas y valiosas, para presionar políticamente nuevas medidas que soporten y validen los derechos de los NNA.

1.4.1.6 El UNCRC tiene la posibilidad de exigir al Secretario General de Naciones Unidas estudios relativos a la infancia y sus derechos: Que el UNCRC pueda llegar a demandar un estudio sobre un fenómeno concreto que menoscaba y perjudica los derechos de los NNA al regente de Naciones Unidas, es una oportunidad interesante para posicionarlo en las mentes de los ciudadanos y generar compromisos políticos nacionales para luchar contra sus características más evidentes y subyacentes.

Esta eventualidad es dable por el inciso c) del artículo 45 de la CDN que expresa: *“El Comité podrá recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario General que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño”*. Y decíamos que es una coyuntura atractiva, basados, en la cantidad de cambios jurídicos y políticos a favor de la infancia que produjo el estudio de la mozambiqueña Graça Machel: *“El impacto de los conflictos armados sobre los niños”*.

El informe de Machel ordenado por Naciones Unidas en 1996 sistematiza y alerta sobre el reclutamiento y la violación sistemática de los derechos de los NNA en las guerras de fines del siglo XX⁶²⁰. Esto hace que inmediatamente el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, empiece a formular unas resoluciones que instan a los gobiernos y a los grupos armados ilegales a

615 Respecto al tema de la Violencia el UNCRC declaró entre sus conclusiones más importantes: “2. Compartir buenas prácticas orientadas a las erradicación de violencia entre países de la región”. LIWSKI, Norberto. Realidades y perspectivas de los derechos de los niños y las niñas en América Latina. En *Derechos de los niños y las niñas: debates, realidades y perspectivas*; eds. Ernesto Durán, María Cristina Torrado. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2007. p. 33.

616 Respecto al tema de la Justicia Juvenil el UNCRC declaró entre sus conclusiones más importantes: “2. Asegurar que ninguna persona menor de 18 años sea trata como adulto por el sistema penal [...] 4. Establecer mecanismos de vigilancia y monitoreo para hacer efectivo el carácter excepcional de la privación de libertad como último recurso, y reservada para las infracciones/delitos más graves...”. *Ibid.* p. 33.

617 Respecto al tema de la Salud el UNCRC declaró entre sus conclusiones más importantes: “2. a) Desarrollar planes nacionales de niñez y adolescencia y planes sectoriales de salud, con un enfoque interdisciplinario, basados en los derechos humanos y con presupuestos adecuados [...] Recomendar que en el proceso de elaboración de los tratados de libre comercio en la región se preste especial atención a la incidencia de éstos en el acceso universal a los medicamentos y a otros aspectos que incidan en la salud de la niñez y la adolescencia”. *Ibid.* p. 34.

618 Respecto al tema de la explotación económica y sexual el UNCRC declaró entre sus conclusiones más importantes: “2. Promover la recuperación física y psicológica, así como la reintegración social de todos los niños que son víctimas de la explotación económica y sexual [...] Finalmente, generar mecanismos de participación y consulta en los programas dirigidos a niños y niñas víctimas de explotación, y asegurar que sean percibidos y tratados como víctimas y nunca criminalizados y/o penalizados [...] 4. Insistir en la adecuación legislativa penal, de calidad e integral, para sancionar la explotación sexual y los delitos conexos”. *Ibid.* p. 35.

619 Respecto al tema de la Educación el UNCRC declaró entre sus conclusiones más importantes: “2. Desarrollar y proveer la educación inicial (0 a 6 años) en forma gratuita, apuntando a la universalización [...] 4. Asegurar el mejoramiento de la calidad de la educación, atendiendo en particular a los sectores más desprotegidos, como las poblaciones indígenas, pobres y de zonas rurales”. *Ibid.* p. 35.

620 MACHEL, Graça. *El impacto de los conflictos armados sobre los niños*. Naciones Unidas, A/51/306, 26 de agosto, 1996.

poner fin al reclutamiento de menores de edad y a la posterior entrega de los que ya hacen parte de sus tropas so pena de ser incluidos en una lista de países acreedores de sanciones comerciales⁶²¹.

Anótese que, sin la investigación de Machel, el Consejo de Seguridad, quizás no habría entendido, que “la protección de los niños en los conflictos armados es un aspecto importante en la estrategia general para la solución de un conflicto y la paz”⁶²². Sumado a que, hoy no existirían los variados consensos que tenemos para penalizar la utilización de los NNA en escenarios bélicos.

Algo similar está produciendo el más reciente estudio del brasileño Paulo Sergio Pinheiro, titulado “La violencia contra los niños”, solicitado por el UNCRC en el 2001 al Secretario General de Naciones Unidas en esos años, Kofi Annan. En el 2003, directamente de él, Pinheiro recibe la batuta para que comande la investigación y rastree las manifestaciones y enclaves de la violencia hacia los NNA que siguen vigentes en la familia, la escuela, los sistemas de protección y de justicia, el lugar de trabajo y la comunidad. A la fecha, el informe de Pinheiro ha sido socializado en gran parte de los países estudiados y ha permitido la creación de foros, seminarios y congresos atentos a reflexionar y seguir la implementación de las 12 recomendaciones que el famoso estudio contiene⁶²³.

Con esto en mente, habría que señalar dos ideas para terminar este punto: 1) que aquellos estudios y otros que se puedan realizar en el futuro cercano, sirven como material de reconsenso político de los derechos de los NNA, ante lo cual, las organizaciones de la sociedad civil interesadas, tendrían que

621 El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en pro de su objetivo de mantener la paz en el mundo, toma en cuenta la participación de los niños en los conflictos armados como una de las tantas posibilidades para la imposibilidad de la paz. Desde 1999 ha emitido cinco resoluciones sobre los niños y los conflictos armados. La primera, la 1261 en el mismo año, “expresa su preocupación por las repercusiones de los conflictos armados en los niños y condena la selección de niños como blancos de ataques” por los grupos armados. Al siguiente año, por medio de la resolución 1314, se hizo un llamado a los Estados partes a firmar y ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de los Niños en los Conflictos Armados. La resolución 1379 expedida en el 2001, insta a que se ponga fin “a la impunidad y enjuicien a los responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros crímenes graves perpetrados contra los niños” en los conflictos armados vigentes y finalizados sin ningún tipo de justicia real. En 2003 la resolución 1460 “expresa la intención del Consejo de entablar un diálogo o, según proceda apoyar al Secretario General para que entable un diálogo con las partes en conflictos armados que estén infringiendo las obligaciones internacionales que les sean aplicables en relación con el reclutamiento o la utilización de niños en conflictos armados con el fin de establecer planes de acción claros y con plazos precisos para poner término a esa práctica”. Finalmente, la resolución 1612 de 2005 surge a partir del informe del Secretario General del 9 de febrero de 2005 en el que se muestra la no aplicación de las resoluciones anteriores en torno a la utilización de niños soldados y el respeto a la infancia en general en los conflictos armados en contravención del derecho internacional humanitario. Lo realmente importante de las mencionadas resoluciones es que están encaminadas a la famosa “era de la aplicación” promulgada por el Consejo de Seguridad para el respeto y acatamiento real de las leyes y los tratados internacionales con respecto a la prohibición de involucrar a los menores en la guerra. A su vez, se crea una figura especial para informar a Naciones Unidas sobre el cumplimiento del derecho internacional y las resoluciones con el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados. De este modo se establece la vigilancia y la presentación de informes que recopilen la información sobre los niños en situaciones de conflicto armado en todo el mundo para posteriores sanciones y enjuiciamientos.

622 Resolución 1612 del Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas. 26 de julio de 2005.

623 Las recomendaciones expresadas en el informe de Pinheiro son: 1) Fortalecer los compromisos y medidas nacionales y locales; 2) Prohibir toda violencia contra los niños, niñas y adolescentes; 3) Dar prioridad a la prevención; 4) Promover valores no violentos y generar conciencia; 5) Aumentar la capacidad de todos los que trabajan con y para los niños, niñas y adolescentes; 6) Proporcionar servicios de recuperación y reinserción social; 7) Garantizar la participación de los NNA; 8) Crear sistemas de denuncias y servicios accesibles y adecuados para los NNA; 9) Asegurar la rendición de cuentas y poner fin a la impunidad; 10) Abordar la dimensión de género de la violencia contra los NNA; 11) Elaborar y aplicar sistemáticamente sistemas nacionales de recolección de datos e investigación; 12) Fortalecer los compromisos internacionales. Para conocer el contenido de cada recomendación, véase PINHEIRO, Paulo Sergio. El Estudio de la Violencia contra los Niños. Naciones Unidas, A/61/299, 29 de agosto de 2006.

estar muy atentas de su escritura y del recorrido que hacen sus autores por los diversos Estados para presionar sus conclusiones; 2) sería trascendente que los estudios solicitados por el UNCRC fuesen consecutivos o se convirtieran en una política de ese estamento. Una ilusión con sus reverses a la vista, pues, la solicitud de aquellos estudios es meramente discrecional y requiere que algún miembro del UNCRC ponga a rodar la idea en su entraña. Por tal razón, el contacto y lobby con los miembros del UNCRC, ya sea, por la lengua, por la región, o por la experiencia profesional y disciplinar es una tarea inaplazable⁶²⁴; poco a poco con ellos se puede ir introduciendo la urgencia de un nuevo estudio, por ejemplo en torno a la participación, que sea provechoso para los NNA y para martillar el compromiso fáctico del Estado.

Transcurrida la lectura, de algunos, de los elementos positivos que deja el UNCRC, hemos sido testigos de materias primas, por lo general rechazadas, o escasamente imaginadas para progresar en cuanto a la exigibilidad política de los derechos de los NNA. Al puntuar esta aseveración, lo que tratamos de compartir es que, informalmente, en la praxis, el UNCRC puede dotar a la ciudadanía infanto-adolescente y adulta de una serie de procedimientos y datos que ayudan al control político de los derechos de los NNA.

Lógicamente, que las organizaciones de NNA y de adultos enfocados en la defensa de sus derechos, empiecen a tomar en cuenta la importancia de las potencialidades ocultas del UNCRC, no implica que el Estado vaya a empezar a actuar con ética y eficiencia en el cumplimiento de la CDN de un día para otro.

Pero sí, ayuda a que todos los actores involucrados en la exigibilidad política de los derechos de la infancia posean una mejor argumentación, un mayor olfato, y horizonte político, que con el tiempo logre mellar las alocuciones y acciones del Estado enemigas de la CDN. Partiendo de la creencia que la exigencia política de un derecho no tiene solamente que ver con masas y bulla, sino también con la calidad de las proposiciones que se levanten públicamente para que se evite pisotear los derechos de los NNA en los acuerdos que se alcancen con el Estado; o sea, para que no sólo se pelee la aplicación de un derecho, sino por sobre todas las cosas, su correcta aplicación.

Una posición perentoria, en especial, si tenemos presente que la mayoría de las políticas públicas en torno a los derechos específicos, ya sea, de las mujeres, los discapacitados, los indígenas o los NNA, devienen de la presión o el control político que llevan a cabo esos grupos poblacionales⁶²⁵.

624 La militancia política por los derechos de los NNA de parte de los miembros del UNCRC está siempre abierta. Recuérdese que sin Norberto Liwski y Rosa María Ortiz el MNNATSOP, jamás, habría logrado llegar a exponer el documento Adenda al tiempo que el Estado peruano era examinado en sesión pública del UNCRC. Por lo que, buscar aliados en el UNCRC que promuevan otras formas de exigir al Estado la CDN es un trabajo que no debe descartarse ni darse por terminado.

625 "La historia enseña que no hay política social sin un movimiento social capaz de imponerla (y que no es el mercado, como se intenta hacer creer hoy, sino el movimiento social el que civilizó la economía de mercado, contribuyendo en gran medida a su eficacia". BOURDIEU, Pierre. Sin movimiento social. No hay política social. En Revista de Sociología. Número 12. Volumen 11. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1999. Para recalcar, "No debemos olvidar que la política social es el resultado de una toma de conciencia de los movimientos sociales y ésta a su vez, de un equilibrio de las fuerzas sociales capaces de luchar, movilizarse, demandar y exigir al Estado y gobierno, para la toma de decisiones políticas que sean capaces de ofrecer las oportunidades para el mejoramiento de las capacidades humanas especialmente de los niños, niñas y adolescentes". JARAMILLO, Enrique. ¿Dónde dormirán los niños pobres del Perú? A propósito de la ley que protege a los menores de edad de la mendicidad. En Revista Faro. Número 1. Unidad de Posgrados de la Universidad Politécnica Salesiana de Ecuador. 2009. p. 140.

Y en esto es bueno estar despiertos y atentos por si se llegara a cruzar la idea de despreciar estas herramientas que están a la mano para profundizar en el control político de los derechos de los NNA: pues, de ninguna forma un tratado internacional de derechos humanos, llámese CDN, o como se quiera, va a activar derechos osmáticamente; ello depende del ejercicio político de sus titulares, para nuestro caso: los NNA y sus aliados adultos.

1.4.2 ¿Pueden existir formas verídicas de control y sanción a las violaciones de la CDN?

Ahora bien, al abordarse y empezar a desarrollar la vertiente hermenéutica en estas páginas, dijimos que ahondar en esa perspectiva tenía otro fin aparte del recién trabajado: pensar mecanismos de control diferentes al UNCRC, que por encima de cualquier consideración, fueran reales y efectivos para concretar los derechos de los NNA. Un ejercicio, de primerísima necesidad, sobre todo, si no se olvidan dos hechos: 1) el control político es lento, dependiente de múltiples factores y no siempre deriva en éxitos y triunfos; a saber, jugársela solamente en la manifestación, en la reivindicación y en la movilización de resistencia es una lotería; 2) el UNCRC, más allá de no tener una capacidad jurídica de sancionar al Estado infractor, está prácticamente destinado a colapsar en su planeación administrativa, ya que, como el propio ente lo admitió en el 2008: “El Comité ha acumulado de nuevo trabajo atrasado, que se tiene previsto que alcance el nivel que tenía antes de adoptarse el sistema de dos cámaras. Se recibieron 44 informes, que estaban en espera de ser examinados al 1º de febrero de 2008. Como el Comité recibe más de 50 informes cada año y puede examinar aproximadamente 11 en cada período de sesiones, es inevitable que ese trabajo atrasado siga aumentando”⁶²⁶.

De este modo, seguir apegados al UNCRC, en el entendido de Unicef como el único órgano de control de la CDN, nos llevaría a circular viciosamente, puesto que, así los Estados entregaran a tiempo los informes, su evaluación tendría lugar casi tres años después de su envío, perdiendo casi cualquier valor la información recolectada y la propia actividad evaluadora del UNCRC.

Estas consideraciones, creemos, fundamentan el llamado hermenéutico de deliberar otras formas de control de la CDN. Varias han sido las propuestas interesadas por abrir ese rubro. Casi abreviándolas, tres, son las proposiciones alternativas de control más nombradas para la CDN:

- **Creación de Informes Integrados:** A mediados de los noventa se soltó la idea de eliminar los informes periódicos “en su forma actual y su sustitución por directrices para la presentación de informes específicos adecuados a la situación concreta existente en cada Estado; y una integración de los órganos de vigilancia creados por los Tratados del sistema de Naciones Unidas”⁶²⁷.

Esta iniciativa con miras a reducir la interminable llegada de informes correspondientes a todos los Tratados de Naciones Unidas y a unificar en un nuevo órgano las tareas de supervisión de los derechos acordados por

626 Informe del Comité de los Derechos del Niño. Asamblea General. Documentos Oficiales. Sexagésimo Tercer Período de Sesiones. Suplemento N°4]. Documento A/63/41. 2008. p. 14.

627 Op.cit. CALVO GARCÍA, Manuel. p. 184.

los Estados, es llamativa, pero imposible de materializarse, ya que no todos los Estados han firmado las mismas Convenciones y Pactos de Derechos Humanos, sin olvidar además, que los derechos específicos demandan una información especializada; es decir, un informe que hable sobre los derechos de la mujer, es prácticamente, distinto en lo cualitativo y cuantitativo al de los NNA.

- **Creación de Informes sobre Temáticas Específicas:** Otra propuesta que ha rondado al UNCRC en aras de mejorar su función de supervisión, es “abandonar la práctica de presentar informes amplios, a favor de unos informes centrados en cuestiones de interés concreto”⁶²⁸. Se cree con esta sugerencia, que si el UNCRC exige informes por temáticas, como por ejemplo, la nutrición, la guerra, o el sida a los Estados, se “reduciría el volumen de trabajo necesario para preparar los informes, disminuiría las duplicaciones entre los informes e identificaría con más precisión los puntos que requieren un seguimiento de los Estados Partes”⁶²⁹.
- **Incorporar las demandas individuales y las demandas entre Estados como mecanismos de control del UNCRC:** La CDN junto al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer solamente tienen como mecanismo de supervisión el sistema de informes a ser evaluado por sus respectivos Comités en espera de la emisión de recomendaciones.

En contraste, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial y la Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes suman al sistema de informes, dos procedimientos de control: las quejas entre Estados y de los particulares agraviados, o víctimas contra los Estados.

Con esta desventaja expuesta, esta tercera propuesta ha socializado la idea que la CDN se equipare o evolucione al nivel de control de los otros instrumentos de Derecho Internacional de Derechos Humanos que tienen un sistema de comunicaciones para las personas o grupos de personas que se sienten víctimas de violaciones por parte de una Estado Parte y un sistema de denuncias entre Estados, cuando alguno de ellos, perciba que su colega está evadiendo sus obligaciones con los derechos de los NNA⁶³⁰.

Algo que de hacerse favorecería una congruencia jurídica y paridad entre los mecanismos de garantía consignados en los Tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁶³¹.

628 Op.cit. CALVO GARCÍA, Manuel. p. 185.

629 Op.cit. CALVO GARCÍA, Manuel. p. 185.

630 Que los NNA no puedan participar del proceso de control y seguimiento de los informes de Estado sobre la CDN los pone en desventaja frente a otros sujetos de derechos. De este modo, “no se puede olvidar que la *Convención* ha hurtado la posibilidad de acciones individuales en demanda de protección de los derechos básicos de los menores, incluso las que podrían formular los mismos menores, para descansar en el tedio de la burocracia de un Comité de Derechos del Niño, en la desconfiable acción de los Estados y, en definitiva, en los lentos y torpes mecanismos de control tradicionales de la Organización de las Naciones Unidas”. Op.cit. MIRALLES SANGRO, Pedro-Pablo. p. 367.

631 Como ya se viene intentando con el Proyecto Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, que prevé la existencia de un mecanismo de quejas sobre violaciones a los derechos de NNA recién adoptado en su versión final por el Consejo de Derechos Humanos y que será transmitido a la Asamblea General de Naciones Unidas para su aprobación, o no, en diciembre del 2011. Ese proyecto en su versión final, fue elaborado a lo largo de dos años (2010-

1.4.2.1 El fenómeno de la justiciabilidad: un intento por controlar constitucionalmente las violaciones a la CDN ¿Cómo? Y ¿Por qué?

Vale acotar, que en las tres propuestas recopiladas y recién escritas sobre nuevas formas de control para los Estados Partes de la CDN, subyace un denominador común: seguir pensando en ampliarle funciones al UNCRC y creer a ciegas en el control externo o internacional para sancionar la idiosincrasia negativa de un Estado en la aplicación de los derechos humanos.

Algo que deberíamos superar de una vez por todas, pues muy a pesar de que se creen informes con temáticas especializadas, o al rol del UNCRC se le incorpore un sistema de denuncias individuales y entre Estados, su injerencia jurídica sería la misma. No cambiaría para nada; más y más recomendaciones aparecerían ante nuestros ojos. Lo único rescatable de ese proceso, es que se tendrían abiertos desde el UNCRC otros frentes para la exigibilidad o el control político de los derechos de los NNA.

Por consiguiente, la búsqueda de mecanismos de control que validen los derechos consignados en la CDN tiene que tomar un sendero diferente y complementario del internacional. Sin vueltas, partir del control nacional o interno que puede darse por la CDN, aunque, suene paradójico por la razón histórica que parió a los Comités Internacionales de Derechos Humanos.

Cierto es que, sus creaciones responden a la falta de soluciones jurídicas y a la impunidad que se encuentra en el terreno nacional para los derechos humanos. Inseguridad jurídica que continúa viva, nadie lo discute. Sin embargo, al ensalzar y priorizar un modelo de control internacional, entrado en crisis por sus debilidades de sanción, se ocultó lo que podía dar el control interno tras la firma y ratificación de la CDN por un Estado.

Y lo que tiene para ofrecer es bastante, por medio, de la aplicación del fenómeno de la justiciabilidad, que no es otra cosa que la exigibilidad jurídica de los derechos humanos ante instancias judiciales, entidades administrativas de gobierno y organismos internacionales de defensa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De manera más exacta, la justiciabilidad, es “un neologismo de uso común entre los especialistas de derechos humanos que encierra el concepto de exigibilidad judicial de los derechos humanos, es decir, la posibilidad de poder acudir a un juez o un tribunal invocando los tratados de derechos humanos como fundamento de derechos”⁶³².

Esto es perfectamente posible, legal y legítimo de practicar en el rescate y vigilancia de los derechos de la CDN, luego de recabar en la teoría del Derecho Constitucional y toparnos con que: el Derecho Internacional en todas sus manifestaciones es fuente del derecho interno en la mayoría de países suramericanos. Y esto, palabras más,

2011) por una coalición de más de 80 ONGs, internacionales y nacionales, con el apoyo de más de 600 organizaciones en todas las regiones del mundo que vienen presionando para esa posibilidad desde el 2006. La coalición de las ONG's ha estado encabezado por Sara Austin (Visión Mundial) y Peter Newell (Iniciativa Global para Acabar con Todo Castigo Corporal Hacia los Niños) y coordinado por Anita Goh (Grupo de ONG para la CDN). Con la aprobación del Proyecto Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, que prevé la existencia de un mecanismo de quejas sobre violaciones a los derechos de NNA, es viable que los NNA o sus representantes, presenten una comunicación alegando que sus derechos han sido violados ante el UNCRC.

632 LEÓN GÓMEZ, Alberto. La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales nacionales: el derecho internacional como fuente de derechos y obligaciones en el derecho interno. En Serie Democracia y judicatura. ILSA. Bogotá. 2006. p. 9.

palabras menos conlleva a que el Derecho Internacional de Derechos Humanos pueda influir, determinar o inspirar una decisión judicial nacional que ordene derogar leyes anti-CDN o a activar positivamente los derechos de los NNA.

Una entrada jurídica que tiene sus resistencias entre los ortodoxos del concepto de soberanía y en la comunidad legalista que se aferra al estudio del derecho nacional en un estado de purismo absoluto, o que comprenden al Derecho Internacional como un léxico confuso y colonialista⁶³³.

Empero, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consideramos, que sí es fuente del derecho nacional. Así lo dejan ver, cualquiera de las dos vertientes teóricas que analizan la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. Por un lado, la monista, que estima que tenemos un sistema jurídico universal. Esta "unidad del ordenamiento jurídico conlleva la prevalencia del Derecho Internacional, que delega en los órganos nacionales la facultad para dictar el ordenamiento nacional"⁶³⁴. Y por el otro, la dualista que si bien establece que "hay dos ordenamientos jurídicos distintos y separados: el nacional y el internacional [...] entre los cuales no existe relación de dependencia o subordinación"⁶³⁵, la norma internacional se convertiría en fuente del derecho doméstico, una vez, que fuera incorporada al mundo jurídico nacional, mediante acto legislativo. En esto último, Colombia nos sirve como referencia con la incorporación que hizo de la CDN con la Ley 12 de 1991.

Pero sobrepasando la postura teórica enfocada en estudiar la correspondencia entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional, y yendo a la propia gráfica constitucional; o sea, a lo que las Constituciones de la región expresan sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, creemos, que la proposición de ejercer la justiciabilidad se robustece o toma mayor fuerza.

Principalmente, debido a que el "constitucionalismo iberoamericano actual expresa una clara tendencia a otorgar a los derechos humanos establecidos en los tratados

633 "Expresa el tratadista Santiago Sánchez González que "la mayoría de nuestros constitucionalistas más preclaros no han prestado la atención que viene reclamando el Derecho Internacional como fuente de producción de normas, quizás porque todavía lo siguen considerando, de manera inconsciente, periférico respecto del ordenamiento interno." Sin embargo, hay estudios sobre la materia. El tratadista Néstor Pedro Sagúés dice que "El derecho internacional es fuente del derecho constitucional, en cuanto sus preceptos regulen asuntos fundamentales concernientes a la estructura y funcionalidad del Estado. En el siglo XIX, el cupo de temas constitucionales captado por el derecho internacional era relativamente reducido por la sencilla razón de que el derecho internacional tenía en ese momento un desarrollo discreto. Actualmente, la situación ha cambiado drásticamente y por varios motivos." Enumera luego como motivos la aceptación de la idea de bien común internacional como objetivo de la comunidad internacional, la incorporación del tema de los derechos humanos, y la aceptación de la idea de supranacionalidad como idea fuerza del Derecho comunitario. Luego, agrega que: "Una muestra del crecimiento del derecho internacional es su actual cotización por el derecho constitucional. Tal revalorización se refleja, por ejemplo, en el mayor espacio que varias constituciones dedican tanto al tratamiento de la política internacional del Estado (Irán de 1979, arts. 152 y 155); Albania de 1976, art. 34), como a la regulación de las competencias nacionales para producir normas de derecho internacional (treaty making power), o su puesta en funcionamiento (power to perform), y asimismo en el tratamiento constitucional del contenido de esos tratados o convenciones. Así, por ejemplo, las constituciones de España de 1978, arts. 93 a 96, y de la República Federal de Alemania, arts. 24 a 26 y 59." Este mismo autor dice que las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional no han sido pacíficas. Dice que hay desconfianza del Derecho Constitucional local hacia el Derecho Internacional especialmente en el tercer mundo, que considera que el Derecho Internacional clásico obedece a las reglas dictadas por las potencias dominantes. A su vez las naciones del primer mundo consideran que "el derecho internacional actual tiende a ser cada vez más confuso y peligroso, especialmente por el peso numérico que tienen en las organizaciones internacionales las nuevas naciones subdesarrolladas, con frecuencia de factura ideológica anticapitalista". MONROY CABRA, Marco. El derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional. En Anuario Colombiano de Derecho Internacional. Universidad del Rosario. Volumen 1, N° 1. Bogotá. 2008. p. 110.

634 "Según Kelsen, las normas jurídicas derivan su validez y su fuerza obligatoria de otras normas superiores desde el punto de vista jerárquico hasta llegar a la norma fundamental o grundnorm. [...] el monismo con primacía del Derecho Internacional sostiene que este Derecho es un orden superior del cual dependen los sistemas jurídicos de los Estados". Ibid. p. 112.

635 Ibid. p. 111.

internacionales, e incluso a aquellos que se fundan en el derecho consuetudinario internacional, el mismo rango de los derechos expresamente consagrados en la respectiva constitución”⁶³⁶.

Lo que nos conduce a marcar que los Derechos Humanos escritos en el Derecho Internacional “son igualados a los derechos constitucionales. De esta manera, los derechos humanos adquieren el rango y el valor de los derechos constitucionales, y por tanto de la Constitución misma”⁶³⁷. Aclaremos, antes de seguir, que al postular este fenómeno presente en las Constituciones latinoamericanas, no sugerimos tajantemente y cegados por una tendencia macro, que todas las Constituciones de estos lares empatan con las Convenciones, Tratados, o Pactos de Derechos Humanos ratificados por los Estados Partes.

Contamos por ahora con algunas, en espera, que esa corriente siga tomando fuerza y abriéndose paso en el constitucionalismo de los países de habla hispana. De momento, únicamente la hermandad o integración de la Constitución con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos es evidente:

- En las Constituciones que le conceden un rango supralegal o cuasiconstitucional, a saber, que dicen que los Tratados prevalecen sobre las leyes nacionales; sistema que está funcionando en Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Colombia, Argentina, Paraguay y Ecuador⁶³⁸.
- Y en las Constituciones que conceden, de frente, a los Tratados Internacionales el mismo rango o jerarquía. Al parecer, esta postura solamente tiene presencia en la Constitución de la Argentina⁶³⁹, y en la de Venezuela⁶⁴⁰.

1.4.2.2 Dos escenarios históricos para la justiciabilidad en contra de leyes nacionales violatorias de la CDN

Tras abonar este terreno conceptual, podemos socializar con soltura, con la esperanza de ser entendidos, la siguiente intuición para poder llevar a cabo la justiciabilidad en lo referente a las leyes violatorias de la CDN: si el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es fuente del Derecho Nacional, o gemela en jerarquía constitucional, o prima a la hora de un conflicto con una ley interna, sería lógico, que toda ley posterior a la ratificación de la CDN y contraria a sus principios y derechos sea inconstitucional,

636 Op.cit. LEÓN GÓMEZ, Alberto. p. 27.

637 Op.cit. LEÓN GÓMEZ, Alberto. p. 27.

638 ORTÍZ AHLF, Loretta. Integración de las normas internacionales en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica. Serie Democracia y Judicatura. ILSA. Bogotá. 2006. p.p 95-96. Op.cit. MORLACHETTI, Alejandro. p. 18.

639 El inciso 22 del artículo 75 dice: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás Tratados y Convenciones sobre derechos humanos luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional”. Ibid. p. 94.

640 Op.cit. MORLACHETTI, Alejandro. p. 18.

imperfecta, ilegal y por ende demandable ante el Tribunal o Corte Constitucional de cada jurisdicción que así lo permita⁶⁴¹.

El mismo hecho que la CDN, al ser ratificada por un Estado e incorporada al corpus constitucional por ley, nos sugiere que ninguna ley de ahí en adelante pudiera erigirse si va en contravía del mismo⁶⁴².

De este modo, una ley atropelladora de la CDN en países como los mencionados, e incluso en el Perú podría ser, en lo hipotético hasta que no se lleve a la praxis, declarada inexecutable por un Tribunal o Corte Constitucional por medio de una demanda interpuesta por las organizaciones de NNA, pues, aunque a nivel interno el Derecho Internacional de Derechos Humanos no fuera su fuente por literalidad constitucional, sus principios no podrían esquivarse, al ser de conocimiento público, que son normas de interpretación y ejecución de los derechos⁶⁴³.

Traigamos a colación dos casos concretos para imaginarnos con más atino la propuesta hermenéutica. Uno en el que se podría, tal vez, aplicar o haber aplicado este modelo de control interno; y otro en donde de manera indirecta ya tuvo lugar:

- En la Ley de Mendicidad peruana, que utilizamos como reseña de la ineffectividad del control del UNCRC para obligar a los Estados a derogar leyes asesinas de los mandatos de la CDN sería asequible la exigibilidad jurídica.

Hacerlo ayudaría a complementar el control político que, por ejemplo, el MNNATSOP ha venido haciendo durante toda la vigencia legislativa y administrativa de esa ley. Este movimiento social de NATS ha expresado frecuentemente sus críticas a la incongruencia jurídica que se nota entre la Ley de Mendicidad y la CDN sin por ahora, alcanzar, la anulación de tan gigantesca cachetada a sus derechos⁶⁴⁴.

641 Para explorar esta intuición léase Op.cit. LEÓN GÓMEZ, Alberto. p.p 27-30.

642 Si "una ley posterior es contraria al tratado anterior, algunos la consideran inconstitucional y otros, inválida o inaplicable. Lo cierto es que si un Estado aprueba una ley contraria a un tratado en vigor internacional incurre en una responsabilidad internacional". Op.cit. MONROY CABRA, Marco. p. 126.

643 Todos los derechos constitucionales tienen que ser leídos a la luz de los tratados internacionales ratificados por un Estado. Esa pauta interpretativa es de obligado cumplimiento. En el caso de la Constitución colombiana esa función hermenéutica es bien clara: "Los derechos y deberes contenidos en la Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes para Colombia. Para estos efectos, se debe atender la interpretación dada por órganos internacionales de protección de los derechos humanos como la Comisión y la Corte Interamericanas sobre Derechos Humanos en el sistema interamericano al cual pertenece Colombia. El artículo 93 de la Constitución es pauta interpretativa de obligado cumplimiento porque así se deduce del texto del citado artículo constitucional y porque la protección de los derechos humanos quedaría desvirtuada si no fuera obligatoria la interpretación sino potestativa. La interpretación conforme a lo previsto en los tratados internacionales conlleva el que los derechos constitucionales no deben ser interpretados en contradicción con la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la cual Colombia es Estado Parte". Op.cit. MONROY CABRA, Marco. p. 132.

644 El MNNATSOP ha exigido varias veces la anulación de esta ley; fijémonos en el siguiente pronunciamiento: "1° Nosotros consideramos que esta ley va en contra de nuestros derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la que nos reconoce como personas y sujetos sociales de derechos; y uno de estos derechos es a la vida a la sobrevivencia (Art. 6). Por tal motivo, no entendemos cómo esta ley busca penalizarnos, provocar el ocultamiento de los niños por ser pobres. ¿Es que acaso por ser pobres somos peligrosos? ¿Es que acaso por ser pobres damos mala imagen? ¿Es que acaso nuestros padres son responsables de ser pobres y que por ello se les quiera penalizar? ¿Es que acaso con ocultarnos se resolverá el problema de la pobreza? ¿Es que acaso con una ley se soluciona la pobreza y los problemas sociales? Nosotros pensamos que esta ley es un atropello a nuestros derechos reconocidos hace 14 años, porque en esta ley se no está considerando a los NNA como objetos de protección, porque ni siquiera se nos ha preguntado o consultado, sin tener en cuenta nuestro derecho a la opinión, como nos reconoce la Convención y nuestro Código de los Niños y Adolescente [...] 4° Nosotros como niños y adolescentes trabajadores (NATS's) creemos que creando leyes como ésta, no se va a poder erradicar la pobreza de nuestro país, más bien esta ley traerá como consecuencia que muchos de nosotros corramos más riesgos en nuestro trabajo cotidiano...Estas son las causas por las cuales nosotros, como niños y adolescentes trabajadores organizados, con voz representativa

Con el ejercicio de la justiciabilidad podría reevaluarse ese control político y llevarlo a tribunales manifestando todas las ilegalidades que contiene con miras de su derogación; errores legales que no son pocos: retorno a la Situación Irregular, fundación de la ley sin la participación de los NNA, discrecionalidad del ISN, cancelación del derecho a la supervivencia; etc.

- En la Ley Anti Maras (LAM) salvadoreña, aprobada por la Asamblea Legislativa en el 2003 con el Decreto 154, la justiciabilidad ya fue aplicada y además con éxito, ya que la LAM se derogó por fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de ese país el 1 de abril de 2004, en respuesta a una demanda de inexecutable respecto de varios de sus artículos entre los que se contaba uno opuesto a la CDN.

En las argumentaciones demandantes se publicitó que el artículo 2 de la LAM⁶⁴⁵, violaba el artículo 40 de la CDN, que como sabemos, establece que los NNA deben ser procesados y sancionados diferenciadamente de los adultos por una justicia especializada y que debe existir una edad mínima de imputabilidad, debajo de la cual, el Estado no puede regular penalmente al infractor. A ese compromiso internacional hizo oídos sordos la LAM al judicializar a los menores de edad como personas adultas, por absurdos como tener ciertos rasgos físicos, tener tatuajes o cicatrices; lo que en su corta implementación tuvo resultados nefastos para la integridad de los NNA⁶⁴⁶.

Ante esto, la magistratura constitucional salvadoreña estableció que los tratados internacionales, entre los que se incluye la CDN, no pueden ser derogados ni modificados por leyes secundarias, llegando a estipular en una sentencia histórica la invalidación de ciertos artículos de la LAM, en especial, el que hacía caso omiso de la justicia especializada para los NNA⁶⁴⁷.

Es importante reconocer que sin ese esfuerzo y reconocimiento ciudadano del control interno para proteger los derechos de los NNA señalados de ser pandilleros o miembros de las maras por pura presunción discrecional, la LAM hoy podría seguir juzgando a la infancia salvadoreña estimada de peligrosa con la vara retribucionista de los adultos. Con la LAM vivita y coleando, lo único que habría aparecido, como después sucedió, sería un pronunciamiento sin

y organizada, EXIGIMOS LA DEROGACIÓN INMEDIATA DE ESTA LEY porque atenta contra la dignidad de los niños, niñas y de las familias más pobres de nuestro país". Op.cit. JARAMILLO, Enrique. p.p 127, 135.

645 El artículo 2 establecía que "cuando un menor entre los doce y dieciocho años cometiera delitos allí contemplados, y la Fiscalía General de la República advirtiera que tenía discernimiento de adulto, sería considerado como adulto habilitado y se le aplicaría la legislación pertinente". GOMÉZ, Diana. Análisis de la ley antimaras de 2003 implementada por el gobierno de el salvador, a la luz de la constitución política de 1983 y las normas internacionales de derechos humanos. Monografía de Grado para optar al título de Politóloga. Facultad de Ciencia Política y Gobierno. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 2010. p. 34.

646 Por ejemplo, en el 2004 dos niñas de 13 y 16 años, fueron detenidas por ser presuntas pandilleras y fueron trasladadas a la prisión de la Policía Nacional Civil de la Colonia Credisa, donde fueron violadas por pandilleros que allí se encontraban. Ibid. p. 35.

647 En la Sentencia 52-2003, de la Sala Constitucional de El Salvador se dijo sobre el particular: "8. Declárese que en el artículo 2 inciso 3° LAM, existe la inconstitucionalidad alegada por los ciudadanos Claudia Marlene Reyes Linares y José Heriberto Henríquez y la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, por violar los artículos 35 inciso 2° de la Constitución y, al contravenir el artículo 40 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, violar el art. 144 inciso 2° de la Constitución. 9. Declárese que en el artículo 2 inciso 5° LAM, existe la inconstitucionalidad alegada por la Procuradora, en relación con la violación a los artículos 12 y 35 Cn. y al artículo 40.3 letra b) de la Convención Sobre los Derechos del Niño, pues debe existir un mínimo de edad por debajo del cual el Estado no puede regular penalmente sobre los menores de edad, ni aun con un régimen especial".

fuerza vinculante del UNCRC para pedir al Estado salvadoreño en el formato de las recomendaciones que la derogara⁶⁴⁸.

Por lo visto, la justiciabilidad tiene mucho campo de acción en cualquier ley que intentara acallar la CDN; así como de fuerza e importancia para tirárselas abajo. Habría que revisarse solamente que rango tiene la CDN en la configuración constitucional del país donde se pretenda aplicar. De cualquier manera, el antecedente de exigibilidad jurídica que frenó la LAM en El Salvador, es motivadora, para poner en marcha esa táctica.

1.4.2.3 La justiciabilidad en la promoción de los derechos de provisión de los NNA

Quedaría por pensar entonces la justiciabilidad en otro campo: el de la promoción de los derechos de los NNA, particularmente los de provisión, a través de las políticas públicas. Es decir, intentar cavilar cómo utilizar la exigibilidad jurídica como aceleradora de derechos, para que evitar que se consuma únicamente como un filtro a las leyes ilegales del Estado.

En este campo, la justiciabilidad es débil por el arraigo que todavía tiene la suposición que los derechos sociales, económicos y culturales no son subjetivos ni demandables. Prevalciendo aún la vieja tesis que señala que “los derechos sociales constitucionales –entre ellos los derechos a la educación, a la salud o al trabajo– no son verdaderos derechos fundamentales, por lo que no deberían denominarse así [...] Los derechos sociales serían, según esa tesis, meras aspiraciones o directivas políticas dirigidas al legislador, mas no derechos subjetivos directamente exigibles por sus titulares”⁶⁴⁹.

Sin embargo, al comprender los derechos humanos de los NNA como pactos o acuerdos políticos de los que se derivan responsabilidades para el Estado y la sociedad, todos ellos, incluyendo los de provisión resultan exigibles por vía judicial. Muchos más si se le agrega a ese supuesto, que toda persona tiene el derecho de exigir un derecho social, económico y cultural si es que su ausencia amenaza su dignidad e integridad personal y la actuación positiva del Estado puede evitar esa situación. Así, sin importar que no existieran leyes para solucionar la carencia de derechos sociales, económicos y culturales de los demandantes, el Estado tendría como misión activarlos,

648 En las recomendaciones del UNCRC al Estado salvadoreño por su primer informe periódico, le señala: “67. Es motivo de profunda preocupación para el Comité que las disposiciones adoptadas como parte del Plan Mano Dura, aprobado en julio de 2003, y la Ley contra pandillas en vigor desde octubre de 2003, comprendida la segunda Ley para el combate de las actividades delincuenciales de grupos o asociaciones ilícitas especiales del 1º de abril de 2004, incumplen la Convención. Es motivo de preocupación, entre otras cosas, la noción de “menor habilitado”, que permite procesar a los menores desde los 12 años de edad como si fueran adultos, y el hecho de que se tipifiquen como delito rasgos físicos como el uso de signos o símbolos para identificarse o llevar tatuajes o tener cicatrices. Por otro lado, es motivo de preocupación que las leyes contra las actividades delincuenciales de grupos o asociaciones desvirtúen la Ley del menor infractor al introducir un doble sistema de justicia de menores. El Comité también considera motivo de preocupación el gran número de niños que han sido detenidos a consecuencia del Plan Mano Dura y de las leyes contra las pandillas, y lamenta que no haya políticas sociales y educativas para encarar los problemas de las actividades de esos grupos o la violencia y la criminalidad de los adolescentes. 68. Insta al Estado Parte a que revoque de inmediato la segunda Ley contra las pandillas y considere la Ley del menor infractor el único instrumento legislativo en materia de justicia de menores. El Comité reafirma que la obligación del Estado Parte de velar por que se prevenga y combata el delito se ajusta perfectamente a las normas internacionales de derechos humanos y está basada en el principio del interés superior del niño. Le recomienda que adopte estrategias amplias que no se limiten a medidas penales, sino que vayan hasta las profundas raíces de la violencia y de la delincuencia de los adolescentes, en bandas o no, como políticas de integración de los adolescentes marginados, medidas para dar más acceso a la educación, al empleo y a instalaciones de recreo y deporte, y programas de reinserción para menores infractores”. Documento CRC/C/15. 30 de junio de 2004. 36º Período de Sesiones.

649 ARANGO, Rodolfo. Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. En Revista El Otro Derecho. Número 28. Julio de 2002. ILSA. Bogotá. p. 104.

ya que abocarse por la “omisión legislativa o administrativa no puede tener más fuerza que el principio de inmunidad de los derechos constitucionales, cuya realización es condición de estabilidad de un régimen político libre y democrático”⁶⁵⁰.

De esta forma, la exigibilidad jurídica de un derecho de provisión de la CDN, transformado en constitucional por aquellas Constituciones que le den ese rango, lo que podrían poner en tela de juicio, dado el caso que se vulneren y se nieguen judicialmente, no es sólo la responsabilidad del Estado con los NNA; la verdad sea dicha el peligro máximo es que se ponga en jaque: la función del Estado de Derecho, simplificada en brindar servicios y bienes públicos a la ciudadanía por lo previsto en la ley.

1.4.2.4 Algunas reflexiones finales del uso de la hermenéutica en la exigibilidad política y jurídica

Sintetizando, y tras la exposición extensa que hicimos por el origen, procedimientos y posiciones suscitadas por la existencia del UNCRC, la posibilidad de visualizar y reinventar un control totalmente dispar a ese órgano, o a lo que podría denominarse el control externo está más cerca de lo que se cree. De la mano de la hermenéutica, la mirada pesimista y enclaustrada en sí misma del UNCRC y la insostenible que comunica Unicef pueden tomar otro vuelo.

Queda hecha la invitación con todo lo expuesto para recorrer la tangente del control dual en aras de mejorar la incidencia de cada derecho de un NNA; un control que tome como referencia lo político de la mano de la justiciabilidad. Eso sí, sin olvidar varias reflexiones necesarias para transitar por esa perspectiva de control:

- 1) Con la hermenéutica respondemos a la pregunta que titula este capítulo; lo hacemos señalando que: el control de la CDN está a cargo de los NNA y de sus colaboradores adultos, en paralelo, a la labor del UNCRC. La infancia ni las organizaciones que velan por sus derechos tendrían que esperar a que el UNCRC le comunique al Estado sus recomendaciones para empezar o continuar realizando un control de la CDN. De ninguna manera, las propias organizaciones de NNA y de adultos pueden maniatarse y quedarse en la expectativa de que la palabra internacional tenga eco en lo nacional. Así como tampoco dogmatizarse en el control político de la movilización sin tomar en cuenta, la aún virgen justiciabilidad, que en Latinoamérica, poco y nada se ha puesto a nadar en lo que respecta a los derechos de los NNA.
- 2) Sin la hermenéutica, es decir, sin la interpretación extensiva y holística de la CDN y del UNCRC, habría sido casi que imposible superar la posición pesimista, postular insumos para el control político de los derechos de los NNA y pensar en el fenómeno de la justiciabilidad. Realmente, sin la hermenéutica, la interpretación pesimista tendría toda la ventaja para señalar que es imposible el control de la CDN, limitando la exigibilidad de los NNA y advirtiéndoles casi apocalípticamente que no hay más remedio que la resignación cuando un derecho es vulnerado por el Estado o un particular.
- 3) La justiciabilidad como el propio control político tiene avisos de incertidumbre, lo que no puede forzarse para desecharla. En efecto, todas las demandas de constitucionalidad que se interpongan ante un Tribunal Constitucional

650 Ibid. p. 119.

alegando que cierta ley viola la legalidad de la CDN, o que el Estado por omisión está generando una hecatombe en los derechos de provisión de los NNA no augura triunfos y esa actividad puede ser igual de desgastante que la de la movilización política.

Ya sea por las representaciones sociales sobre infancia que tengan los magistrados, por su ignorancia en la CDN, o en comprender al Derecho Internacional de Derechos Humanos como fuente del Derecho Interno. De cualquier manera, dado el caso, que se percibiera en el lado demandante de las leyes ilegales de la CDN, que los magistrados omiten la hermenéutica, es legítimo que se pida al tribunal, o “conviene promover la presentación del *amicus curiae* para dar una dimensión pública al debate judicial, y abrir la posibilidad de brindar al tribunal argumentos y opiniones que puedan servir para una decisión ilustrada sobre el tema debatido”⁶⁵¹.

- 4) Para poner una demanda de constitucionalidad contra una ley considerada denigrante de la CDN, o para iniciar el viaje de la justiciabilidad, es imperioso tener una presencia social. Quejas judiciales individualizadas difícilmente pueden tener incidencia.

Por lo cual, sería importante ahondar esfuerzos de parte de las organizaciones sociales y de NNA para sumarse construir o sumarse a observatorios judiciales atentos a rastrear leyes denunciabiles e iniciar procesos contra ellas gracias a la justiciabilidad.

- 5) Finalmente, quisiéramos subrayar la importancia de la justiciabilidad como método complementario de control a la exigibilidad política más clásica. Rechazarla por su procedimiento jurídico, es desvirtuar que en el fondo, la justiciabilidad es un uso político de las leyes para tener a la mano un derecho⁶⁵².

651 Op.cit. LEÓN GÓMEZ, Alberto. p. 67.

652 Y con esto no queremos entrar a la interpretación de la política como los intereses de cada grupo sobre los demás que le criticaron a la Escuela Crítica del Derecho estadounidense cuando soltó su proclama famosa de: “El Derecho es política”. Tratamos de decir que emprender la justiciabilidad parte de una decisión política por emprender una acción que haga posible el derecho. No se trata de abocar e imponer judicialmente una justicia discrecional, sino que por vía judicial las propias leyes se apliquen.

Capítulo 2: Las resistencias y los obstáculos que enfrenta la CDN

La frase común con la que se abordan los derechos humanos especificados de los NNA, sobre todo cuando es inamovible la idea de que no se puede romper con la impunidad que beneficia a sus violadores, es que “no sirven para nada”, o que “son un saludo a la bandera”. Sin embargo, una de las primeras condiciones para romper con esa supuesta inutilidad es conocer y detallar los factores, actores y motivaciones que inhabilitan su aterrizaje en la vida concreta de los NNA. Algo que por lo general no se hace, pues condenamos muchas veces, sin diagnósticos previos que abran salidas y soluciones a los problemas. Sin más, el último capítulo del texto, entra a estudiar si el paradigma contenido en la CDN está en crisis; al igual que presenta un listado de las principales resistencias a su desarrollo pleno, entre las cuales, en tono de novedad, incursionamos en las del terreno epistemológico, o en otras palabras, sugerimos que los derechos de los NNA sufren tantos vejámenes y aplazamientos porque se conocen restringida, o parcialmente y mucho menos se comprenden a cabalidad.

2.1 La CDN: un paradigma sin grandes logros que aún no entra en crisis

Que a más de dos décadas de la CDN, consideremos vital, hacerle publicidad a la perspectiva hermenéutica para que sea tomada en cuenta a la hora de producirse la política pública, o cuando se ejercita una decisión judicial, administrativa o legislativa relativa a los NNA; y que de paso también proponamos a la hermenéutica como método para implementar el control de la CDN, revela una verdad evidente y muy triste: la CDN en la vida cotidiana es minusválida.

Ciertamente, el mero hecho de pensar salidas a la defectuosa mirada de Unicef acerca del UNCRC como un supuesto órgano de control de los Estados, vigilante de sus compromisos con los derechos de los NNA, es diciente, en que a diario se les pisotea, anula, aplaza, o se les ejercita mal y a medias. Vale aclarar, que toda esta ineffectividad por ahora no ha conllevado a que el paradigma de la protección integral entre en crisis, como en su momento si lo hizo el de la situación irregular, dado que, ha sido capaz de mostrar resultados y autogenerarse respecto de sus planteamientos, condición *sine qua non* de cualquier paradigma para ser vigente⁶⁵³. En otras palabras, en vez de retroceder ha logrado algún tipo de avance, de reconocimiento y de revalidación de sus postulados. Téngase presente, que para el año de 1990 la Tasa de mortalidad de menores de 5 años (TMM5)⁶⁵⁴, indicaba que 40.000 niños morían

653 Todo “paradigma está recursivamente unido a los discursos y sistemas que él genera. Es como la dovela que mantiene unido el conjunto de las piezas que constituyen la bóveda, pero que es mantenida por el conjunto de las piezas que ésta mantiene. Sostiene, en suma, a aquello que lo sostiene. Como en toda organización recursiva viviente, el generador sin cesar tiene necesidad de ser regenerado por aquello que él genera y, por tanto, necesita confirmaciones, pruebas, etc; que demuestren la verdad del sistema cuya dovela constituye. Sin cesar debe actualizarse en conocimientos, reconocimientos, verificaciones [...] El agotamiento de la confirmación, la irrupción no reprimida de los datos o argumentos que contradigan sus leyes es lo que crea las condiciones previas para una revolución paradigmática”. MORIN, Edgar. *El Método. Las Ideas*. Ediciones Cátedra. Madrid. 1992. p. 224.

654 La TMM5 contabiliza la probabilidad de muerte desde el nacimiento hasta la edad de 5 años, expresada por cada 1.000 nacidos vivos.

diariamente a nivel mundial⁶⁵⁵, que para el año 2000 la cifra se redujo a 30.500⁶⁵⁶, y que a estas alturas la tendencia sigue a la baja con 26.000 niños asesinados por el despotismo político⁶⁵⁷, que sigue permitiendo la hambruna estructural y la existencia de enfermedades erradicables y tratables como el paludismo y el sarampión en por lo menos 60 países en vía de desarrollo⁶⁵⁸.

Aunque la anterior estadística es tétrica y oculta el drama humanitario de la infancia más pobre, trae consigo, el aviso de un avance, mínimo y concentrado, o sea, la autovalidación iniciática de las intenciones de la CDN en ciertas infancias y en ciertos derechos. De este modo, quisiéramos apuntar, que la CDN tenga dificultades para aterrizar en el mundo concreto y que en las percepciones usuales de la gente se le desestime no puede dar pie a postular de un tajo retórico que adolece de una crisis paradigmática e interna. De hecho, si particularizamos la TMM5 en los países suramericanos, es sobresaliente que la misma sigue el rumbo mundial, tal y como lo muestra el siguiente cuadro:

CUADRO 11. Evolución de la TMM5 en Suramérica.

País	TMM5 en 1990	TMM5 en 2009
Argentina	28	14
Bolivia	122	51
Brasil	56	21
Chile	22	9
Colombia	35	19
Ecuador	53	24
Paraguay	42	23
Perú	78	21
Uruguay	24	13
Venezuela	32	18

Fuente: Estado Mundial de la Infancia 2011. p.p 88-91. Elaboración propia: Camilo Bácares Jara-lfejant.

De esta manera, la minusvalía de la CDN no responde a una involución, a un retroceso, a una aplicación en reversa que la desprestigie. Es decir, a que a partir de su aparición y de la aceptación de los Estados de la CDN y sus obligaciones respectivas, los derechos no fueran capaces de dar resultados positivos, sino negativos con la muerte de más NNA que en el pasado, el aumento de los NNA sin escolarización, la limitación de los servicios de vacunación, la ampliación de la violencia física contra los NNA o la utilización recurrente de técnicas para silenciarlos cuando quisieran expresar su opinión, etc.

655 Op.cit. Estado Mundial de la Infancia. 1990. p. 3.

656 Op.cit. Estado Mundial de la Infancia. 2000. p. 16.

657 Hablamos de asesinato porque "en el estado actual de desarrollo de las capacidades de producción agrícola, el planeta podría alimentar sin problema a 12.000 millones de seres humanos, es decir el doble de la población mundial actual. Conclusión: esta masacre diaria por el hambre no obedece a ninguna fatalidad. Detrás de cada víctima hay un asesino. El actual orden mundial no es solamente mortífero, también es absurdo. La masacre existe en una normalidad glacial. La ecuación es simple: quien tiene dinero come y vive. Quien no lo tiene sufre, se vuelve inválido y muere. No es ninguna fatalidad: quien muere de hambre muere asesinado". Op.cit. ZIEGLER, Jean. pp. 247,248.

658 Op.cit. Unicef. Estado Mundial de la infancia. 2008. p. 1.

Nada de eso ha sucedido: hoy por hoy la calidad de vida de la infancia es superior a todos los tiempos anteriores a la CDN. O para ser más claros y no ser tergiversados, al presente la CDN se convirtió en una barrera que por lo menos ha servido para que los NNA no tengan un nivel de vida y un trato del Estado peor al que tenían hace dos, tres o cuatro décadas.

Por supuesto, los fenómenos que tiempo atrás dañaban a la infancia y que fueron factores de impulso para la redacción de la CDN continúan, pero cada vez tienen menor potencia, con todo y su auge. En vez de crecer, decrecen, aunque siguen vivos y dispuestos a vulnerar los derechos de los NNA. Para sustentar lo dicho, nada mejor que analizar la Tasa de Mortalidad Infantil (TMI) en una de las regiones más empobrecidas del continente suramericano⁶⁵⁹. La provincia de Misiones en la Argentina, que a pesar de sufrir de una TMI superior en las dos últimas décadas a la media nacional, ha experimentado un descenso muy importante en la misma, al pasar de 54 niños muertos por mil nacidos en 1980, a 16,6 niños en el 2004⁶⁶⁰. Asimismo, en esa provincia también podría señalarse como la inscripción de los NNA en el registro civil, principio de validación de su derecho al nombre y a la identidad, ha aumentado con los años, pues en “Misiones, los registros mensuales pasaron de 2.500 en el 2003 a 4.000 en el 2004. Actualmente, se realizan en la provincia de 12.000 a 15.000 trámites mensuales de solicitud del DNI”⁶⁶¹.

Ahora bien, para despejar cualquier duda, o análisis truncado es importante preguntarse: ¿Cómo puede suceder esto en pleno período neoliberal? ¿Cómo es posible que no se presente una involución numérica en los servicios del Estado relativos a los derechos de los NNA cuando la pobreza ha aumentado y las brechas entre los que más tienen y los que menos tienen se han ampliado notoriamente⁶⁶²?

En efecto, gracias a los programas de ajuste estructural que se aplicaron en Latinoamérica a inicios de los noventa, para incrementar el Producto Interno Bruto (PIB), reducir la inflación y equilibrar los pagos de la deuda externa, los servicios sociales básicos, clásicamente otorgados por el Estado, cesaron en su mayoría al pasar a ser brindados por el sector privado. En todo ese trajín la participación ciudadana fue minimizada y se hizo a un lado a la hora de que se privatizaran las empresas públicas, se restringiera el gasto social y se desregularan los mercados con la eliminación de los controles de precios y de subsidios a los bienes de primera necesidad.

No obstante, con toda y esa dirección proclive a desahuciar el pacto de los derechos de los NNA, en particular sus derechos de provisión, la práctica de la CDN no bajó ni descendió a otrora épocas, debido a que, en paralelo a las reformas económicas se aplicaron programas sociales compensatorios para los NNA⁶⁶³, en los temas de alimentación, salud, educación y se crearon programas de transferencias condicionadas

659 La TMI contabiliza la probabilidad de muerte desde el nacimiento hasta la edad de 1 año expresada por cada 1.000 nacidos vivos.

660 Situación de la niñez en la frontera y de la adolescencia en la triple frontera entre Argentina, Brasil y Paraguay: desafíos y recomendaciones. Unicef. Marcia Anita Sprandel (coord.). Curitiba. 2005. p. 29.

661 Ibid. p. 47.

662 “No cabe duda de que el mercado mundial ha redundado en enormes beneficios para una pequeña minoría dotada de capital y aptitudes. Entre 1994 y 1998, las 200 personas más ricas del mundo han duplicado con creces su fortuna neta para llegar a más de 1 billón de dólares. Mientras tanto, las disparidades siguen aumentando: en 1960, la diferencia de ingreso entre la quinta parte más rica de la población mundial y la quinta parte más pobre era de 30 a 1; en 1997, fue de 74 a 1”. Op.cit. Unicef. Estado Mundial de la infancia. 2000. p. 23.

663 VÁSQUEZ, Enrique. CORTEZ, Rafael. RIESCO, Gustavo. Inversión social para un buen gobierno en el Perú. Universidad del Pacífico. 2000. p. 114.

a sus familias para luchar contra la pobreza, más que por un respeto a la legalidad, por comprenderlos como figuras del futuro. Por ejemplo, en el Perú, el “Ministerio de la Presidencia se encargó de los programas sociales de emergencia, Foncodes, Pronaa, Inabif, entre otros, desarrollando la Estrategia Focalizada de Lucha contra la Pobreza Extrema 1996-2000. Hasta antes de 1995, si bien el Perú había desarrollado programas sociales, no se les había dado la importancia necesaria. Mientras en 1993 el gobierno destinó al Pronna S/. 58 millones, en 1995 la cifra se incrementó a S/. 213 millones, lo cual demuestra el cambio de énfasis en esta política”⁶⁶⁴.

2.2 Las resistencias a la aplicabilidad y desenvolvimiento de la CDN

Estas son las razones que hacen de momento, que la CDN sea una simple sobreviviente: ni retrocede, pero tampoco avanza con destellos. Así, la mala vida de la CDN en la actualidad no tiene causas endógenas o se da a raíz de una imposibilidad de autolegitimarse, dado que, pruebas de logros tiene. Muy por el contrario, se debe a la fatalidad de cargar sobre su espalda un grupo de resistencias políticas, económicas, culturales y epistemológicas a su proyecto político, que a final de cuentas, hacen que su aplicabilidad sea precaria y desordenada. Factores resistentes que en su mayoría eran inevitables, si partimos de la verdad, que la CDN aparece después de 1989 años de desiertos y vacíos de derechos para los NNA.

Particularmente, cuando hablamos de resistencias nos referimos a todos aquellos pensamientos, costumbres, acciones y discursos que impiden el libre desenvolvimiento de los derechos de los NNA en políticas públicas integrales y respetuosas de los principios de la CDN. A nuestro modo de ver, dichas resistencias se pueden agrupar en los cuatro grupos que dilucidaremos a continuación:

2.2.1 Resistencias políticas

Estas se expresan en el tipo de comportamiento que tienen el principal depositario de la responsabilidad de hacer verídica la CDN: el Estado. Comúnmente, en la mayoría de las decisiones y proyectos políticos impulsados por los organismos del Estado se llega hasta cierto punto de lo que propone la CDN, o mejor, se desarrollan ciertas reformas formales que no tienen impactos profundos en los modos de vida de la infancia. Empeorando esta situación, aparecen políticas que toman un rumbo distinto a impulsar y activar los derechos de la infancia, como las centradas, en promocionar la inversión extranjera, en aumentar las exportaciones, la seguridad y el pie de fuerza pública en desmedro de los servicios sociales y la participación ciudadana.

Por lo tanto, el abordaje estatal de la CDN, o es parcial, o es totalmente equivocado; ¿cuáles hechos políticos auspician esta dinámica? Creemos que los dos siguientes:

2.2.1.1 Abulia política de los gobiernos de turno: Este es el gran mal que daña a la CDN y por lo demás al paradigma de los derechos humanos. De ninguna manera una política de infancia leería parcialmente a la CDN, o la desconocería si la abulia de los gobernantes no se manifestara.

En gran parte la preponderancia de la abulia política gubernamental tiene asidero en el uso que se le dio a la ratificación de la CDN: legalizarla,

664 Ibid. p. 117.

brindaba la ventaja de ser reconocido por la comunidad internacional como instituciones comprometidas con los derechos humanos y los valores democráticos; de ahí en adelante, el interés por aplicarla quedó relegado a un segundo plano. Recuérdese, que la “ratificación de la CDN se llevó a cabo y extendió en América Latina gracias a la instauración de las nuevas democracias, tras las brutales dictaduras de la década de los setenta”⁶⁶⁵. De esta manera, el interés político por la CDN quedó limitado a una etapa primeriza, la del compromiso de aplicarla, para así lograr un reconocimiento diferente al de un Estado enemigo de los derechos humanos de los NNA.

Desde ese hecho puntual, la falta de voluntad política en la mayoría de países del mundo se ha manifestado con descaro. Son pocas las expresiones políticas que dan el salto a aplicar de lleno e integralmente la CDN; que dan por superada la promesa pirotécnica de su aplicación.

Todo por causa de la inexistencia de una política de Estado, sistemática y a largo plazo, para los NNA y sus derechos. Cualquier asomo de apertura política para aplicar la CDN queda sujeta a la discrecionalidad de los gobernantes de turno; de los deseos por enterarse y darle rienda a ese tema de los “derechos de los más pequeños”. Dos pruebas nos dan la razón, una ya desperdiciada y otra que hasta ahora avanza.

En primer lugar, el mundo presencié en la última década del siglo XX, como los gobernantes que saludaron con efusividad y se comprometieron a cumplir las 36 metas acordadas en *La Cumbre Mundial en Favor de la Infancia de 1990*, carecieron del coraje político para reinventar la vida de los NNA de los cinco continentes. En esa época se estimó que para alcanzar los principales objetivos propuestos se necesitaban, alrededor de, 20.000 millones de dólares anuales a lo largo de la década, los cuales, pudieron repartirse de la siguiente forma:

CUADRO 12. Estimación de recursos económicos necesarios para el cumplimiento de las metas principales acordadas en la Cumbre Mundial en Favor de la Infancia de 1990.

Tipo de objetivo	Costo anual
Objetivos en materia de salud	3.000 millones de dólares anuales
Objetivos en materia de nutrición	3.000 millones de dólares anuales
Objetivos en materia de educación	5.000 millones de dólares anuales
Objetivos en materia de agua y saneamiento	9.000 millones de dólares anuales

Fuente: Estado Mundial de la Infancia 2000. p 15. Elaboración propia: Camilo Bácares Jara-Ifejant.

Aunque la suma de por sí puede parece alta y sobre todo si se multiplica por los 10 años de plazo de cada meta, lo que nos daría un total de 200.000 millones de dólares para edificar los derechos sociales más básicos, podemos afirmar sin ligereza, que alcanzar ese costo sí que fue posible. Empezando,

665 GIBBONS, Elizabeth. La Convención sobre los Derechos del Niño y la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. En, Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta. Alicia Ely Yamin (Coordinadora). Editores Plaza y Valdes. México. 2006. p. 265.

por la suma requerida, pues en realidad no era tan estrambótica: esa misma cantidad equivalió en su momento al gasto militar mundial de cada diez días⁶⁶⁶, o representaba la octava parte del 1% de la renta mundial anual⁶⁶⁷.

Seguidamente, si la excusa a presentarse para legitimar la inacción de los Estados fuera la falta de un liderazgo o de un plan para ordenar los recursos y distribuirlos, de igual forma habría que decir que ese lineamiento existió, pero se utilizó como una medida proselitista de los gobernantes que si quiera se llegaron a enterar de su existencia. Hablamos claro, de la famosa iniciativa 20/20 que tuvo como premisa que la pobreza podía ser derrotada con la reorientación pública de los recursos de una economía que manejaba 30 billones de dólares anuales con el fin de garantizar el acceso de todos a los servicios públicos.

Idea pensada y socializada por James Grant, Director Ejecutivo de Unicef, que se dio a conocer en 1994 “durante la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo, y continuó el año siguiente en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhague”⁶⁶⁸. Esta propuesta impulsó tres postulados políticos para lograr alcanzar y cumplir a tiempo las metas de *La Cumbre Mundial en Favor de la Infancia de 1990*:

a) Que los países industrializados por medio de la Asistencia Oficial para el Desarrollo (AOD) aportaran un 20% a los servicios sociales básicos: Los países donantes por medio de la cooperación internacional, pudieron dar flujo a este proyecto de desarrollo humano. Lamentablemente, la tendencia de sus donaciones muestra que en lugar de “aumentar hasta la meta del 0,7% del producto nacional bruto (PNB), ha disminuido en un tercio desde 1986 y representó en 1997 un promedio de un 0,22% del PNB, el punto más bajo desde 1970”⁶⁶⁹.

Esta contracción de los aportes internacionales carece de excusas, dado que, las economías de esos mismos países crecieron con los recaudos de la deuda externa y su “producto nacional bruto (PNB) aumentó en casi un 30%”⁶⁷⁰. Siendo cierto, que las principales potencias del mundo abdicaron en su compromiso con los NNA más desvalidos y necesitados fuera de sus fronteras y políticamente se desentendieron de sus sufrimientos.

b) Que los países en vía de desarrollo asignaran un 20% de su presupuesto nacional a los servicios sociales básicos: Ciertamente, lograr impulsar el bienestar humano de los NNA más necesitados exige, a su vez, la responsabilidad presupuestaria de sus Estados. Cuba en América Latina lo logró hacer; incluso países con crisis mayores y economías más limitadas como Belice, Burkina Faso, Namibia, Níger y Uganda asignaron hacia el 2000, aproximadamente, un 20% de sus presupuestos a los servicios sociales básicos⁶⁷¹.

666 Op.cit. Unicef. Estado Mundial de la Infancia. 1991. p. 16.

667 Ibid. p. 15.

668 Op.cit. Estado Mundial de la Infancia. 2000. p. 37.

669 Op.cit. Estado Mundial de la Infancia. 2000. p. 23.

670 Op.cit. Estado Mundial de la Infancia. 2000. p. 38.

671 Op.cit. Estado Mundial de la Infancia. 2000. p. 38.

Normalmente, la mayoría de gobiernos del tercer mundo, sólo destinan un 13% de sus presupuestos a esos fines, proporción marcadamente inferior a la necesaria⁶⁷². Pero lograr llegar sostenidamente a la escala del 20%, tiene posibilidades amplias, si se cancelaran los gastos improductivos para el bienestar de las comunidades y el progreso económico nacional que dejan la compra de armamento bélico.

c) Que se reorientara el gasto militar a servicios sociales básicos: La tercera partitura de la iniciativa 20/20 reconoce que para lograr la estabilidad de un 20% de recursos destinados únicamente a servicios sociales, se requiere de la desinversión en otro rubro: la industria militar.

La prioridad para alcanzar el desarrollo depende de la preocupación y la inversión en el ser humano. No obstante, los países en vía de desarrollo siguen alimentando la guerra y no a la gente, tal y como lo hizo público “el Arzobispo Desmond Tutu cuando criticó el plan de Sudáfrica de adquirir en Alemania, el Canadá, Francia, el Reino Unido y Suecia aviones de caza, corbetas, helicópteros y submarinos, por valor de 5.000 millones de dólares. Dijo: “Nuestro país necesita maestros y libros, agua no contaminada y clínicas. Los miles de millones de dólares gastados en aviones de caza deberían destinarse a elevar las condiciones de vida de nuestro pueblo”⁶⁷³.

Conclusión: las maravillosas 7 metas principales que se trazaron en *La Cumbre Mundial en Favor de la Infancia de 1990* tuvieron chances de ser reales; la abulia política de todos los mandatarios lo impidió, puesto que, se tenía idea de cuánto costaba hacerlo, cómo obtener los recursos y cómo aplicarlos, más sin embargo, los gestos políticos fueron tenues y paupérrimos para cumplir lo prometido.

En segundo lugar, los recién estrenados Consejos Consultivos de Quito, Montevideo y Lima expresan como los derechos, en este caso el de la participación, también está sujeto al interés y a la voluntad política de cada regente estatal⁶⁷⁴. Cada uno de estos espacios institucionalizados de la participación deviene, en gran parte, del deseo personalizado o de la discrecionalidad gubernamental para que los NNA opinen sobre lo que les afecta a nivel municipal⁶⁷⁵. No son una manifestación de una política de Estado nacional, o acaso, ¿en Perú existen a lo largo y ancho de la

672 Op.cit. Estado Mundial de la Infancia. 2000. p. 38.

673 Op.cit. Estado Mundial de la Infancia. 2000. p. 38.

674 Esta experiencia de los Consejos Consultivos no es tan nueva, o tan suramericana como parece. En Europa desde mediados de los noventa existen sus equivalentes: los Consejos Municipales. Se estima que hay “más de 400 en Francia, y en otros países, como Italia, España, el Benelux y Escandinavia [...] Actualmente están empezando a extenderse en Austria, Alemania y Suiza, y, en algunos países del antiguo bloque socialista, están empezando a nacer. Algunos de estos Consejos son permanentes con elecciones periódicas y plazos establecidos de mandatos, otros tienen una vida más corta y reciben la apelación de Parlamentos Infantiles”. MILNE, Brian. La participación de los niños: una visión general de su contribución en los procesos democráticos. Revista Nats. N°3-4. Lima. 1997. p. 33.

675 Vale estar muy atentos a la institucionalización de la participación que toma vida en Suramérica con los Consejos Consultivos, ya que pudieran correr la misma suerte de los Consejos Municipales o los Parlamentos Infantiles europeos, en donde las sugerencias y recomendaciones de los NNA no tienen efectos y toda la dinámica es adultocéntrica. En realidad, se “podría decir que estos consejos municipales infantiles son todavía más un símbolo que un intento real de integrar a los niños, con un rol de más responsabilidad, en la organización de la sociedad civil”. Ibid. p. 33.

república Consejos Consultivos similares al Consejo Consultivo de NNA de Lima Metropolitana (CCONNA)? De tal manera, la institucionalización de la participación parece estar capturada o ser presa de la predisposición del gobernante para inaugurar centros donde la voz de los NNA se incorpore a las políticas públicas dedicadas a sus derechos.

Finalmente, como un extra, o un añadido a la abulia política que trunca la CDN, es importante señalar la falta de criterio político de las agencias internacionales para reequilibrar los recursos que manejan en favor de los NNA. Bien se sabe, que la protección de los derechos ha generado una economía burocrática que consume los presupuestos destinados a la infancia, sin que decisiones de alto calibre político estén decididas a cambiar esa situación⁶⁷⁶. Palabras más, palabras menos, parece ser que los presupuestos de los organismos intergubernamentales dedicados a la infancia se centralizan en su cuerpo administrativo y no en su razón de ser: los NNA⁶⁷⁷. Sabiendo esto, vale preguntarse ¿reside, o no, en las direcciones ejecutivas de Unicef y de la OIT una abulia marcada para reorientar el destino y los personajes beneficiados por los recursos que manejan?

2.2.1.2 Debilitación del Estado de Derecho por política internacional del Banco Mundial: Los gobiernos latinoamericanos de los noventa para acá, rediseñaron el concepto y la práctica del Estado de Derecho, lo que sin lugar a dudas trajo consigo montañas a cuestas para la CDN y toda la doctrina de los derechos humanos.

Un cambio de contenido que tuvo una presión exógena del Banco Mundial en el justo instante en que empiezan a aprobar los créditos y los préstamos solicitados por los Estados para solventar la crisis de la deuda externa de los ochenta; prestaciones que no se dieron a cambio de nada, sino de mucho: la modificación del Estado de Derecho a los intereses de la economía de mercado.

Básicamente, el Estado de Derecho “hace referencia al movimiento en el que el derecho hace del poder un objeto de control, limitación jurídica y despersonalización”⁶⁷⁸. O sea, que el Estado tiene que regirse y conducirse

676 Es de conocimiento público que "...muchos de los organismos multilaterales destinan más dinero a gastos corrientes (planillas y gastos administrativos) que a los niños. Se calcula que el 80% del presupuesto de UNICEF se dispendia de esa forma y un informe oficial del propio IPEC (Programa de Erradicación de las peores formas de Trabajo Infantil), preparado por el gobierno español que financia ese programa en toda Sudamérica, con excepción de Brasil, indica que más del 50% de su inversión fueron consumidos por el *overhead* de OIT (Organización Internacional del Trabajo, organismo que actúa como paraguas de ese programa) y los gastos corrientes, entre los que destacan los pagos por pasajes y viáticos de los expertos internacionales". CASTRO, Jorge. La infancia en debate: entre derechos y necesidades. En Para atender a los niños. Reflexiones, indagaciones y propuestas de intervención. Editor CASTRO, Jorge. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 2006. p. 249.

677 Unicef recibe donaciones, en promedio, de dieciocho países: catorce europeos más Canadá, Japón, Australia y Estados Unidos. El gobierno estadounidense es el primero de ellos, con una suma total de 277 millones de dólares. Su presupuesto, prácticamente, no se destina en la práctica cotidiana a los NNA, porque su misión está enfocada a evaluar la situación de la infancia y a promocionar los derechos de los NNA, a través de "seminarios, publicaciones, estudios especializados, etc. La financiación directa de algunos programas o el suministro de material médico o sanitario ha disminuido, cediendo su lugar a la promoción de los derechos del niño. Hay dos motivos para esta disminución: en primer lugar, las acciones de asistencia tienen un coste elevado y los presupuestos de los programas de cooperación de la Unicef representan para cada país el presupuesto de una ONG occidental media y, por otra parte, la organización está orientada más hacia un trabajo activo de difusión de los derechos del niño que a la implementación de programas de asistencia, excepto en caso de crisis humanitaria". Op.cit. DE DINECHIN, Philippe. p.p 66, 67.

678 Op.cit. BURGOS SILVA, Germán. p. 97.

dentro de los márgenes jurídicos o la estructura normativa que ha construido⁶⁷⁹. En un principio, para evitar el autoritarismo, el despotismo y el uso arbitrario del poder político; por eso se dice que el Estado de Derecho “sería la forma más adecuada de organizar el poder estatal con el fin de hacer posible la libertad, evitando los riesgos generados por el monopolio de la fuerza que modernamente lo ha caracterizado”⁶⁸⁰.

Cabe acotar, que la legalidad que limita al poder político no es simple y formal; tiene una sustancialidad muy expresa: garantizar los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Es decir, las leyes que subordinan al Estado le heredan deberes públicos negativos y positivos, que le impiden no hacer nada que ponga en riesgo la vida y las libertades civiles y políticas, así como la obligación de satisfacer los derechos sociales, económicos y culturales de las personas. Con mayor claridad, en un Estado de Derecho ninguno de los poderes públicos puede obrar o llevar a cabo una acción que vaya en contra de los derechos fundamentales de una persona, debido, a que violaría las leyes democráticamente constituidas y con rango constitucional.

Lo que se traduce en que el Estado tiene como cometido actuar en favor de los derechos humanos de todos, incluidos los NNA. Una determinación mucho más obvia, si recordamos, que la CDN tiene cabida en la mayoría de las constituciones políticas latinoamericanas, suceso de gran significancia para la infancia, puesto que, el Estado quedaría impedido para tomar decisiones sobre los NNA que atenten contra sus derechos o lo prescrito en la ley. Aún así, sabemos que la discrecionalidad abunda en las decisiones administrativas, judiciales y legislativas relativas a los NNA.

Superando la razón que nos diría rápidamente que ello se debe a la “buena moral” tutelar que pasa por encima de la ley, porque, al tratarse de los NNA el sentido común aparenta ser más efectivo para proteger su bienestar que el pacto político de los derechos. Consideramos que el reino de la discrecionalidad e invisibilidad del NNA como sujeto de derechos tiene mucho que ver con el acabose del Estado de Derecho que acabamos de definir.

Justamente, al Banco Mundial el Estado de Derecho le llamó la atención y le pareció fundamental para la activación de las economías que dejaba la crisis del desarrollismo de los ochenta. En esencia, porque la prevalencia de la ley sobre el poder político, resultaba clave para evitar que un gobierno pudiera generar inestabilidad en una economía.

Lo único que no encajaba en su entusiasmo era el enfoque legal dado para limitar el poder político. Esto es, el Banco Mundial le daba su visto bueno a la idea de la prevalencia de la ley sobre el Estado, más no a una que dificultara los postulados del neoliberalismo.

Por tal razón, “comenzó entonces a condicionar sus préstamos a cambio de la adopción o puesta en marcha por parte de los países prestamistas de ciertas

679 “En este marco, el poder del Estado debe estar limitado por normas jurídicas de tal forma que el gobierno de los hombres dé paso al gobierno de las leyes. En otros términos, “no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*”. Op.cit. BURGOS SILVA, Germán. p. 98.

680 Op.cit. BURGOS SILVA, Germán. p. 102.

leyes o regulaciones que reflejaran las políticas defendidas por el Banco”⁶⁸¹. Sin más, incentivó la creación de un nuevo Derecho que limitara al poder político en aras de proteger un sistema de mercado.

Ese naciente Derecho se formuló a través de variadas reformas legales, pues había que deformar la normatividad regulacionista del mercado que ya existía⁶⁸². Las reformas se presentaron, principalmente, en:

- 1) El Derecho laboral, flexibilizándose la fuerza de trabajo, facilitándose el despido de los trabajadores y la contratación temporal⁶⁸³.
- 2) El Derecho comercial, eliminándose los sobre trámites para las operaciones de los negocios privados, y las diligencias y montos para crear, reestructurar o liquidar una empresa.
- 3) El Derecho tributario, bajándose los impuestos directos a las empresas y a la renta privada de las personas naturales, para favorecer las inversiones, lo que derivó en una sobrecarga carga fiscal en los impuestos indirectos o del consumo para mantener el gasto público del Estado⁶⁸⁴. Igualmente, para el sistema tributario se crearon leyes de comercio exterior, que bajaron y casi eliminaron las tasas y gravámenes de las importaciones⁶⁸⁵.

Impuesta esa nueva legalidad por el Banco Mundial el Estado de Derecho queda simplificado a la obediencia del poder político de leyes resaltantes de la propiedad privada. Su antigua tarea de limitarse cuando pusiera en riesgo los derechos humanos, a la par de promoverlos, deja de ser prioritaria, ya que la institución bancaria internacional hace pública la idea que siguiendo al pie de la letra las nuevas leyes, a largo plazo, se crearan las condiciones idóneas para la vigencia de los derechos humanos; despolitizándolos por completo, invisibilizando la responsabilidad del Estado con los ciudadanos y volviéndolos subproductos, o dádivas del desarrollo⁶⁸⁶.

681 Op.cit. BURGOS SILVA, Germán. p. 17.

682 “Los cambios legislativos obedecían a la idea según la cual los escasos rendimientos económicos de los países en desarrollo estaban asociados de alguna manera a la ausencia de leyes claras, derechos de propiedad y contratos no ejecutables; dificultades en establecer, reestructurar o liquidar las empresas; leyes laborales inflexibles, y regulación sobre regulación de la inversión y de las actividades bancarias, todo lo cual impedía el funcionamiento adecuado de un sistema de mercado”. Op.cit. BURGOS SILVA, Germán. p. 118.

683 Una manifestación clara de la contratación temporal y la inestabilidad del empleo, es el fenómeno de las agencias de trabajo popularizadas como “services”. Las cuales son utilizados por los organismos públicos y privados para contratar trabajadores para que hagan “diversas tareas que décadas atrás eran realizadas por empleados normales de la empresa, como servicio de transporte, mensajería, limpieza, seguridad, etc.”. CONTRERAS, Carlos. Historia del Perú contemporáneo. IEP. Lima. 2010. p. 383.

684 Con la reforma tributaria impulsada por el Banco Mundial los impuestos pagados por los particulares con mayor renta y las empresas es muchísimo menor a los impuestos que paga toda la sociedad mediante el consumo. Esa es una tendencia general en Latinoamérica. En el Perú, por ejemplo, su sistema tributario descansa sobre impuestos indirectos. Véase como “los impuestos directos representaron un 3,8% del PIB para el año 2004 (un 1,6% para 1990), casi un 29% de la carga tributaria del gobierno central, sin incluir las contribuciones a la Seguridad Social. Por otra parte, los impuestos indirectos alcanzaron el 9,3% del PIB (9,1% en 1990), significando un 71,1% de la carga tributaria total, también sin considerar las contribuciones a la Seguridad Social”. Cepal. Implicaciones fiscales de la liberalización del comercio hemisférico para el Perú. Proyecto de fortalecimiento de las capacidades comerciales en el contexto del ALCA. 2007. p. 13.

685 Piénsese en el Perú que a inicios de los noventa, disminuyó su tasa arancelaria de importaciones de un 84% a un 50% dentro de su política de liberalización comercial. Op.cit. VÁSQUEZ, Enrique. CORTEZ, Rafael. RIESCO, Gustavo. p. 115. O los impuestos al comercio y a las transacciones internacionales, se redujeron de un 10,8% en 1990 a un 8,7% en 2004. Op.cit. Cepal. p. 13.

686 “el concepto de Estado de Derecho defendido por el Banco desde comienzos de los noventa no consideraba los derechos como un ingrediente sustancial del mismo, sino que los veía como objetivos contemplados dentro de los avances en el crecimiento, el desarrollo económico y las mejoras en la gobernanza [...] Esto significa que los derechos humanos no sirven como criterio para medir el contenido de las normas y, en particular, de la manera como jurídicamente se ha establecido un particular modelo de desarrollo. Por el contrario, hábilmente, los derechos humanos son asimilados dentro del concepto de desarrollo y finalmente se disuelven y se hacen fundamentalmente

Más adelante, el Banco Mundial, consciente de que la vulneración de los derechos tiene efectos económicos negativos, no le queda otra que rescatar ese tema para evitar ser un mal marionetero de las decisiones políticas de cada Estado prestamista. Así, llega a definir a un Estado de Derecho donde: *"1. El gobierno está limitado por el derecho. 2. Cada persona en la sociedad es tratada de manera igual ante la ley. 3. La dignidad humana de cada persona es reconocida y protegida por la ley. 4 La justicia es accesible a todos"*⁶⁸⁷.

Pese a esto, su inclusión en la legalidad creada es muy limitada. La comprensión de los derechos humanos en esta nueva versión de un Estado de Derecho se circunscribió a tres grupos poblaciones comprendidos como figuras colectivas lesivas para el futuro desarrollo, a menos claro, que se les protegieran sus derechos fundamentales; los sujetos peligrosos a los cuales el Estado debía prestar atención pormenorizada sí, o sí, vienen a ser: las mujeres, los indígenas y los NNA trabajadores⁶⁸⁸.

Como se ve, al final el Derecho que aplaude el Banco Mundial es uno manifiestamente contrario a las regulaciones excesivas del mercado, es decir, "para el Banco las normas deberían incorporar un contenido básico: el reconocimiento y respeto de los derechos de propiedad"⁶⁸⁹. Esa sería su inspiración de acción política. Y compensatoriamente, o en un segundo reglón, las leyes concordantes con los derechos humanos, pero aplicadas sólo a las tres poblaciones relatadas; visión desafortunadísima, ya que el Banco Mundial al sugerirle al Estado ese comportamiento, lo incita a violar uno los pilares de los derechos humanos, según el cual todas las personas y todos los NNA tienen derechos⁶⁹⁰.

No pareciera necesario explorar más en las jugadas políticas del Banco Mundial y en el adiestramiento a los Estados latinoamericanos. Ya puede deducirse con facilidad que el Estado de Derecho que tenemos ha sido falsificado y que nuestros Estados y sus más recientes reformas legales fueron *robotizadas*⁶⁹¹; que el Estado de Derecho actual no es coherente con el concepto erigido en el campo jurídico para la protección y estimulación del ser humano.

Ojalá, toda esta modificación fuera inofensiva; que a nadie le provocara daños. Lastimosamente, las consecuencias sí existen y saltan a la vista: los NNA al ser portadores de derechos específicos fuera del circuito de preocupaciones

dependientes de él, en la medida en que son considerados como subproductos y no como derechos". Op.cit. BURGOS SILVA, Germán. p. 153.

687 Op.cit. BURGOS SILVA, Germán. p. 147.

688 "En efecto, el Banco identificó tres grupos de derechos que deben ser objeto de especial atención. De un lado, estaban los de las mujeres y en particular la defensa de un tratamiento igual ante la ley tanto en sus contenidos como en su aplicación a través del sistema judicial. Igualmente se incluyeron los derechos de los menores trabajadores, para lo cual el Banco recogió lo previsto en las convenciones internacionales de la OIT como el referente aplicable por los países miembros. Finalmente, se mencionó la necesidad de inclusión de las poblaciones indígenas". Op.cit. BURGOS SILVA, Germán. p. 149.

689 Op.cit. BURGOS SILVA, Germán. p. 161.

690 "Este cuestionamiento de la universalidad es crítico para la conceptualización del Estado de Derecho si se tiene en cuenta que el goce de todos los derechos, para toda la población, es una obligación casi automática del imperio de la constitución y la ley y la igualdad formal y material frente a ella". Op.cit. BURGOS SILVA, Germán. p. 163.

691 Ni siquiera los gobernantes neoliberales latinoamericanos pueden ufanarse de haber pensado las reformas legales que impulsaron en sus jurisdicciones. Todas las reformas se pensaron desde la asistencia técnica legal del Banco Mundial, donde a través de préstamos se contrataron consultores que redactaron las nuevas normas comerciales, financieras, administrativas y la más reciente legislación ambiental. Op.cit. BURGOS SILVA, Germán. p. 119.

del Banco Mundial, sufren una anulación o un *stand by* de sus derechos, debido, a que en el diseño de los nuevos Estados de Derecho no cabe ningún esfuerzo por ellos; todo su sudor y dedicación es por el mercado.

2.2.2 Resistencias económicas

Toman cuerpo en el modo en que se distribuye el presupuesto público en la ciudadanía infantoadolescente, o con exactitud, en cuánto invierte el Estado en respaldar los derechos de los NNA⁶⁹². De ser poco, se manifiestan en los puntos donde se focaliza el gasto público; ¿hacia dónde va el dinero del Estado que debería ir a la infancia?

De la buena sinergia entre la ley, la política y el fisco público los derechos pueden, o no, realizarse y vivirse. Cierto es que, la asignación presupuestaria hacia la infancia crea las condiciones estructurales para que los NNA gocen de sus derechos, pues a veces, los planeamientos políticos que se logran construir para esos fines, no vienen acompañados de dineros que los hagan posibles⁶⁹³. Además, reconocer las fluctuaciones y montos de la justicia distributiva del Estado para respaldar los derechos cobra mayor importancia, si se recuerda que en Latinoamérica existen 180 millones de personas en la pobreza, destacándose en la población 71 millones de personas que viven en la pobreza extrema, o sea, que ni siquiera tienen un fondo para garantizar su alimentación y la de los NNA que los acompañan⁶⁹⁴.

Reconociendo pues, que la economía del Estado es crucial para apoyar directamente a los NNA y a su vez a las familias que heredan la corresponsabilidad de protegerlos; hallamos dos grandes resistencias económicas a la CDN:

2.2.2.1 Débil inversión presupuestaria para garantizar los derechos de los NNA:

Era de esperarse que con el rol de gaviero asumido por el Banco Mundial, los Estados de todos estos lares hubieran acertado sus gastos en los servicios sociales más básicos, como son la educación, la salud, la vivienda, el agua y el saneamiento, etc.

Al respecto, el UNCRC ha expresado su preocupación sobre la asignación y el manejo estatal de las finanzas dedicadas a los NNA, sobre todo, al plantear la poca lógica que rige sus decisiones, cuando las economías latinoamericanas han tenido un crecimiento sostenido durante la última década que debió traducirse en una mayor inversión en los derechos de provisión de los NNA⁶⁹⁵.

692 Por esto, muy atinadamente se pregunta Enrique Vásquez: "¿Cómo saber si el gobierno cumple con su compromiso de respetar los derechos de los niños y las niñas del Perú? La respuesta: observando si elabora presupuestos públicos donde se vea que los niños y las niñas son el destino del gasto social". VÁSQUEZ, Enrique. MENDIZABAL, Enrique. ¿Los niños... primero? El gasto público social focalizado en niños y niñas en el Perú: 1990-2000. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Save the Children Suecia. Lima. 2002. p. 31.

693 Para la muestra un botón, el publicitado Plan Nacional de Acción por la Infancia 2002-2010 del Perú, que a pesar de ser aprobado nunca tuvo una asignación presupuestaria; es decir, estaba condenado al fracaso. Esto lo crítica el UNCRC cuando dice puntualmente: "Si bien celebra la aprobación del Plan Nacional de Acción por la Infancia y Adolescencia 2002-2010, así como el establecimiento de una Comisión multisectorial para su vigilancia y aplicación, al Comité le preocupa que no exista una asignación presupuestaria específica para la ejecución del Plan, y que la Comisión de Supervisión no cuente con la participación de la sociedad civil, en particular de las organizaciones dedicadas a la infancia". Documento CRC/C/PER/CO/3, 14 de marzo de 2006. p. 3.

694 "en 2008 la incidencia de la pobreza alcanzó a un 33,0% de la población de la región, incluyendo un 12,9% que vivía en condiciones de pobreza extrema o indigencia. Estas cifras corresponden a 180 millones de personas pobres y 71 millones de indigentes, respectivamente". Op.cit. PEDRNERA, Luis. p. 65.

695 Por ejemplo, el UNCRC le hizo saber al Estado peruano: "Al Comité le preocupa que, a pesar del crecimiento constante de la economía (24% entre 2001 y 2005) y la incorporación de las cuestiones relacionadas con los niños en las prioridades de política, la asignación y ejecución del actual presupuesto dedicado a los niños sea insuficiente. Además, si bien celebra que se hayan establecido unas normas mínimas para la presupuestación, al Comité le

Al 2003, el curso del gasto social en los Estados suramericanos dejaba ver que ninguno había logrado empatar o sobrepasar el margen del 20% solicitado por Unicef en su plan 20/20, a excepción de Uruguay:

CUADRO 13. Gasto social como porcentaje del PIB en Suramérica.

País	Gasto social como porcentaje del PIB en el 2003
Argentina	19.2 %
Bolivia	13.6%
Brasil	19.1%
Chile	14.8%
Colombia	13.5%
Ecuador	5.2%
Paraguay	9.0%
Perú	8.0%
Uruguay	20.0%
Venezuela	11.7%

Fuente: LIWSKI, Norberto. Realidades y perspectivas de los derechos de los niños y las niñas en América Latina. En *Derechos de los niños y las niñas: debates, realidades y perspectivas*; eds. Ernesto Durán, María Cristina Torrado. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2007. p. 30. Elaboración propia: Camilo Bácares Jara-Ifejant.

De tal modo, con un paneo a la inversión general de los Estados de por acá es comprensible que lo que le toca a los NNA es poco, dado que, la suma del gasto social de cada país no es equivalente al gasto real en los NNA, a saber, el total solamente guarda lo poco, o lo mucho, que les toca a ellos.

Lo que nos lleva confesar, que estimar con certeza la cantidad correspondiente a sus derechos es un ejercicio de lo más complicado. Hoy en día, a los propios Estados les cuesta responder con precisión y rapidez a cuánto asciende la asignación presupuestaria para el ejercicio de los derechos de los NNA reconocidos en la CDN.

A razón, que el presupuesto se piensa por sectores sociales (educación, salud, nutrición, saneamiento, justicia, etc) y no por poblaciones. Adicionalmente, por la grave ausencia de un sistema de información que facilite conocer la inversión presupuestada para los NNA, las infancias con mayor apoyo público, las zonas geográficas que concentran el presupuesto, etc⁶⁹⁶.

preocupa que recientemente haya disminuido parte del presupuesto dedicado a la enseñanza, la atención de la salud y otros servicios (como porcentaje del presupuesto/PIB), y que algunas de las asignaciones destinadas a grupos específicos de niños no se gastaran exclusivamente en ellos". Documento CRC/C/PER/CO/3, 14 de marzo de 2006. p. 4.

696 Por ejemplo, los economistas Enrique Vásquez y Enrique Mendizabal quisieron conocer cuánto gastaba el Perú en sus NNA, pero en su investigación sacan a la luz, como hay una alta deficiencia en la información y la estadística del Estado relativo al presupuesto de los NNA; respecto al tema de la salud dicen: "Las diferentes limitaciones que presenta el formato del presupuesto hacen que sea imposible observar al detalle el gasto en los proyectos y programas más representativos a favor de los niños y niñas. Por ello, es difícil identificar el gasto corriente y de capital para un proyecto específico. Ambos gastos se encuentran separados de tal manera, que solo se puede identificar el gasto en capital, sobre todo el de las inversiones en infraestructura en el nivel de proyectos". Op.cit. VÁSQUEZ, Enrique. MENDIZABAL, Enrique. p. 31. Sin embargo, logran estimar cuánto gastó el Perú en algunos derechos de los NNA, a partir de tres fuentes de información primaria: 1) el presupuesto general de la república, editado por el Ministerio de Economía; 2)

Por otra parte, es oportuno acotar que la débil inversión presupuestaria del Estado en los derechos de los NNA, ha generado el sobre abuso de un deber marcado en la CDN: el financiamiento de los derechos de provisión con la cooperación internacional. Algo que no está del todo mal, para apoyar y ampliar la cobertura y la calidad de los servicios sociales básicos. El problema de la cuestión, radica en que la fuente económica de los derechos tenga mayormente un acento privado y cada vez más se amplíe ese estilo de garantizar la CDN.

Tomemos como referencia al Perú: en donde “aproximadamente el 23,7% de las instituciones de cooperación internacional trabaja en programas y proyectos dirigidos únicamente a la niñez”⁶⁹⁷; siendo éstas las garantes principales de los derechos de los NNA de sectores populares que incorporan en su radio como beneficiarios. Es indudable, al leer esa cifra que la cooperación internacional viene cubriendo con creces la responsabilidad del Estado y que su retiro lo sentiría duramente la infancia. Para hacernos una idea de la magnitud de su papel en el Perú, habría que contar que sus programas de alimentación hace unos diez años cubrían a casi la mitad de la población que alcanzaba el Estado con sus programas de nutrición del Foncodes, Pronaa y el Ministerio de Salud⁶⁹⁸.

Básicamente, la cooperación internacional viene validando los derechos de los NNA a través de tres expresiones: 1) atendiendo directa e independientemente las necesidades básicas de los NNA, como por ejemplo, lo hace World Vision que tan sólo en 1999 invirtió en sus proyectos 4.371.019 dólares en el Perú⁶⁹⁹; 2) financiando los programas y proyectos del Estado como tantas veces lo ha hecho Unicef o la Agencia para el Desarrollo Internacional de Estados Unidos (USAID)⁷⁰⁰; 3) financiando Ong’s locales que atienden de manera singular o diversificada los derechos de las infancias más excluidas; especialmente los NNA trabajadores y los NNA de calle⁷⁰¹.

A pesar de lo esencial de ese apoyo para la validación de la CDN, su trabajo esconde un peligro: la institucionalización privada de los derechos. Algo que de ocurrir generaría un cambio de timonel del principal responsable de los derechos de los NNA, un constante atraso en el presupuesto de la niñez y la adolescencia y la desaparición de cualquier politicidad de los derechos. Para hacer corto, lo que tratamos de decir, cada vez sería más difícil llegar o superar

las encuestas nacionales de vida; 3) entrevistas dirigidas a funcionarios públicos y privados. Calculan que el Estado peruano destinó en salud para los NNA en el 2000, una cifra cercana a los 200 millones de dólares, en nutrición infantil, alrededor de 180 millones de dólares y en el sector educación 1000 millones de dólares. Op.cit. VÁSQUEZ, Enrique. MENDIZABAL, Enrique. p.p 41, 75, 102.

697 Op.cit. VÁSQUEZ, Enrique. MENDIZABAL, Enrique. p. 166.

698 “La población beneficiaria del programas de nutrición de Foncodes, Pronaa y el Ministerio de Salud fue de 6.263.481 personas, mientras que para el sector privado la población beneficiaria de los principales programas fue de 3.072.337, un poco menos que la mitad. Op.cit. VÁSQUEZ, Enrique. MENDIZABAL, Enrique. p. 182.

699 Op.cit. VÁSQUEZ, Enrique. MENDIZABAL, Enrique. p. 164.

700 En el tema de educación, “Unicef presupuestó, en 1996, 6.220.000 dólares para el proyecto de “educación primaria” y 4.560.000 dólares para el proyecto de “desarrollo temprano”. Asimismo, USAID, llevó a cabo, entre 1996 y 1999, el proyecto de “Transición a la educación primaria” en Lima, Cuzco, Cajamarca y Apurímac, para el cual se presupuestó un total de 2.213.333 dólares, de los cuales el 30% correspondió a la contribución de USAID”. Por otro lado, en el tema de la salud, Unicef ejecutó entre 1996 y el año 2000 “el proyecto de “Gestión de servicios de salud y medicamentos esenciales”, de 2.150.000 dólares, y “Supervivencia infantil” de 4.790.000 dólares”. Op.cit. VÁSQUEZ, Enrique. MENDIZABAL, Enrique. p.p 172, 177.

701 Op.cit. VÁSQUEZ, Enrique. MENDIZABAL, Enrique. p. 194.

la meta del 20% de inversión en los NNA, pues para cubrir ese hueco fiscal estarían los dineros del exterior; tampoco sería necesario que el Estado creara políticas especializadas para las denominadas *infancias en circunstancias especialmente difíciles*, luego ese sería un trabajo especializado de las Ong's; y avizorando el peor de los escenarios los NNA no tendrían ninguna garantía ni a quién reclamarle en la pululación de las violaciones a sus derechos.

Como sea, con una débil asignación presupuestaria los derechos de los NNA corren el riesgo de ser letra muerta y de imponerse, silenciosamente, un nuevo panorama en el que los derechos sean vaciados de su esencia pública y pasen a ser un saldo u responsabilidad de la justicia conmutativa, la filantropía y la cooperación internacional.

2.2.2.2 La deuda externa: Es la enemiga estructural de la CDN. Siempre está vigente en las prioridades financieras de un Estado, y por ende, le roba capital a lo que se podría invertir en servicios sociales básicos en una sociedad.

Con mucha sinceridad Unicef ha expresado que “no es probable que se logre la vigencia de los derechos de los niños en todo el mundo mientras los gobiernos sigan atrapados en la esclavitud de la deuda”⁷⁰². Y es que las cifras son alarmantes, e impiden anualmente, cualquier giro social de las economías de los países en vía de desarrollo; por ejemplo, en la temporada 1996-1997, “el 4% del gasto del Gobierno central del Camerún se destinó a los servicios sociales básicos, mientras que el 36% se aplicó al servicio de la deuda”⁷⁰³; o en el lapso 1991-1997 el Perú, “pagó un promedio de 1,329 millones de dólares anuales por el servicio de la deuda; más del 10% del presupuesto de la república”⁷⁰⁴; o en Colombia el servicio de la deuda externa consumió en 1998 el 33% del presupuesto nacional ni que decir del año 2000 cuando se gastó en ella el 36,2 % de las arcas públicas⁷⁰⁵.

Se estima, que “la deuda externa de los países menos adelantados ha aumentado desde el 62,4% del PNB en 1985 hasta el 92,3% en 1997”⁷⁰⁶. En los países suramericanos el endeudamiento desde que se inició ha crecido descomunadamente, en especial, a lo largo de la década de los noventa cuando se sobregiraron los préstamos de la banca internacional, condicionados a la revolución del Estado de Derecho y a la liberalización de los mercados⁷⁰⁷.

Un negocio excelente para el sector financiero internacional y los Estados industrializados: si antes se les debía a causa de los créditos para desarrollar la industrialización y la sustitución de importaciones, ahora se les debe en acrecencia con la saturación crediticia para solventar las viejas deudas. Notemos en el siguiente cuadro la escalada de la deuda externa en el territorio suramericano:

702 Op.cit. Unicef. Estado Mundial de la Infancia. 2000. p. 38.

703 Op.cit. Unicef. Estado Mundial de la Infancia. 2000. p. 38.

704 Op.cit. CONTRERAS, Carlos. p. 369.

705 AHUMADA, Consuelo. Una década perdida. En ¿Qué está pasando en Colombia? Anatomía de una crisis. El Áncora Editores. Bogotá. 2002. p. 15.

706 Op.cit. Unicef. Estado Mundial de la Infancia. 2000. p. 23.

707 “De acuerdo con el economista peruano Oscar Ugarteche, las políticas neoliberales fueron introducidas en América Latina mediante un proceso denominado de “condicionalidad cruzada”: los países deben cumplir con todos sus acreedores o, de lo contrario, se les cancelan los acuerdos con los otros”. Op.cit. AHUMADA, Consuelo. p. 20.

CUADRO 14. Evolución de la Deuda Externa en Suramérica de 1970 al 2001.

País	Monto en millones de dólares de la deuda externa en 1970	Monto en millones de dólares de la deuda externa en 1980	Monto en millones de dólares de la deuda externa en 1990	Monto en millones de dólares de la deuda externa en 2001
Argentina	5.810	27.157	62.233	136.709
Bolivia	588	2.702	4.275	4.682
Brasil	5.734	71.527	119.964	226.362
Chile	2.977	12.081	19.226	38.360
Colombia	2.236	6.941	17.222	36.699
Ecuador	364	5.097	12.107	13.910
Paraguay	112	955	2.105	2.817
Perú	3.211	9.386	20.064	27.512
Uruguay	363	1.660	4.415	9.706
Venezuela	1.422	29.356	33.171	34.660

Fuente: TOUSSAINT, Eric. Las crisis de la deuda externa de América Latina en los siglos XIX y XX. Documento escrito para el Seminario Internacional "América Latina y el Caribe: salir del impase de la deuda y del ajuste" organizado por el CADTM (Comité para la Anulación de la Deuda del Tercer Mundo) y por el CNCDD (Centro Nacional de la Cooperación al Desarrollo) en Bruselas, del 23 al 25 de mayo de 2003. p. 5. Elaboración propia: Camilo Bácares Jara-Ifejant.

Como se percata, toda Suramérica al año 2001 tenía una deuda externa de 480.800 millones de dólares⁷⁰⁸. Montos que singularizados, en varios de estos países, "superan el 50 por ciento de su Producto Interno Bruto y el 170 por ciento de sus exportaciones"⁷⁰⁹. Países como Brasil y Argentina, sin olvidar a los demás, tienen deudas tan gigantescas que de manera latente está abierta la puerta a una nueva crisis de pago que lleve a la infancia a sufrir la tragedia de los ochenta cuando se redujo el PIB per cápita de la región 0,9%⁷¹⁰; o, a un nuevo ajuste asimétrico donde toda la carga caiga en los deudores, como ya sucedió en el pasado cuando los acreedores se negaron a hacer algún tipo de descuento; mucho más ahora, que los prestamistas a partir de la segunda mitad de los noventa son meramente instituciones privadas; o sea, el capital en persona⁷¹¹.

Basta una crisis o alzas apresuradas del interés de lo adeudado para retornar a la llamada década perdida. Da escalofríos pensar, que se volviera costumbre lo que hizo Estados Unidos en 1999, cuando ejerció en sus deudores seis alzas de interés, del 4.5% al 6.5%, en un solo año⁷¹².

708 De América Latina en su conjunto la deuda externa ascendía a 764.880 millones de dólares en el 2001. Ibid. p. 5.

709 Op.cit. AHUMADA, Consuelo. p. 16.

710 Esto es, "la renta per cápita al final de la década era sólo 91% de la existente al final de la década precedente, lo que significa que un latinoamericano medio vivía peor al final de 1990 que diez años antes". CARRERA TROYANO, Miguel. La deuda externa en América Latina, Veinte años después: una nueva media "Década perdida". En Revista Investigación Económica. Enero-Marzo. Vol LXIII, N° 247. UNAM. México. 2004. p. 106.

711 "Durante la segunda mitad de la década de 1990 los préstamos de instituciones y gobiernos oficiales se redujeron de manera notoria para América Latina y el Caribe y fueron reemplazados por financiación privada, que se desarrolla fundamentalmente mediante la llamada inversión de portafolio. Cerca del 70 por ciento de los flujos de capital a la región en ese período se dieron bajo esta modalidad, lo que representó un porcentaje tres veces superior al de la década precedente". Op.cit. AHUMADA, Consuelo. p. 15.

712 Op.cit. AHUMADA, Consuelo. p. 16.

La deuda externa al unísono de la deuda interna anula la inversión pública en los derechos de los NNA⁷¹³. Ya quedó demostrado que los servicios de la deuda son mayores que lo que despliegan económicamente los Estados suramericanos en los servicios sociales más básicos. Y en esto, tienen gran responsabilidad los acreedores internacionales que hacen poco y nada para condonar porciones de la deuda en nombre del ISN. Pero sin duda, la responsabilidad mayúscula recae en los gobiernos de turno, al concebir el endeudarse como un símbolo de prestigio y de favorabilidad internacional⁷¹⁴; cada vez que un gobierno obtiene un crédito se publicita con bombos y platillos esa fresca monetaria, más nunca, con esa misma sinceridad y entusiasmo se confiesa a costo de cuántos y cuáles derechos de los NNA se logrará pagar lo obtenido.

2.2.3 Resistencias culturales

Aparte de los inconvenientes políticos y económicos que truncan la buena salud de la CDN, los derechos de los NNA tienen una valla más alta que saltar para lograr su realización: las culturas de infancia.

Si bien es cierto, que una infancia es una construcción social, o una suposición que responde a las preguntas: qué son los NNA y cómo debería ser la interacción con ellos; es similarmente verdadero que, por lo menos a nivel occidental, las diferentes infancias elaboradas, están transversalmente atravesadas por cinco culturas de infancia comunes; es decir, por cinco “formas de pensar y de actuar que una sociedad reserva a sus nuevas generaciones. Pero fundamentalmente, son asimismo una forma de sentir, de disponer nuestra afectividad, de disponer nuestro cuerpo”⁷¹⁵.

Las culturas de infancia son visibles en las actitudes adultocentristas en todos los espacios sociales: en un salón de clase, en el ambiente familiar, en la vida comunitaria, en las altas esferas del Estado. Al fluir ponen en jaque tanto los derechos de provisión de los NNA, al depender en exclusivo de su aprobación y bondad, como los de participación, al ser una extensión en el tiempo contemporáneo de las clásicas ideologías que definen al NNA como limitado, torpe y a medio hacer. Por eso se dice que: “No hay cultura de infancia que no encuentre su razón de ser en el horizonte del conjunto de estructuras y de prácticas sociales dominantes, sean funcionales o sean más bien alternativas a éstas”⁷¹⁶. Analicémoslas por separado y en detalle:

2.2.3.1 Cultura de la prescindibilidad: Los NNA desde la antigüedad han sido innecesarios para la toma de decisiones referidas a ellos mismos y al mundo social. Salvo contadas excepciones promovidas por la pedagogía popular, los movimientos de NNA trabajadores de aquí y de África, a los NNA se les

713 No hay que olvidarse de la deuda interna como factor de disminución de los derechos. En Colombia, por ejemplo, “la deuda interna del sector público también ha aumentado de manera notoria, hasta superar los 22 billones de pesos, que equivalen al 12 por ciento del PIB. La modalidad principal que adopta este tipo de deuda en Colombia es la colocación de los llamados TES (títulos de tesorería), creados en 1990 [...] En realidad, buena parte de la deuda interna del Estado corresponde a deuda privada externa del sector financiero, pues las tasas de interés internas pagadas por el gobierno han sido tan rentables que los bancos privados del país han dedicado parte importante de su actividad a conseguir recursos en el exterior para prestarle al Estado colombiano a corto plazo, en tanto que ellos contraen la deuda en el extranjero a largo plazo y con tasas de interés más favorables”. Op.cit. AHUMADA, Consuelo. p. 17.

714 Op.cit. AHUMADA, Consuelo. p. 16.

715 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia II. p. 43.

716 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia II. p. 44.

ha apartado del dominio de sus propias vidas. Y toda esa historia pesa. No pasa en vano.

Entonces, la cultura de la prescindibilidad informa del apartamiento de los NNA de toda decisión pública o privada. Remitiéndonos, al circuito de leyes que se han creado para su protección (mal o bien concebidas), es fácil constatar que ningún NNA participó de la discusión para cuidar la vida infantil, siguiendo los valores cristianos, que supuso el Edicto del emperador Constantino contra el infanticidio en el 319⁷¹⁷, ni de las primeras legislaciones que regularon la explotación infantil en Gran Bretaña⁷¹⁸, ni de la legislación minorista y tutelar de la situación irregular en Estados Unidos, Europa o América Latina y mucho menos de todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los NNA del siglo XX ni en su aterrizaje nacional en los Códigos de los NNA latinoamericanos.

La prescindibilidad del NNA es tan notoria en ese panorama legal. Empero, no sólo se da a “nivel macro sino también en aspectos cotidianos como de los maestros de aula que pueden prescindir de los niños y los adolescentes para la programación del año y para las decisiones respecto a los grandes lineamientos de los centros educativos”⁷¹⁹; o en la familia, donde los padres, imponen a los NNA vestuario, libros, comida, colegio, amigos, actividades extracurriculares según la expectativa que tengan de sus capacidades⁷²⁰, etc., sin que nunca medie el diálogo o su opinión. Al respecto, llama mucho la atención, como denota en el imaginario español la cultura de la prescindibilidad:

CUADRO 15. Percepción en los hogares de España de la edad ideal para que las opiniones de los NNA empiecen a ser tomadas en cuenta en la familia.

Edad	Respuesta en porcentaje
A partir de los 10 años	11%
A partir de los 12 años	8%
A partir de los 14 años	14%
A partir de los 16 años	16%
A partir de los 18 años	19%
Nunca	2%
Siempre	20%
No sabe no contesta	10%

Fuente: CASAS, Ferrán. *Infancia: perspectivas psicosociales*. Ediciones Paidós. Barcelona. 1998. p. 212. Elaboración propia: Camilo Bácares Jara-Ifejant.

Estos datos españoles producidos en 1991, ponen en sobre aviso que la nimiedad del NNA en cualquier diseño social, político, económico y doméstico se alimenta de la categoría de la edad. Entre más pequeño sea un NNA, ¡en

717 Op.cit. CASAS, Ferrán. *Infancia: perspectivas psicosociales*. p. 218.

718 Op.cit. CASAS, Ferrán. *Infancia: perspectivas psicosociales*. p. 218.

719 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. *Ensayos sobre infancia II*. p. 52.

720 “Cuanto más temprana es la edad en la que para un niño o niña tiene un progenitor la expectativa de que domine una determinada habilidad, más presión educativa se ejerce para que la adquiera, confiéndole una alta valoración positiva”. Op.cit. CASAS, Ferrán. *Infancia: perspectivas psicosociales*. p. 218.

este caso ser menor de diez años! Más pronto se está por fuera de cualquier contrato social.

La edad, justifica si se quiere, el sustento principal de la cultura de la prescindibilidad: la falta de confianza que los adultos tienen en los NNA⁷²¹; al verlos como sujetos vulnerables e incapaces permanentes. Visión que reduce los derechos de participación a su mínima expresión, puesto que lo que espera la gran masa adulta de los NNA es que sean responsables y obedientes antes que pierdan el tiempo pidiendo pista para convertirse en actores democráticos⁷²².

No sobra mencionar, una gran paradoja que carga esta cultura enraizada en los adultos: la prescindibilidad de la infancia es válida para lo político y lo privado; pero jamás para el mercado y el consumo. Astutamente, en esa lógica se ha postulado como cardinal el derecho del NNA a la cultura y la recreación; en deterioro del explícito derecho político a la opinión. Asíumase, que los NNA son clientes apetecidos, consumidores pasivos y activos (dado el caso que trabajen), capaces de movilizar la economía, la producción y el empleo adulto.

2.2.3.2 Cultura de la privatización: Esta cultura organizativa de las relaciones entre los adultos y los NNA tiene inmensas semejanzas con la cultura de la prescindibilidad; digamos que parten de la misma premisa: los NNA no deben participar del ámbito público y político.

En esta ocasión no simplemente porque se les considere innecesarios, o causa de que los adultos sepan que pueden decidir en todos los asuntos concernientes a los NNA sin que nadie los sancione u obligue a retroceder, dado que, los roles de autoridad y el control del Estado es típicamente adultocentrista. Ahora, la resistencia esgrimida para que los NNA entren a moverse en lo público, tiene que ver, con el temor a que sean libres e iguales a sus progenitores, docentes, cuidadores e incluso a cualquier adulto del común; una prevención que se oculta en la tónica de que en lo privado el NNA está protegido, mientras que afuera es presa de la desprotección.

La cultura de la privatización señala que los NNA tienen prohibido dejar la cerca de la familia y la escuela; dado que se ha naturalizado el mito que en estos espacios sociales se encuentran bajo una libertad vigilada benévola, que supuestamente asegura su protección. ¿Pero a qué costo? Digámoslo sin aspavientos: al de la pauperización de su autonomía, responsabilidad, libertad y derechos que respaldan su voz, conocimientos y deseos.

La privatización es extremista y clausura para el NNA espacios heterogéneos a donde esté un adulto tutelando. Esencialmente, en su mandato los NNA tendrían que salir de la casa a la escuela y retornar al hogar de prisa; pasando a ser in so facto consumida su individualidad y su visibilidad social por un

721 Un ejemplo clásico de la falta de confianza en el NNA se presenta en el estrado judicial: "hasta épocas muy recientes: los testimonios infantiles siempre han sido considerados de poca validez o sospechosos, porque el *menor* no era una persona *fiable*". Op.cit. CASAS, Ferrán. Infancia: perspectivas psicosociales. p. 35.

722 No es casualidad que en el Eurobarómetro de 1991 al preguntársele a los adultos sobre cuáles valores deben promoverse entre los NNA sobresalieran con un 56,1% la responsabilidad, las buenas maneras con un 40,4% y la obediencia con un 12,9%. Op.cit. CASAS, Ferrán. Infancia: perspectivas psicosociales. p.p 80,81.

extremo proceso de familiarización, que no es otra cosa, que fusionar de una manera tan intensa al NNA y a “la institución familiar hasta el punto que ambos constituyen una unidad inseparable que obstruye la visibilidad social de su parte más débil (el niño) como una entidad separada”⁷²³.

Y al ser familiarizado con fiereza cualquier NNA, quiera o no, se va apartando paulatinamente de la calle, la vida comunal, la vida recreativa y la vida política. Haciéndose sugerente, que la cultura de la privatización no permite que los derechos de participación se ejerzan ni adentro de la familia, por el dominio de los padres, ni afuera de ella por la prohibición expresa de aventurarse a lo público.

Cualquiera dirá que la privatización ha perdido talento en nuestros días. Como nunca, los NNA ocupan titulares en la prensa y en la televisión⁷²⁴, se conocen más sus proyectos personales, son consultados asiduamente en encuestas⁷²⁵, etc. Poco a poco han ido redefiniendo lo privado con la institucionalización de experiencias participativas en la escuela⁷²⁶, o en los barrios que habitan⁷²⁷.

Pese a ello, la mayoría de esas experiencias aún son noveles y tienen poco apoyo del Estado e impacto social. Se enfrentan a la masiva y bien recibida propaganda de la privatización que murmura: “la calle es peligrosa”, “reunirse con otros NNA y adultos lleva al chantaje”, “en la organización política a los NNA se les manipula”⁷²⁸, etc. Entre tanto, la solución al peligro externo

723 MARTINEZ, Marta. LIGERO, Juan. Familia, infancia y derechos: una mirada cualitativa desde la percepción adulta. En Revista Portularia N° 3. Universidad de Huelva. 2003. p. 55.

724 Aunque vale hacer la salvedad que “En América del Sur, los medios de comunicación ofrecen cotidianamente información sobre situaciones que refuerzan la imagen del niño como víctima o victimario. Es frecuente la divulgación de los casos de maltrato, abuso sexual, explotación, abandono o negligencia, como también de imágenes de hechos de violencia protagonizados por niños y adolescentes. Menos frecuente es la presencia de niños en los medios como productores o conductores de programas radiales o como redactores de noticias en la prensa escrita. Las pocas experiencias existentes enfrentan dificultades, pues el espacio es reducido o no encuentran auspiciadores que garanticen que el esfuerzo se sostenga en el tiempo”. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. MÁRQUEZ, Ana María. Hacia una participación protagónica de los niños, niñas y adolescentes. Save the Children Suecia. Lima. 2002. p. 33.

725 “Es importante señalar que en Perú, Venezuela y Ecuador se constató que un insumo que facilita que los medios incluyan las opiniones de los niños y adolescentes en sus crónicas o reportajes sobre coyuntura nacional y la situación de los derechos del niño, son las encuestas de opinión que realizan algunas ONG”. Ibid. p. 33.

726 En Suramérica existen varios modelos de organización y participación de los NNA en las escuelas, en los cuales, se ejercen los valores democráticos, la ciudadanía y los derechos: “Las denominaciones son diversas: Municipios Escolares en el Perú, Gobiernos Estudiantiles en Venezuela, Consejos Escolares en Paraguay, Consejos Estudiantiles en Ecuador, etcétera”. Destaca, como “En el Perú, además de las organizaciones estudiantes a nivel de aulas y escuelas, se han creado instancias de coordinación que permiten que los representantes de diversas escuelas de un mismo ámbito geográfico se reúnan periódicamente, planifiquen acciones conjuntas y gestionen el apoyo de las instituciones y autoridades locales. Estas coordinadoras locales de organizaciones estudiantiles vienen logrando avances importantes en términos de interlocución con las autoridades y visibilización social de la infancia”. Ibid. p. 29.

727 “El barrio no es solo el espacio en el que se vive, es también un espacio de interrelación social, de producción de cultura y de desarrollo psicosocial de nuestros niños y adolescentes. En esta perspectiva, en algunos países de la región, con el apoyo de instituciones gubernamentales (Perú), de la Iglesia (Calí, Colombia) o desde organizaciones no gubernamentales (Ecuador y Venezuela), se están desarrollando experiencias que ofrecen a niños y jóvenes un espacio físico de encuentro, formación y apoyo a sus iniciativas”. Ibid. p. 27.

728 El debate sobre la participación de los NNA en organizaciones políticas es bien complicado. Hannah Arendt producto de la movilización juvenil nazi en la segunda guerra mundial sostuvo “que los niños deben estar protegidos en el espacio privado de la familia, ámbito de intimidad y afecto en el que se forjan la personalidad, la dignidad y los valores necesarios para la futura participación política adulta en el espacio público”. Op.cit. PILOTTI, Francisco. Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto. p. 33. Ciertamente es que, la posibilidad de fomentar fanatismos puede concretarse por la vía de la política, pero hay que tomar en cuenta que: “Toda relación adulto-niño constituye un desafío pedagógico, una posibilidad de encuentro que exige permanente vigilancia. Los riesgos de manipulación, de condicionamientos, de chantaje, son reales, pero también es real que hoy asistimos a un importante y expectante proceso de democratización de las relaciones entre adultos y jóvenes, entre adultos y niños y niñas”. Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. MÁRQUEZ, Ana María. p. 26. Lo que habría que impulsar no es la vinculación de NNA a organizaciones de adultos, sino por el contrario la formación de organizaciones netamente infanto-adolescentes interesadas en intervenir en lo público con sus propias maneras y medios. La idea de la utilización política de los NNA, se caen por su propio peso, si pensamos que los “niños, desde muy temprana edad, están muy al tanto de todas las opciones políticas existentes, desde las más moderadas a las más extremistas y, aunque en algunos casos la opción

y a la explotación política del NNA, como una receta mágica, la otorga la privatización diciendo: más vale aislar al NNA de lo público pronto, que estar luego lamentando su sublevación política y la pérdida de las tradicionales coacciones a su ser.

2.2.3.3 Cultura de la propiedad: Tiene tanta o mucha más historia que las demás culturas de infancia. Afirmación que toma piso cuando nos acercamos a dos hechos de campos distintos. Primeramente, el lingüístico, que nos guía a conocer que en lenguas medievales, y otras como la siria, la árabe, la griega, o el latín, la palabra “niño” era un equivalente del vocablo “esclavo”⁷²⁹. Por otro lado, el contexto jurídico ha tenido dentro de sus figuras jurídicas estrellas, el concepto de la *patria potestad*, elaborado en el antiquísimo derecho romano con el cual se definía al progenitor como dueño del NNA.

Estos dos hechos tan antiguos son muy dicentes de que en la configuración adulta subyace la idea que los NNA son propiedad de los padres⁷³⁰. Y es que a nivel de la palabra equipararse a un “Niño con un esclavo”, o sea, con un individuo con la incapacidad de autogobernarse o autodominarse por estar al servicio de un superior, nos habla de que los NNA en las cabezas de los adultos están para servir, obedecer, y seguir mandatos. Frente a esto último, no es accidental que tras salir a luz la CDN los mayores críticos del texto fueran los padres de familia anglosajones, que anunciaban preocupados que el principio de autoridad pudiera llegar a su fin⁷³¹.

La cultura de propiedad a diferencia de las anteriores, que se focalizan en aplazar la participación del NNA, es perversa en otros derechos o tiene potencialidad de daño en derechos que traspasan los políticos y civiles. Entre los efectos más siniestros que ha acolitado la cultura de la propiedad, podemos encontrar tres fenómenos. Uno primero, que denominaremos *la mercantilización del NNA*. Los padres al ser propietarios de los NNA, dan permiso a la suposición que son objetos rentables. Se ha visto con frecuencia como los NNA son vendidos por sus propias parentelas, o llevados de un casting de televisión a otro, esperando obtener ganancias de rostros agraciados y talentos en bruto. Hacen lo que quieren con sus hijos, camuflando la cultura de la propiedad, en el afecto maternal y paternal, bajo perlas como: “yo sé lo que necesitas, y como me perteneces yo soy el que va a decidir por ti”⁷³². Tal vez, si se buscara el ejemplo más crudo y surrealista de la mercantilización de los NNA, el premio mayor se lo llevarían los concursos infantiles de belleza que con regularidad se celebran en los Estados Unidos; se entiende que en ese

política de los padres se extiende a toda la familia, la mayoría de los niños tienen su propia opinión política. Importa poco lo bien formada o lo madura que sea esa opinión si tenemos en cuenta que, en la mayoría de los casos, los adultos no tienen razones más fuertes para apoyar una determinada ideología que continuar la tradición familiar”. Op.cit. MILNE, Brian. p. 33.

729 “Palabras que significan ‘niño’, ‘muchacho’ y ‘muchacha’ por ejemplo, son utilizadas regularmente para significar ‘esclavo’ o ‘siervo’ en griego, latín, árabe, sirio y en muchas lenguas medievales. ¿Es esta una sutileza filológica y social? [...] Surge la tentación de deducir de este vínculo lingüístico, que los niños ocuparon la posición de esclavos, pero es más probable que la conexión verbal sea ligada al hecho que los propios roles sociales (esclavo, siervo, siervo de gleba, etc.) eran equivalentes al rol social de los ‘niños’, en cuanto a poder y condición jurídica, cualquiera fuera la edad de la persona”. Op.cit. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. p. 143.

730 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia II. p. 49.

731 “En todos los países prácticamente, y en particular en países como Estados Unidos, Inglaterra e Irlanda, se planteó la cuestión de si la Convención resultaría perjudicial para la autoridad de los padres, la cual, al menos en ciertas esferas, aparece netamente más afirmada en muchas legislaciones nacionales que en la Convención”. Op.cit. MOERMAN, Joseph. p. 150.

732 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia II. p. 49.

país en ese tipo de eventos se mueven alrededor de mil millones de dólares al año en, aproximadamente, 3.000 concursos de belleza de NNA anuales, en “los que compiten más de 100.000 niñas menores de 12 años”⁷³³.

La segunda manifestación perjudicial para los derechos de los NNA provocada por la cultura de la propiedad, es *la aprobación y bienvenida a la violencia intrafamiliar*. Los NNA son víctimas habituales del castigo físico, de humillaciones y golpes legitimados bajo la noción que los padres los están corrigiendo por malos comportamientos, o que es una forma efectiva de marcar conductas en los NNA. Este flagelo es tan común, invocándose la cultura de la propiedad, que no sorprende como en una encuesta española de hace algunos años en la que se preguntó “¿Qué haría usted si tuviera conocimiento de que un niño está siendo maltratado?” Apareciera, con un porcentaje menor, pero alarmante, la respuesta: “Nada, no se puede intervenir en los asuntos privados de la familia” con un 14,3%⁷³⁴.

Finalmente, el tercer fenómeno negativo generado por la cultura de la propiedad, es *el decaimiento de la consigna del ISN, o de que cada NNA es un sujeto de interés público y político*. Al naturalizarse tanto la inclinación que el NNA es de alguien, en consecuencia, se popularizó, que los derechos vienen a ser responsabilidad del propietario. Y eso es un craso error. Si le contraponemos el postulado que señala que todo NNA es, irreductiblemente, un sujeto de interés público; una persona a la cual el pacto de sus derechos excede lo privado.

Toda esa mirada se ha instaurado en la tríada Estado-Sociedad-Infancia, con tal fuerza, que vemos, un abuso corriente y exacerbado de la corresponsabilidad. Yéndose todo el peso de la responsabilidad en la balanza hacia lado de la familia; mientras el Estado, favorecido por la cultura de la propiedad, puede desentenderse de los derechos de los NNA. Minimizándose su rol, al de un garante subsidiario que fractura la propiedad, exclusivamente, cuando hay violencia y conflictos⁷³⁵. De resto, en el terreno doméstico no tiene nada que hacer, al promoverse que los derechos de provisión, protección y participación son por esencia, de natural financiación y promoción privada.

2.2.3.4 Cultura de la potencialidad: Es la más típica de las culturas de infancia. Grita, repetidamente, que los NNA son el futuro de toda sociedad. Toma resonancia en los contados reconocimientos positivos que cualquier adulto

733 “En algunos casos, han participado niñas de hasta 8 meses. La mayoría se celebran en California, Florida y Nueva York, y parece que el número de concursos en Estados Unidos va en aumento, a pesar de que muchos de ellos, sobre todo en el nivel nacional, cobran a los participantes unas cantidades que oscilan entre 250 y 800 dólares. La mayoría de las participantes de los concursos locales pertenecen a familias de clase trabajadora, impulsadas por unas fantasías de movilidad social y el atractivo de un pequeño premio en metálico. Los concursos mayores y más caros parecen estar dominados por padres de clase media y alta, [...] que tienen mucho dinero y recursos para gastar en clases muy caras de educación de la voz y la danza, preparadores para este tipo de actos, vestidos caros y cuota de inscripción”. Op.cit. GIROUX, Henry. p. 56.

734 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia II. p. 38.

735 “El Estado (o las Administraciones Públicas) se entiende como un garante subsidiario de la infancia cuya intervención sólo es legítima en el caso que el actor *legítimo* para ello, la familia, no pueda o no sepa mantener una pauta socialmente aceptada. Entonces, si lo público interviene, se entiende que ello presupone que han existido comportamientos “anormales o deficitarios”. De esta forma, encontramos un sistema de valores que preserva a los sujetos y familias “normalizadas” en el ámbito de lo privado, mientras lo público se utiliza sólo y exclusivamente ante situaciones de conflicto. Establecer, otros cauces de relación con la infancia, diferentes a los ya existentes es visto como una intromisión ilegítima. La acción es comparada con el robo: “coger lo que no es de uno”. Op.cit. MARTINEZ, Marta. LIGERO, Juan. p. 56.

hace de los NNA; en la definición que inventan sobre su función de vida: mejorar y conducir la sociedad por la vía del progreso. Aunque, su mayor versación se presenta en las tribunas políticas en épocas electorales, o en los eventos políticos que tienen que ver con NNA, donde los gobernantes exponen con júbilo, la máxima que son el recurso nacional máspreciado.

El futuro del que hablan, casi que se puede explicar en una intentona de ecuación: *los NNA+tiempo=desarrollo de una sociedad*. En realidad es sencillo ese pensamiento; no tiene atajos. En cualquier archivo político local, regional o nacional se pueden encontrar variados ejemplos de la cultura de la potencialidad. Uno muy significativo, consonante, con lo que venimos diciendo es el discurso que el presidente de los Estados Unidos, Barack Obama, pronunció en la Secundaria de Wakefield en la apertura del año escolar en el 2009:

“Necesitamos que cada uno de ustedes desarrolle sus talentos, su inteligencia y sus habilidades para poder resolver nuestros problemas más difíciles. Si no lo hacen, si abandonan la escuela, no sólo se abandonan a ustedes mismos, abandonan a su país. Lo que logren con su educación decidirá nada menos que el futuro de este país. Lo que se aprende en la escuela hoy determinará si nosotros como nación podemos enfrentarnos con nuestros mayores desafíos en el futuro”.

Entre esas líneas se puede intuir que los políticos ven en la infancia a los próceres del mañana. Que descargan en los NNA todas sus esperanzas, porque, se cree que toda nueva generación porta estandartes positivos de cambio. En esa delegación de la transformación, salta a la vista, una curiosidad: la responsabilidad del progreso que se le comisiona a los NNA, es imposible de lograrse por el mero hecho de que sean NNA y más tarde adultos.

Sucede que se considera que los NNA revolucionarán el futuro porque en un plazo determinado serán adultos. Es decir, dejarán de ser incapaces, poco fiables, incompetentes, irresponsables, inmaduros, faltos de conocimiento, y todos los mitos occidentales con los que se definen a la infancia en comparación de las virtudes de los adultos⁷³⁶. Por esto, a lo sumo a la infancia, *“se la valora socialmente por lo que será o llegará a ser, no por lo que es”*⁷³⁷.

De esta manera, en la cultura de la potencialidad anida una falla de cálculo que engendra un atentado gravísimo del mundo adulto contra los NNA. Para empezar, la única ruta para que la cultura de la potencialidad fuese honesta sería reprogramando la ecuación a *los NNA+derechos validados=desarrollo de una sociedad*. El populismo verbal de que son futuro es un imposible sin acciones presentes que se interesen por sus derechos; el tiempo y ser adulto es una medida falsa para asegurar un futuro mejor.

Continuando, el foro y la audiencia que tiene la cultura de la potencialidad incuban la hipocresía y dañan a los NNA. Puesto que, por más que se diga que son el futuro no existe una proactividad para protegerlos en el presente; para asegurar eso que hasta los más nacionalistas anhelan como futuro; en

736 Op.cit. CASAS, Ferrán. Infancia: perspectivas psicosociales. p. 33.

737 Op.cit. CASAS, Ferrán. Infancia: perspectivas psicosociales. p. 34.

definitiva, el discurso y los piropos a los NNA poco se condicen con la práctica y las prioridades políticas.

Tal vez, la cultura de la potencialidad tiene vigencia, debido a que al exaltar al NNA como futuro, lo que “está por detrás es una escape a la responsabilidad política, social, y ética que tenemos hoy en día con los niños”⁷³⁸. Si todavía no son, si existirán después como ciudadanos; pareciera aparecer una clausula permisiva para que la inversión en sus derechos espere. No es de extrañar, como en la alharaca de cuidar e invertir en la primera infancia se asiente como nunca la cultura de la potencialidad: los políticos saben, que si no se invirtió en una generación, siempre habrá otra y otra que la remplace, en la que se podrá saldar las deudas que se tienen con la infancia. Sin embargo, los NNA no se pueden dar el lujo de esperar; como planteó la poetisa Mistral al NNA: *“No podemos responderle “mañana”. Su nombre es “hoy”.*

2.2.3.5 Cultura de la peligrosidad: En la conciencia colectiva adulta, si hay algo sólido como sentido común, en suma a la incapacidad y la promesa de futuro de los NNA, es la representación de que son muy peligrosos si se les deja en su estado natural. A los menores de edad se les asume como trogloditas, salvajes y energúmenos capaces de pensar y cometer los actos más atroces, o de dirigir grupos delincuenciales, o de portar armas de cualquier tipo para infligir dolores a los adultos⁷³⁹.

La sociedad adulta vive con miedo y reticencia de lo que puedan hacer los NNA; imagina a los NNA de carne y hueso como los literarios de William Golding. Y la cura a esa sospecha siempre ha sido la misma: el control. Un acercamiento tutelar rastreable en distintas etapas con manifestaciones muy severas y en otras ocasiones con una vigilancia de un carácter más humano.

Inicialmente, el control sobre los NNA considerados como infractores de las leyes penales fue atroz. Para los tres primeros decenios del siglo XIX en Inglaterra, se tiene conocimiento que el derecho penal había sentenciado a la muerte a varios menores de catorce años de edad. Aunque no fue una práctica regular, se concretó en varias ejecuciones y se utilizó como un mecanismo de preaviso de lo que podría venir para los NNA transgresores⁷⁴⁰. Quizás, es poco conocido, pero entre 1801 y 1836, 103 NNA fueron sentenciados a muerte por un sólo tribunal inglés, el “Old Bailey”, entre los que se pueden contar con asombro cuatro niños de 9 años y cinco con una década de vida por infracciones leves como robar una casa, allanar propiedad privada, o hurtar en una tienda⁷⁴¹.

Este tipo de retribucionismo mortal se utilizó como advertencia a los pequeños forajidos. Entrado el siglo XX, y con la oficialización de los códigos y tribunales de menores estadounidenses empieza a operar un definición inversa en los modos de controlar a esta población. Quedaría totalmente prohibida la pena de muerte (cosa que en Estados Unidos no termina por darse) a los NNA, dado que se establece que no están viciados y atraídos por la vida del

738 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia II. p. 50.

739 Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia II. p. 50.

740 Op.cit. PLATT, Anthony. p. 204.

741 Op.cit. PLATT, Anthony. p. 204.

hampa de un modo irreversible. Contrariamente, a los NNA en el imperio de la situación irregular se les populariza como enfermos que podían ser salvados, reformados y restablecidos al orden. Se creía que “cuanto más viejo era un criminal, más crónica era su enfermedad; y análogamente, sus probabilidades de restablecimiento era menores que las de una persona joven”⁷⁴². Como lo aconseja uno de los connotados defensores de esa visión, lo oportuno era saber que: “cuando un individuo emprende verdaderamente una carrera criminal, tratemos de agarrarlo en tierna edad y cometerlo a una disciplina social racional, como la que ya ha tenido éxito en los suficientes casos para demostrar que podría ampliarse mucho su aplicación”⁷⁴³.

En aquel tiempo se abandona la industria del ajusticiamiento, para monopolizarse la institucionalización especializada en los NNA. Recordemos que la situación irregular fractura el encarcelamiento conjunto de adultos y NNA, para abrir centros donde llegaron a parar NNA infractores e hijos de la pobreza con necesidades insatisfechas para ser atendidos o intervenidos bajo el ideal rehabilitativo.

El nuevo control toma forma en la separación de los NNA de lo público para que no afectaran la vida cotidiana con sus asonadas y rebeldías, en compañía de una disciplinización rotunda para que cuando alcanzaran la adultez, cualquier rastro, del perfil delincuencial hubiese desaparecido de sus conductas. Es llamativo como toda esa severidad se concentra, además de los NNA activos en la infracción, en los pertenecientes a las clases bajas; manifestándose que la cultura de la peligrosidad tiene resonancia en los más carentes y en sus hijos: son todos ellos los verdaderos objetos del control⁷⁴⁴.

Modernamente, de la mano de la CDN ese modelo se agotó y prohibió. Ni los NNA con mayores carencias pueden ser separados de sus padres e institucionalizados por el hecho de ser pobres, ni a todos los NNA infractores se les puede aprisionar a posteriori de la infracción; dado que se ha establecido como una medida de último recurso. El rango de la imputabilidad, más o menos, internacionalmente se ha estandarizado entre los 14 y 18 años de edad; por debajo de ese ciclo los NNA son considerados desprovistos de intención criminal⁷⁴⁵.

Evidentemente, todos estos logros no significan que la cultura de la peligrosidad se extinguiera. Está más viva que nunca. Basta un episodio significativo de violencia con los NNA como protagonistas para que las alarmas del miedo adulto se enciendan. Pensemos por ejemplo, en la masacre de *Columbine High School de 1999* o en la noticia hipotética de que algún NNA al intentar robar a un adulto en el proceso del forcejeo decidió darle muerte para

742 Op.cit. PLATT, Anthony. p. 69.

743 Op.cit. PLATT, Anthony. p. 69.

744 Respecto al control del movimiento de salvación por lo NNA y el Estado tutelarista estadounidense: “...sólo las familias de clase baja eran evaluadas en cuanto a su idoneidad, mientras que al decencia de las familias de clase media estaba exenta de investigación y recriminación”. Op.cit. PLATT, Anthony. p. 150.

745 “Al empezar el siglo XIX, las reglas de responsabilidad penal para los niños estaban claramente establecidas. Según el *Derecho penal (Criminal Law)* de Chitty y el *Treatise on Crimes and Misdemeanors* de Russell, se presumía que los niños menores de siete años eran incapaces de cometer un delito grave, mientras al llegar a los catorce años de edad, las acciones de carácter penal de los niños están sujetas a los mismos modos de interpretación que las del resto de la sociedad”. Op.cit. PLATT, Anthony. p. 69.

que la comunidad adulta y los medios de comunicación empiecen a murmurar la palabra inseguridad.

Hay una clara tendencia a amplificar la violencia donde los NNA aparecen como victimarios, a pesar que es inmensamente superior la que los tiene como víctimas de acciones adultas. El escándalo al hacerse oficial que 150 millones de niñas y 73 millones de niños son violados al año y que en ese mismo período 50.000 NNA son asesinados por adultos alrededor del mundo nunca tiene el mismo vigor y debate que el producido para sancionar y controlar a los NNA⁷⁴⁶. Algo que, repetimos, no cuadra con las dimensiones de la violencia adultocentrista. Enterémonos, que en países como Argentina, se calcula que “hay 2.000 asesinatos al año, 200 de ellos cometidos por menores de 18 años [...] Y sin embargo en el debate público argentino uno tiene la impresión de que son los menores de 18 años los que causan la gran mortandad y la inseguridad sin ver el adulto que está detrás, y los adultos que faltaron en esos contextos y la responsabilización de ellos”⁷⁴⁷. O en los países centroamericanos donde las maras hacen de las suyas, las estadísticas presentan que la actividad delictiva de NNA es relativamente pequeña para la sensación miedo que existe: en El Salvador al 2003 era del 4,6%, en Honduras a 1999 era de un 5,5% y en Nicaragua (la más alta) alcanzó el 9%⁷⁴⁸.

Como quiera que sea, el temor actual a los NNA ha resucitado la cultura de la peligrosidad, que por cierto no examina las causas de la violencia, sino explora soluciones punitivas. El sentimiento antijvenil va en eferescencia. Evidencias sobran de la criminalización de la infancia: proyectos de ley con miras a bajar la imputabilidad, propuestas escabrosas para promover la pena de muerte tanto en nuestra propia región (Panamá⁷⁴⁹) como en los Estados Unidos por boca de políticos como Jim Pitts, un legislador republicano de Texas que pidió que se aplicará la pena capital hasta a niños de 11 años de edad⁷⁵⁰; detectores de metales en las escuelas públicas para hallar armas⁷⁵¹, pruebas de drogas aleatorias en los centros educativos⁷⁵²; toques de queda para prohibir el uso nocturno del espacio público, etc. Quién sabe qué más está por venir en materia de control para los NNA.

2.2.4 Resistencias epistemológicas

En relación a la infancia es común la pobreza de pensamiento para estudiarla y para entenderla. Los adultos creen saberlo todo sobre lo que encierra ese concepto social. Los intelectuales, científicos sociales y burócratas de los NNA siguen creyendo que para trabajar con ellos, no hay que estudiar mucho: ¡simplemente son chavales, críos, chicos, pibes, muchachitos!

De manera hegemónica ha hecho carrera el supuesto que la CDN es anodina por las resistencias estructurales (la asignación monetaria del Estado para garantizar

746 Op.cit. PEDERNEIRA, Luís. 2009. p. 96.

747 Op.cit. PEDERNEIRA, Luís. 2009. p. 102.

748 Op.cit. PEDERNEIRA, Luís. 2009. p. 104.

749 Op.cit. JARAMILLO, Enrique. p. 140.

750 Op.cit. GIROUX, Henry. p. 25.

751 Op.cit. GIROUX, Henry. p. 21.

752 Op.cit. GIROUX, Henry. p. 21.

derechos), la desidia política y los patrones culturales adultocentristas que arruinan una cultura de derechos.

Desapercibidamente, con cierto mimetismo la epistemología que los adultos tienen sobre los derechos se olvida como una causa igual de poderosa y categórica para que las decisiones políticas sean como las conocemos, las malas actuaciones de los padres continúen, las decisiones judiciales no tomen en cuenta el ISN, y las Ong's interpreten a su modo los derechos. Confiamos, que la epistemología que los adultos han creado para analizar los derechos es uno de los fundamentos y los pilares de su desventura. Para evitar rodeos, todo el pensamiento que gira alrededor de los derechos se encuentra en crisis y es visible en dos manifestaciones:

2.2.4.1 Crisis de conocimiento de la CDN: Este síndrome de desconocimiento es popular y generalizado en todas las ramas epistemológicas de la infancia; no es un conflicto único de la CDN. Las grandes instituciones internacionales que acompañan NNA y los estamentos estatales que producen y vigilan las políticas públicas para esta población operan muchas veces a ciegas.

Por un lado, la estadística relativa a los aspectos de los NNA es escasísima y es incompatible con muchas otras. No existe, "el hábito de recopilar datos diferenciales sobre la población infantil, salvo las explotaciones básicas que tradicionalmente se realizan a partir del censo de habitantes"⁷⁵³. Por el otro, los datos cuantitativos, los programas y las políticas expertas en los NNA están sumergidos en archivos generales de educación, salud, cultura, etc; viven desperdigados en grandes secciones que los hacen difíciles de localizar⁷⁵⁴.

En el ámbito de los derechos el desconocimiento es más profundo. Puede ser que los especialistas en las infancias no lo sean tanto, que los cuerpos administrativos del Estado que tienen a cargo a los NNA conozcan poco de derechos, que los hombres y mujeres de la justicia deduzcan que los derechos dicen tal cosa y tal otra sin revisar las fuentes jurídicas de la infancia. Y esto nos conduce a plantear, que una buena porción de las decisiones públicas y privadas que atropellan a la CDN se amparan en la falta de conocimiento de causa. Una entrada que no intenta quitarle de ninguna manera el carácter político a las indecisiones de la CDN, pero si invita a reflexionar que a 22 años de su redacción, este instrumento internacional es insuficientemente conocido⁷⁵⁵.

Por suerte, los hechos hablan por sí solos para ubicar el desconocimiento que mencionamos. En el Estado, los funcionarios de bajo y alto rango comprometidos laboralmente con la infancia, en un gran número, levitan en la ignorancia parcial o total. No es una intuición. En una investigación cualitativa realizada en España⁷⁵⁶, al entrevistarse a "trabajadores de Centros de Menores,

753 Op.cit. CASAS, Ferrán. p. 43.

754 "el conocimiento social, incluso el de utilidad sociopolítica acerca de la infancia, se halla disperso, y es difícilmente accesible. Esta falta de disponibilidad de información *ordenada* hace difícil configurar una visión global detallada y fiable de la realidad". Op.cit. CASAS, Ferrán. p. 44.

755 "La CDN por insuficientemente conocida aún, es poco tomada en cuenta como tal por funcionarios del Estado y, en general, por el mundo adulto". Op.cit. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. p. 20.

756 Se utiliza como referencia datos cualitativos, ya que no existen investigaciones públicas o privadas que de un dato cuantitativo sobre un porcentaje de funcionarios que conozcan, o no, la CDN, su contenido y cómo aplicarla. Esa es una tarea investigativa por construirse y que tendría que superar numerosos obstáculos. Primero, ser capaz de introducirse en el secretismo del Estado. Segundo, lograr una saturación positiva de la información ante la cantidad de

Concejales de Infancia, Diputados de la Asamblea de Madrid de la comisión de infancia, Inspectores de policía, maestros y pedagogos, investigadores en participación social, entre otros” de la Comunidad de Madrid⁷⁵⁷, salió a flote que los “derechos sociales de los niños (la educación, la salud, la protección, etc.) son los más conocidos y respetados entre los adultos pero existe un claro déficit con respecto a aquellos relacionados con el ejercicio de la participación y expresión”⁷⁵⁸. Agrega luego, la investigación referida: “Existe un desconocimiento y una resistencia al reconocimiento de los niños como sujetos plenos de derechos. Sólo se concibe el otorgamiento de los derechos de manera magnánima (como una concesión adulta) y como contraprestación al cumplimiento de unas determinadas obligaciones”⁷⁵⁹.

En la academia, el desconocimiento no está exento de aparecer; tiene un espacio reservado para explayarse. Los que enseñan no conocen a profundidad el contenido de la CDN, o sueltan postulados sin tomar en cuenta lo establecido tácitamente por el derecho de los NNA; o peor, discuten y debaten la CDN sin estar completamente empapados de sus raíces. Al respecto, la siguiente anécdota de la jurista Mary Beloff afirma lo que decimos:

“en un taller que se realizó en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica, en Oñati, País Vasco, en julio de 1999. Se discutía la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño; sin embargo, algunos participantes no interpretaban la reforma legal como condición necesaria –aunque no suficiente– para la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en la Convención. De hecho, subestimaban la importancia de la reforma legal, a la que consideraban algo “teórico”, ajeno a la discusión sobre la implementación de la Convención, en manifiesto desconocimiento de la propia Convención que prescribe que los Estados deberán adoptar “todas las medidas”, incluidas expresamente las legales, para hacer efectivos los derechos reconocidos por el tratado”⁷⁶⁰.

Los ciudadanos de a pie y los propios NNA no escapan del desconocimiento de los derechos consignados en la CDN. Los adultos no saben ni siquiera en ocasiones cómo atender los problemas de la infancia por medio de la exigencia de protección de un derecho⁷⁶¹. En el caso de los NNA, en honor a la sinceridad, cuando se les pregunta revelan que no conocen sus derechos, o de a oídas han escuchado algunos. Es decir, los titulares de los derechos se saben, por supuesto, sujetos de las leyes, pero muy difícilmente conocen de cuáles y para qué sirven⁷⁶².

falsedades que pueden responder los funcionarios por temor a ser evaluados y perder el empleo.

757 Op.cit. MARTINEZ, Marta. LIGERO, Juan. p. 53.

758 Op.cit. MARTINEZ, Marta. LIGERO, Juan. p. 60.

759 Op.cit. MARTINEZ, Marta. LIGERO, Juan. p. 60.

760 BELOFF, Mary. Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericanos. En Justicia y Derechos del Niño N°3. Unicef. Buenos Aires. 2001. p. 12.

761 Por ejemplo, en España: “algunas investigaciones se han introducido preguntas relativas al conocimiento de las actuaciones que se deben realizar o de los servicios existentes para atender los problemas de niños o niñas. Según las investigaciones españolas, entre un 80% y más de un 90% de la población no conoce ningún servicio destinado a entender algún problema o necesidad infantil en su barrio o municipio, siendo mucho mayor el número de hombres que de mujeres que carecen de tal información”. Op.cit. CASAS, Ferrán. Infancia: perspectivas psicosociales. p. 37.

762 Es muy interesante como los adolescentes de Adolescentes Trabajadores Organizados Colibrí (ATO) en el Perú, manifiestan esa idea poco analizada: “No tienen conocimiento de nuestros derechos, los adultos y los mismos niños, niñas y adolescentes”. Op.cit. PEDERNEIRA, Luis. 2009. p. 150.

2.2.4.2 Crisis de la interpretación de la CDN: Seguramente si los derechos de los NNA son poco conocidos, las consecuencias a la vuelta de la esquina pueden ser la producción de leyes y políticas que los violen; y la nula exigibilidad y reclamo de sus inmediatos titulares.

A lo que una que otra voz estatal puede oponerse con argumentos como: “cada cierto tiempo a los funcionarios se les capacita en la CDN”. Nadie lo duda. Pero, valdría la pena interrogarse ¿si los aprendizajes y discernimientos intensivos que brindan se pueden entender como un estado del arte de la CDN en la cabeza de un operador de la infancia? o ¿Enumerar derechos será compatible con entenderlos y comprenderlos hermenéuticamente? La respuesta es ¡NO!

Todos reconocemos los grandes avances y esfuerzos particulares y públicos por enseñar la CDN; pero lo que se aprende, ocasionalmente, está viciado y se interpreta en su literalidad, o se lee a través de las culturas de infancia. Varias pruebas reinas lo demuestran: 1) las leyes ilegales nacionales que van en contra de la CDN y violan sus principios como las ya trabajadas: Ley de Mendicidad peruana, Decreto Legislativo N° 28190, y la Ley Anti Maras (LAM) salvadoreña, aprobada por la Asamblea Legislativa en el 2003 con el Decreto 154; 2) leyes internacionales de derechos humanos de infancias concretas, ¡elaboradas por los más peritos!, que violan los principios de la CDN, como el Convenio 182 de la OIT, que pasó por encima del principio de participación de los NNA trabajadores organizados de Latinoamérica y África, impuso la idea que la CDN prohíbe el trabajo cuando no lo hace (si la explotación laboral, otro asunto disímil) y homogeneizó delitos estimados en el Derecho Penal Internacional como crímenes de guerra con el trabajo de los NNA; tal es el caso del reclutamiento de NNA en ejércitos gubernamentales e ilegales que la OIT entiende como una de “las peores formas de trabajo infantil”.

Esta pésima interpretación no se agota en el terreno de las leyes, la crisis de la interpretación es perceptible en decisiones judiciales todos los días. Casos emblemáticos cotidianos demuestran la imponencia de este mal. Para ejemplificar, rápidamente, podríamos mencionar en el Perú, la muy reciente decisión de un juez que negó la potestad paterna de la niña Pierina Nicole (9 años) cuando este no tenía ningún antecedente de violencia, para sí otorgársela a su abuela; progenitora de su posterior asesina que sí arrastraba un largo historial de maltrato a la niña y permitía intuir que iría a buscarla⁷⁶³. En Chile, es también noticia un caso de interpretación erróneo de la CDN; por lo demás muy polémico: el famoso sumario de la exjueza Karen Atala, que en este momento espera la resolución de una demanda interpuesta por ella ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que el Estado chileno, alegando el ISN, anuló la tuición que tenía de sus hijas por su condición sexual en el 2004.

Esencialmente, la mala interpretación de los saberes de la CDN toma cauce, muy aparte de las culturas de infancia, por varios focos reproductores de una inadecuada exégesis. La primera consiste en la educación tecnológica de la

763 “Juez que negó patria potestad de Pierina a su padre ya es investigado”. Diario el Comercio. <http://elcomercio.pe/lima/1338905/noticia-juez-que-nego-patria-potestad-pierina-su-padre-ya-investigado> [Revisado el 25 de noviembre de 2011].

CDN, o como se dice coloquialmente en la reiteración de la “boca de ley”, o para ser exactos en la información sobreabundante de los derechos sin ningún tipo de pensamiento o incitación a que se ejerza⁷⁶⁴. De cualquier modo, pueda que hoy exista muchísima más publicaciones sobre los derechos de los NNA. Por ejemplo, todos los años Unicef publica el Estado Mundial de la Infancia, y los centros académicos y las ONG’s publican más libros y programaciones respecto al enfoque de derechos. Empero, ello no significa que se está avanzando en la interpretación de la CDN, que se amplíe en los servidores públicos y privados de la infancia sus contenidos, y lo más importante que se esté *pensando*, dado que, o se producen documentos sobredisciplinarios que espantan análisis hermenéuticos, o se hacen folletines que resumen en recetarios cómo se debería aplicar la CDN.

Una causa adicional de la crisis de interpretación es la limitada y repetida bibliografía sobre la CDN. La tasa de publicaciones de derechos del NNA no es tan alucinante como se cree. Por mencionar, en el Perú los textos acerca de la CDN son escasos y no pasan de ser alrededor del 10% de 611 publicaciones en temas de infancia, registradas entre 1983 y 2007⁷⁶⁵; o sea, 61 publicaciones, dominadas netamente por programaciones de derechos de Ong’s que no estimulan pensamiento hermenéutico.

Por otra parte, las mejores producciones relacionadas con la CDN son citadas, recitadas y abusadas hasta el cansancio; sin ser debatidas. Dominando el panorama memorístico de los operadores judiciales, administrativos y de los colaboradores de la infancia en el sector privado los párrafos de no más de seis autores en América Latina⁷⁶⁶.

Por último, consideramos como un plus impulsor de la crisis de la interpretación de la CDN, su incipiente incorporación en la formación académica-profesional, que impide que los operadores públicos y privados de la infancia tengan una legal e interdisciplinaria aplicación de la CDN. Verbigracia, a diferencia de otras corrientes jurídicas, la oferta formativa en derechos humanos de los NNA en todo el Perú se reduce a 3 posgrados y a una materia de pregrado en una universidad privada⁷⁶⁷. Cuestión que no está por fuera del abanico de inquietudes del UNCRC. En varias recomendaciones a los Estados latinoamericanos expone la urgencia de promover la capacitación de la CDN en todos los trabajadores de la infancia; puntualmente al Perú le dice:

764 Más que pensar la CDN, lo que estamos viviendo es una Tecnología Educativa de la CDN. En palabras de Zemelman: “Cada día la educación está más arrinconada en lo que los pedagogos, de una orientación particular pero dominante, llaman tecnología educativa, donde el problema se reduce a la tecnología pero sin pensamiento [...] Es lo que está pasando en las ciencias sociales de hoy, en las eximias, en las de alto nivel”. De cualquier modo, que se publique más o se tenga más información no significa que se esté pensando, pues lo que hay “en América Latina sin duda alguna es erudición, información, investigación, sin duda alguna, pero esto no garantiza la respuesta afirmativa a la pregunta de si en América Latina se piensa”. ZEMELMAN, Hugo. Epistemología y política en el conocimiento socio-histórico. En ¿Existe una epistemología latinoamericana? Universidad de Quintana Roo. Editorial Plaza y Valdés. 2000. p.p 14, 13.

765 TEJADA, Luis. Panorama bibliográfico de la infancia en el Perú. En Revista Infancia y Ciencia Social. Año 1, N° 1. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 2007. p. 160.

766 Básicamente, los escritos de los argentinos Emilio García Méndez, y Mary Beloff, de los chilenos Miguel Cillero Bruñol, y Franciso Pilotti, y del estadounidense Daniel O’Donnell han dominado la literalidad de los escritos de la CDN, de las tesis referidas a los derechos de los NNA y de los artículos de las revistas especializadas que hablan de la CDN; así también como los documentos del Instituto Interamericano del Niño. Por supuesto, nosotros los citamos, ya que son fuente obligada de estudio. Lo que no sugiere que los copiemos. Los interpretamos y discutimos en la medida de lo posible.

767 En orden respectivo los centros académicos que educan en la CDN, o en los derechos de los NNA son: la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Universidad Nacional Federico Villareal, la Universidad Nacional del Centro del Perú y la Universidad de Lima.

“24. El Comité recomienda al Estado Parte que redoble sus esfuerzos para difundir la Convención de manera sistemática y permanente en todo el país y que sensibilice a la población, en particular a los propios niños y sus padres, respecto de los principios y disposiciones de aquélla.

25. Asimismo, el Comité alienta al Estado Parte a seguir intensificando sus esfuerzos para dar una capacitación y una sensibilización adecuadas y sistemáticas en materia de derechos del niño a los grupos profesionales que trabajan con y para los niños, en particular las fuerzas de seguridad, así como a los parlamentarios, jueces, abogados, personal sanitario, funcionarios locales, medios de comunicación, trabajadores sociales, maestros, administradores de centros escolares y otras categorías apropiadas”⁷⁶⁸.

2.2.5 Ideas finales respecto de la aplicabilidad de la CDN

Resumiendo, las resistencias a la CDN son múltiples y cubren todo el panorama social. Su desarrollo estrellado no es unifactorial ni unicausal; está acompañado de cierta complejidad. Para seguir pensándola nos gustaría dejar abiertas algunas últimas cuestiones:

- 1) Puede ser que la CDN no tenga una crisis paradigmática endógena. Argumentamos al inicio del capítulo que por ahora teníamos pruebas a la mano de avances y que todavía no reculaban las cifras, lentas si se quiere, de protección de los derechos de los NNA. Sin embargo, hay que reconocer que en la salvaguarda de la infancia aparece la inequidad siguiendo tres indicadores principales: ubicación geográfica, condición de pobreza y género. Una disparidad que evidencia lentitudes y focos de atención de la política pública, pero no retrocesos en los logros alcanzados en regiones y poblaciones⁷⁶⁹.
- 2) En lo referente a las resistencias políticas a la CDN, el leve ejercicio de la titularidad de los derechos de participación de los NNA, o sea, la exigencia que por medio de ellos se pueda hacer de otros derechos, amplifica la abulia de los gobernantes. Con esto no queremos decir que los NNA tengan la culpa de que el Estado falte a lo pactado. No obstante, ese incumplimiento puede volverse más cínico y quedar en la impunidad, si los NNA no ejercen como corresponde, así suene redundante, su derecho a la exigibilidad del derecho. Ante la ineficacia del Estado para validar la CDN todas las infancias están habilitadas para reivindicar y demandar sus derechos.

Razón por la cual, son imperiosas dos cosas: a) la mejora de las expresiones organizativas de los NNA en un sentido político, la calidad y anuencia de su voz para direccionar las políticas públicas a favor de sus derechos; su estétor y visibilización política por así decirlo; b) la formación hermenéutica en sus derechos y en los mecanismos para exigirlos. No puede tardar más, que “los contenidos de la Convención lleguen a todos los ciudadanos (incluidos

⁷⁶⁸ Documento CRC/C/PER/CO/3, 14 de marzo de 2006. p. 5.

⁷⁶⁹ Esto es cierto, por ejemplo, en el Perú la desnutrición crónica disminuyó entre 1990-1998 de 34% a 22%. Pero al particularizarse la información por el indicador geográfico, se nota que en el área urbana del país pasó de 25,9% a 16,2% y en el área rural de 53,4% a 40,4%; evidenciándose que los avances son distintos de un lugar a otros y también las tasas de la desnutrición. “La misma brecha se puede observar en la nutrición infantil según los niveles de pobreza. Para 1994, el 34,6% de los niños menores de cinco años en situación de pobreza presentó desnutrición crónica, en contraste con el 15,2% de los niños no pobres”. Op.cit. VÁSQUEZ, Enrique. MENDIZABAL, Enrique. p. 56.

los propios niños y niñas) en formas que les sean asequibles y fácilmente interiorizables, más allá de la literalidad normativa, ya que sólo así se puede hacer realidad su intención profunda”⁷⁷⁰.

- 3) A lo mejor, uno de los elementos positivos que se pueden rescatar de todas las resistencias revisadas es algo para nada menor: las resistencias no son naturales y por ende son revocables con acción política y educativa. El desafío está en cuestionarlas permanentemente y sin cansancio con el fin de ir demoliendo sus lógicas y aprobaciones adultas. No queda de otra que demostrar mil veces que las actitudes políticas, económicas, culturales y epistemológicas adultocéntricas remarcadas matan los derechos de los NNA. Hay que atacarlas cada una con investigación, pedagogía y prácticas políticas para evitar que se tornen invisibles para la sociedad y crezca el desinterés por los derechos de la infancia⁷⁷¹.

770 Op.cit. CASAS, Ferrán. Infancia: perspectivas psicosociales. p. 221.

771 A través del cuestionamiento se pueden abrir rutas de cambio para los NNA y sus derechos: “Los adultos de cualquier sociedad, en cualquier momento histórico han sentido que sus creencias y presentaciones sobre niñas y niños eran *lógicas* y *evidentes* en tanto que eran compartidas por la colectividad. Paradójicamente, de las cosas evidentes se habla poco, no parece necesario cuestionárselas, y se van haciendo socialmente *invisibles*. El mero hecho de ser compartidas hace que las imágenes subyacentes sea difíciles y lentas de cambiar a pesar de que contradigan la obviedad, o, más contemporáneamente, la evidencia científica”. Op.cit. CASAS, Ferrán. Infancia: perspectivas psicosociales. p. 26.

A MODO DE CONCLUSIONES

1. Los derechos de los NNA son una representación social de notoria génesis política y jurídica que se viene a topar desde su nacimiento con otras representaciones sociales sobre los NNA, más antiguas y opositoras a su credo; hablamos por ejemplo, de las ideas liberales de la infancia incapaz, o las moralistas que la postulan como peligrosa y tendenciosa al desorden. De tal manera, el proyecto de la CDN apenas sale a luz, recién es parido entra en una batalla dialéctica con otras empresas sociales que desean un tratamiento y reconocimiento del NNA distinto al promulgado por la CDN; hecho para nada sutil si se cavila por las razones de su pobre aplicación.
2. Los derechos humanos, contrariamente, al sentido común que los ha naturalizado son una construcción social y cultural; un pacto entre las distintas evoluciones de Estado con ciertos grupos poblacionales para la adquisición de privilegios antes comprimidos en ciertas minorías que nacen de una disonancia o un conflicto. De este modo, todas las generaciones de derechos humanos fueron precedidas de una problemática que derivó en su enunciación. Una vez estipulados se origina un compromiso público y político del Estado con la ciudadanía nombrada en el derecho, que a nivel internacional alcanza su cenit con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.
3. En el caso de la infancia, la aparición de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 no alcanzó para mejorar la condición de vida negativa en la que por lo general ha existido la infancia en el mundo, lo que hizo necesario, que se desarrollara el proceso de la especificación de derechos; o sea, mejorar o reforzar los mismos derechos de todas las personas a las especificidades de poblaciones permanentemente vulneradas como los NNA, las mujeres, los discapacitados, etc. Así pues, los derechos específicos de la CDN representan un recompromiso político y público del Estado con sus ciudadanos menores de edad.
4. Antes de la aparición de la CDN, ya habían tenido lugar intentos de forjar derechos a nivel nacional, que a final de cuentas impulsaron dos documentos internacionales que ambicionaron crear los primeros derechos para los NNA. Nos referimos a la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Las dos a grandes rasgos son producto de tres fenómenos: A) la explotación laboral de los NNA que heredamos de la revolución industrial; B) la crisis de la privatización, a saber, descubrir que las instituciones familiares encargadas de proteger a los NNA, de cuidarlos del peligro público también fungían como victimarias; C) la postración en la que deja a los NNA la I y II Guerra Mundial con cientos de miles de infantes asesinados, heridos y huérfanos.
5. Tanto a priori como después de la aparición de la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, aparecieron

experiencias pedagógicas que sin tener un tinte jurídico, o un plus normativo, promovieron la vivencia de derechos que aún no existían en el lenguaje de una ley; entre ellas se pueden mencionar, el Movimiento soviético Educación libre para los niños, o el Movimiento peruano de Adolescentes y Niños Trabajadores Hijos de Obreros Cristianos.

6. La CDN en concreto deviene de tres procesos históricos que determinaron su aparición: A) la guerra fría, en el sentido que su texto es un consenso entre las potencias soviéticas y occidentales, cada una tratando de imponer sus derechos; B) la legalización del desarrollismo por medio de la promoción de Años Internacionales; C) la cooperación internacional que puso en sobre alerta a sus naciones acerca de la nula concreción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 para los NNA.
7. Vale acotar que el móvil subyacente de la llamada al consenso de los derechos entre las potencias de la guerra fría, se sustenta en la noción del capital social, o en la potencialidad política y económica que tiene un NNA para un país; un hecho rastreable en la no muy publicitada Resolución A/RES/31/169 del Año Internacional del Niño en la que se estipula lo recién dicho.
8. En la negociación, discusión y redacción de los derechos de los NNA consignados en la CDN participaron tres actores en el seno de Naciones Unidas: A) los Estados; B) Organizaciones Intergubernamentales; C) Organizaciones Internacionales No Gubernamentales. Siendo un claro ausente la propia infancia o los directos beneficiarios de los derechos en discusión; por tal razón, se puede argumentar que los derechos de los NNA antagónicamente a los de los adultos son un producto concesionado.
9. Con la entrada en vigor de la CDN se rompe la producción legal del paradigma de la situación irregular que permitía que a los NNA con carencias sociales manifiestas se les criminalizara e institucionalizara por ello; esto es, se estipula como ilegal la elaboración de leyes con esa orientación y la toma de decisiones judiciales que obedezcan esa corriente, en aras de producirse y regirse en el nuevo paradigma sociolegal que promulga al NNA como sujeto de derechos, a saber, sujeto de la ley, del pacto político al que se somete el Estado con la ratificación de la CDN, a todo lo opuesto a discrecionalidades, subjetividades, decisiones paternalistas, personalistas y autoritarias.
10. La proposición del NNA como sujeto de derechos tiene un plan claro dentro de la CDN, el cual consta de tres grandes pasos: A) reformas legislativas, o en otras palabras, la adaptación de la CDN al Derecho Interno; B) reformas de la administración pública; C) políticas públicas sujetas al derecho. Curiosamente, si se analiza en un lapso cronológico la hechura de la primera condición, es notable, que recién en el 2006 Colombia expidió su Código de la Infancia y la Adolescencia, y que un país como Chile aún no ha sido capaz de cumplir con este paso. Por lo que, se puede inferir que en América Latina recién estamos saliendo de la etapa de las reformas legislativas, y a pesar de la creación de instituciones nacionales encargadas de producir las políticas públicas se carecía de un marco legal que diera asiento y guía a las mismas; una razón más que explica la falta de aterrizaje concreto de los derechos en la vida cotidiana de los NNA. Vale agregar que así, como la

situación irregular se demoró en aplicarse, de cuajar socialmente luego de su estipulación en los Códigos del Menor en Latinoamérica, la CDN adolece del mismo problema. Requiere un tiempo, un acompañamiento político constante para su desenvolvimiento pleno.

- 11.** La realización de las políticas públicas que llevarían a la vida cotidiana la CDN más que partir del artículo en concreto que enuncia el derecho; requieren cumplir varias condiciones interpretativas para materializarla. Inicialmente, lo pautado en el “Preámbulo”, en el que, se establece entre otras cosas que el Estado es el responsable directo de garantizar los derechos de los NNA, de actuar siempre con horizonte ético, que varios de los derechos mencionados en la CDN son una condensación, o una síntesis de apariciones especializadas en otros documentos, como por ejemplo, los referidos a la responsabilidad penal adolescente. Asimismo, que la aplicación de la CDN debe ser escalonada y concentrada en los primeros momentos en los denominados niños en circunstancias especialmente difíciles y que las tradiciones y valores culturales de cada pueblo y cultura originaria deben ser respetados.
- 12.** Otros elementos adicionales, o mejor fundamentales, en el diseño, aplicación y evaluación de una política pública, en el ejercicio de una decisión administrativa, judicial, legislativa, o en la producción de un proyecto social son los principios incorporados en la CDN. En efecto, son prescripciones normativas que al estar ausentes avisan que toda decisión que los aplace es ilegal y puede ser revocable.
La CDN carga cuatro principios, cada uno de ellos, ha tenido un desarrollo histórico dispar, que precariamente hasta el 2002 empiezan a ser considerados en su conjunto por cuenta de la Sesión Especial a favor de la Infancia de las Naciones Unidas de ese año.
- 13.** El primer principio a tomarse en cuenta, en la lectura y aplicación de un derecho se encuentra en el artículo 2 de la CDN y se denomina como el Principio a la No Discriminación. Es una reafirmación tardía y específica del principio a la igualdad que se desarrolló en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. De su mandato hay dos cuestiones importantes que se han dejado pasar de largo: A) reconoce jurídicamente que la infancia es una construcción social al imaginarse cierta cantidad de situaciones de discriminación y victimización de los NNA; B) al presentarse una multiplicidad de infancias es lógico que algunas de ellas tengan mayores demandas de protección; lo que indica que la igualdad de derechos no supone un trato exacto.
- 14.** El segundo principio que determina la vivencia de un derecho, es el famoso Interés Superior del Niño, ubicable en el artículo 3 de la CDN. Respecto de su definición han predominado dos tendencias que consideramos erróneas: A) la que suscita que los derechos de los NNA son prevalentes frente a los de cualquiera. Esta posición, que por ejemplo en Colombia ha adquirido rango constitucional, es equivocada pues, el término superior es una mala traducción de la palabra en inglés “Best”, además sublimar los derechos de una población frente a otras no es ético y finalmente afirmar esta posición desconoce que en la historia de los derechos humanos no existen lo que algunos denominan derechos especiales. B) La otra vertiente común que define al Interés Superior

del Niño, la asocia con el bienestar del NNA. Una categoría que es sumamente discrecional y favorece posiciones extrajurídicas. Analizando lo que se ha dicho en torno al Interés Superior del Niño, consideramos que este principio realmente es un recordatorio, una alerta, o un derecho procesal que tiene como fin recordar a los interesados en la aplicación de los derechos de los NNA en un ámbito judicial, administrativo, legislativo, etc; el privilegio de todos y cada uno de los derechos consignados en la CDN y en caso de no hacerse explicar por qué, puesto que se sabe que la validación a ciegas y extrema de algunos derechos puede poner en jaque otros.

- 15.** El tercer principio que porta la CDN, está en el artículo 6 y se conoce como el de Supervivencia y Desarrollo. Es quizás, el principio más voceado y aplicado a la fecha. Por supuesto, no por grandes y fulminantes resultados, sino por la usanza discursiva y política que se le da. Ha tenido grandes epicentros históricos desde los cuales se ha planeado su desarrollo de ahí en adelante: A) la Cumbre Mundial a favor de la Infancia de 1990; B) la Sesión Especial en Favor de la Infancia de las Naciones Unidas de 2002; C) la Sesión Especial en Favor de la Infancia de las Naciones Unidas de 2007. La preeminencia de este principio es resultado del acostumbramiento y la tradición proteccionista privada que se tenía con los NNA en los Estados oligárquicos y desarrollistas en América Latina, también es una respuesta a la necesidad imperiosa de atacar las graves crisis humanitarias que viven los NNA en las zonas más empobrecidas del planeta y a la necesidad de legitimar el modelo neoliberal que anula al Estado protector de derechos con la creación de nuevos micropactos políticos que le anuncian a la infancia la pronta validación de los derechos.
- 16.** El cuarto principio que fundamenta la puesta en marcha de los derechos, es el llamado por inferencia: Participación. A nivel histórico es pertinente decir que este derecho como vivencia, como praxis, ya existía antes de su enunciación; prueba de ellos son los Movimientos de Niños Trabajadores en América Latina, o la relación política de la infancia andina y mesoamericana con sus comunidades a través del uso de la palabra. A diferencia de los anteriores principios, el de participación es el más tardío en integrarse a las políticas públicas de los NNA y a las decisiones públicas referidas a ellos. Es solamente a partir de la promoción de la idea, a mediados de los noventa, que el aplazamiento de los derechos humanos tiene consecuencias negativas para el desarrollo, que el Banco Mundial y Unicef⁷⁷², socializan la importancia de incorporarlos en cualquier proyecto que de ahí en adelante los piense. En una casi sentencia: la participación se empieza a validar por el riesgo económico que suscita su anulación; más que por ser un compromiso político del Estado. Sobre la notable moratoria que ha experimentado el principio de Participación se puede señalar cuatro cosas: A) su aplicación por ahora se contempla como una metodología, se celebra como una vivencia técnica; B) a lo largo

772 "...el Banco ha empezado a sostener que los derechos humanos tiene efectos en los asuntos económicos desarrollados por la institución. En tal sentido, el Banco planteó, como primer argumento, que el nivel de respeto de los derechos civiles y políticos en una país tiene impacto en el desempeño de los proyectos financiados por él. En concreto, si existen condiciones para la participación y el libre juego de ideas, la posibilidad de una ejecución adecuada de las actividades apoyadas económicamente por el BM tiende a ser mucho mayor: "Si un país mejora sus libertades civiles (...) la tasa económica de retorno de los proyectos podría incrementarse en un 15%". Op.cit. BURGOS SILVA, Germán. p. 154.

del tiempo que se le aplase las decisiones acerca de la infancia van a carecer de legitimidad democrática; C) en la medida que el NNA no participe se está coartando su libertad⁷⁷³; D) son realmente pocas las experiencias plenas donde el principio de la Participación ha tenido eco; dado que, siguiendo el trasfondo, el espíritu del principio, la acción de participar toma forma cuando se cumplen dos condiciones, la expresión de la opinión y la aplicación, o discusión de la misma; por ahora, por mucho se ha avanzado en la consulta, en la encuesta al NNA; poco en el aterrizaje de sus ideas o en la deliberación de lo que opina. Finalmente, sobre este principio se murmura mucho y se da como un hecho sabido. Empero, habría que discutir ¿por qué hablamos de participación cuando el artículo 12 de la CDN habla del derecho a la opinión? Por la sencilla razón, que el derecho a la opinión establecido para la infancia es el mismo derecho político al voto señalado para los adultos, pero adaptados a las particularidades de esta población, los cuales en los dos mundos tienen como propósito generar un mandato de poder público; no es casualidad por ello, que al escribirse en la CDN se le pusieran tantas trabas textuales, o que hoy ese derecho esté institucionalizado en las administraciones municipales de ciudades como Bogotá, Lima, Montevideo, o Quito.

- 17.** Otros insumos primordiales para la aplicación del derecho en una política pública, en un proyecto social, o en una decisión administrativa, legislativa o judicial, aparte del Preámbulo y los Principios de la CDN, son: A) Documentos especializados universales y regionales anteriores y ulteriores de la CDN; B) Recomendaciones y observaciones del UNCRC; C) lo establecido en las discusiones, o en el trabajo preparatorio de la CDN. Esta proposición deviene de un análisis hermenéutico de los derechos, puesto que la CDN como cualquier legislación paridora de derechos, trae picos muy altos, mejor definidos, sin trabas textuales, acompañados de otros indefinidos, con condicionantes para su ejercicio. Normalmente, se cree que el artículo que expresa el derecho es definitivo, y a causa de esto, lo escrito es absoluto. Categorías como la madurez, la edad, o el juicio propio que se escribieron en el principio de participación para cohibir su entrada en vigencia, pueden ser volátiles y derrumbarse por medio de una argumentación hermenéutica. Esta conclusión no es antojadiza ni discrecional, es un propio mandato de la CDN al traer como derecho en su artículo 41, al principio *in dubio pro homine*, que en cortas palabras indica que toda norma debe ser analizada en su contexto jurídico nacional o internacional para la plena vida y mejoramiento de la misma. Sabiéndose esto, la hermenéutica para la aplicación del derecho favorece: A) el enfrentamiento con posturas paternalistas y perezosas que ejecuten los derechos para disuadirlos en sus decisiones; B) que con el análisis de textos hermanos, integrado por el corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la CDN logre los objetivos propuestos en la centralidad del paradigma de los derechos humanos, la igualdad, la justicia, la libertad y la dignidad.

773 "En realidad, ¿qué significa, cómo es posible, qué presupone la autonomía de los individuos? ¿Cómo se puede ser libre si se está colocado obligatoriamente bajo la ley social? Existe una primera condición: es necesario que se tenga la posibilidad efectiva de participar en la formación de la ley (de la institución). No se puede ser libre bajo una ley si no se puede decir que esa ley es propia, si no se ha tenido la posibilidad efectiva de participar en su formación y en su institución". CASTORIADIS, Cornelius. La democracia como procedimiento y como régimen. *Iniciativa Socialista*. N° 38. Febrero de 1996. Op.cit. BURGOS SILVA, Germán. p. 114.

- 18.** El conjunto de derechos, o la tipología de derechos que tiene la CDN: de protección (encargados de cuidar al NNA en situaciones especiales, o en momentos de vulneración), de provisión (garantizándole al NNA los servicios sociales básicos para un nivel de vida adecuado) y de participación (que el NNA actúe democráticamente en toda decisión pública y privada) confirman que: A) la CDN postula al NNA como persona al hacer un reconocimiento público de él, prohibir la violencia en su contra y al reconocerlo como un sujeto de enunciación; B) son mejorables por medio de una argumentación hermenéutica y están lejos de ser dogmas jurídicos; C) son un primera expresión semántica, mejorable permanentemente en nuevas especificaciones como en la reformas legislativas en cada Estado Parte, o en los Protocolos Facultativos Adicionales que tendrá la CDN; D) son la base mínima para evitar ilegalidades, medidas populistas, criminalizantes y autoritarios; E) lo que debería seguir son las políticas públicas, porque la CDN fundamentalmente, es un proyecto político pautado desde lo normativo; F) el NNA es ciudadano al ser titular de poder, gracias al conjunto de derechos pactados y en especial al de participación, el cual es transmitido al gobernante en la deliberación de políticas claves para su población.
- 19.** Del mismo modo, que se consideró por mucho tiempo que los derechos eran equiparables a los artículos que los postulan, se ha creído fatalistamente que el órgano de control de la CDN: el UNCRC, es inservible, y que por ende no hay forma ni mecanismos para que la CDN sea respetada por los propios Estados. Si bien es cierto, el UNCRC no puede obligar a las institucionalidades a: A) entregar informes sobre su gestión y aplicación de la CDN; B) a asistir a las evaluaciones en Ginebra; C) a derogar leyes plagadas de fundamentos ilegales; D) acertar las recomendaciones del UNCRC. Existen posibilidades políticas y jurídicas para la validación de la CDN, que parten de las recomendaciones que emite el UNCRC para la presión política organizada, así como de llevar a cabo el fenómeno de la justiciabilidad, es decir, la exigibilidad jurídica ante tribunales para anular leyes que violenten la CDN; este última herramienta ha sido poco explorada en América Latina, siendo casi virgen, con la excepción de la derogación de la Ley Anti Maras en El Salvador que hizo uso de esta vía.
- 20.** La CDN, a pesar de su mala vida, si se puede decir así, no ha entrado en una crisis paradigmática, pues, aunque no avanza en demasía en logros, tampoco experimenta retrocesos en las condiciones de vida de la infancia. Las causas más comunes estimadas para su lento progreso son: A) la abulia política de los gobernantes, que reproducen promesas políticas para la infancia sin el acompañamiento de acciones; B) la reformulación del Estado de Derecho por cuenta de políticas prestamistas del Banco Mundial; C) la debilísima inversión presupuestaria en derechos que en ningún país latinoamericano sobrepasa el 20% de su PIB; D) la constancia y el crecimiento de la deuda externa e interna pública que consume el erario de los Estados; E) patrones culturales adultocéntricos que tildan al NNA de futuro, de peligroso y de privatizable. Sin embargo, consecuentes con la propuesta de todo el texto, un pilar manifiesto de la inaplicabilidad de la CDN por fuera del circuito estructural o economicista, tiene que ver con el incipiente conocimiento-entendimiento de la CDN a nivel forma y sustancial, de la evasión de una perspectiva y abordaje hermenéutico de los derechos de los NNA, tanto para descubrir críticas, como soluciones.

Por ejemplo, en toda la bibliografía revisada fue un imposible ubicar un texto que se atreviera a mirar holísticamente el tema de la infancia y sus derechos; a nivel local, en el Perú ni siquiera existe. Cada uno se especializa en apartados tratados en este texto, pero sin esbozar si quiera la proposición hermenéutica para la aplicación y validación de los derechos de la infancia y la adolescencia.

21. En último lugar, como una conclusión general, habría que señalar que, es urgente la resensibilización, la reinspiración, la reconstrucción del pensamiento elaborado en torno a la CDN con fines de que sea aplicable. Para ello, es clave la formación de nuevas entradas que permitan dilucidar a los derechos de los NNA de otros modos; empezando con sus orígenes: hay que aceptar que su impulso primario se debió a la noción de mañana y futuro con la que tradicionalmente se piensa a la infancia, sumado al hecho que la redacción de los derechos entre el bipolarismo de la guerra fría nunca se dio por una amabilidad con los NNA; lo que estaba en juego era una batalla ideológica por el sistema jurídico planetario. No obstante, a pesar que los derechos de los NNA nacen en el fondo de un utilitarismo, algo que siempre hay que recordarle a todos aquellos que susciten que fue por una benevolencia adulta, todos ellos son como un *boomerang político para el Estado y la sociedad*; al ser un compromiso, un pacto, o un consenso entre la ciudadanía y los Estados; sería oportuno utilizar su existencia para lustrar y poner en pie la dignidad de los NNA. Asimismo, continuando con sus significados, con la esencia de sus existencias, con la promoción de mecanismos hermenéuticos que al tomar fuerza sean capaces de derrumbar la aplicación discrecional o textual que se enfocan más en reproducir las incorrecciones de los artículos, que en encontrar salidas para sublimar el espíritu del derecho; la utilización del principio *in dubio pro homine* puede ser una alternativa para poner a rodar esta empresa. Por otra parte, terminando con las potencialidades que tienen los derechos, una vez entendidos, para el desarrollo de políticas públicas, y la puesta en marcha de exigibilidades políticas y jurídicas prestas para cuando se topen con las tan a menudas trabas y desidias para implementarlos.

Bibliografía

1. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El principio del interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos. En *Estudios Constitucionales*. Año 6, N° 1. 2008.
2. AHUMADA, Consuelo. Una década perdida. En *¿Qué está pasando en Colombia? Anatomía de una crisis*. El Áncora Editores. Bogotá. 2002.
3. AMES, Rolando. Ciudadanía de los niños y adolescentes trabajadores. En *Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores: Derechos, Ciudadanía y Protagonismo*. MANTHOC. Lima. 2000.
4. ARANGO, Rodolfo. Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. En *Revista El Otro Derecho*. Número 28. Julio de 2002. ILSA. Bogotá.
5. ARIÉS, Philippe. El niño y la vida familia en el antiguo régimen. En *Revista El Observador* N° 8. Septiembre 2011. SENAME. Chile.
6. Asociación Bartolomé Aripaylla-Ayacucho. Niño, Familia y Comunidad en los Andes. En *Cultura e infancias. Una lectura crítica de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños y las Niñas*. Editora. Milagros Brondi. Terres des Hommes. Lima. 2001.
7. Asociación Choba Choba. Trabajo infantil en la Cosmovisión Quechua Lamista. En *Cultura e infancias. Una lectura crítica de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños y las Niñas*. Editora. Milagros Brondi. Terres des Hommes. Lima. 2001.
8. BARATTA, Alessandro. Infancia y democracia. En *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Compiladores Emilio García Méndez-Mary Beloff. Editorial Temis. Bogotá. 1998.
9. BELOFF, Mary. Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericanos. En *Justicia y Derechos del Niño* N°3. Unicef. Buenos Aires. 2001.
10. BELOFF, Mary. Quince años de vigencia de la Convención sobre los derechos del niño en la Argentina. En *Justicia y Derechos del Niño* N°10. Unicef. Bogotá. 2008.
11. Borrador del Comentario General 12. Diciembre de 2007. En Documento. Curso de Especialización: "Participación protagónica como derecho humano de niños, niñas, adolescentes y jóvenes". Ifejant. Lima 2009.
12. BOURDIEU, Pierre. Sin movimiento social. No hay política social. En *Revista de Sociología*. Número 12. Volumen 11. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1999.
13. BURGOS SILVA, Germán. Estado de Derecho y Globalización: el Banco Mundial y las reformas institucionales en América Latina. Universidad Nacional de Colombia, UNIJUS, ILSA. Bogotá. 2009.
14. BUSTELO, Eduardo. Infancia en indefensión. En *Salud Colectiva*. Septiembre-Diciembre. Buenos Aires. 2005.
15. BUTLER, Judith. Marcos de guerra. Las vidas lloradas. Editorial Espasa. Madrid. 2010.
16. CABREJO PARRA, Evelio. Competencias de los bebés y disponibilidad síquica de los adultos: una alianza indispensable. En *¡Los niños son un*

- cuento! Lecturas en la primera infancia. Memorias/ 9° Congreso Nacional de Lectura. Fundalectura. Bogotá. 2010.
17. Carta del MOLACNATS a la OIT. Revista NATS N° 9. Ifejant. Año V. Noviembre, 2002. Lima.
 18. CASAS, Ferrán. Infancia y representaciones sociales. Revista Política y Sociedad. Vol. 43. Número 1. 2006.
 19. CASAS, Ferrán. Infancia: perspectivas psicosociales. Ediciones Paidós. Barcelona. 1998.
 20. CASTILLO, Manuel. La razón del vacío. Epistemología, saber social y globalización. Universidad Ricardo Palma. Lima. 2001.
 21. CASTRO, Jorge. La infancia en debate: entre derechos y necesidades. En Para atender a los niños. Reflexiones, indagaciones y propuestas de intervención. Editor CASTRO, Jorge. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 2006.
 22. Cepal. Implicaciones fiscales de la liberalización del comercio hemisférico para el Perú. Proyecto de fortalecimiento de las capacidades comerciales en el contexto del ALCA. 2007.
 23. CHAUCA, Rosalía. Una experiencia en construcción. En Niños trabajadores: experiencias y reflexiones. Instituto publicaciones, educación y comunicación José Cardijn. Lima. 1988.
 24. CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. En Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Compiladores Emilio García Méndez-Mary Beloff. Editorial Temis. Bogotá. 1998.
 25. Congresos Panamericanos del Niño. Serie: Materiales de trabajo. Ifejant. Lima.
 26. CONTRERAS, Carlos. Historia del Perú contemporáneo. IEP. Lima. 2010.
 27. CORONA, Yolanda. MORFÍN, María. Diálogo de saberes sobre participación infantil. UAM-Unicef. México. 2001.
 28. COSSE, ISABELLA. LLOBET, Valeria. VILLALTA, Carla. ZAPIOLA, María. Infancias: políticas y saberes en Argentina y Brasil. Siglos XIX y XX. Editorial Teseo. Buenos Aires. 2011.
 29. CROWLEY, Peter. Participación infantil: para una definición del marco conceptual. En Actas del Seminario. Unicef. Bogotá. 1998.
 30. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. ALFAGEME, Erika. La infancia en los escenarios futuros. Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales-Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 2001.
 31. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Aprender la Condición Humana. Ensayo sobre la pedagogía de la ternura. Ifejant. Lima. 2010.
 32. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Educación ¿Desde? ¿Para? Los derechos humanos. En Infancia y Derechos Humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica. Coordinadores Manfred Liebel, Marta Martínez. Ifejant. Lima. 2009.
 33. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia I. Sujeto de derechos y protagonista. Ifejant. Lima. 2008.
 34. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Ensayos sobre infancia II. Sujeto de derechos y protagonista. Ifejant. Lima. 2010.
 35. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Historia del pensamiento social sobre la infancia. UNMSM. Lima. 2003.
 36. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Jóvenes y Niños Trabajadores: Sujetos Sociales. Ser protagonistas. Ifejant. Lima. 1997.

37. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. MÁRQUEZ, Ana María. Hacia una participación protagónica de los niños, niñas y adolescentes. Save the Children Suecia. Lima. 2002.
38. CUSSIÁNOVICH, Alejandro. Participación y ciudadanía de los NATS. En Niños, niñas y adolescentes trabajadores: derechos, ciudadanía y protagonismo. MANTHOC. Lima. 2000.
39. DAZA, Ricardo. Panorama de la violencia contra los niños en América Latina. En Derechos de los niños y las niñas: debates, realidades y perspectivas; eds. Ernesto Durán, María Cristina Torrado. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2007.
40. DE DINECHIN, Philippe. Los utópicos derechos del niño. Escaparate Ediciones. Concepción, Chile. 2009.
41. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Reinventar la democracia: reinventar el Estado. Clacso. Buenos Aires. 2005.
42. DEL RÍO, Norma. A puerta cerrada, paradigmas de la exclusión. En Derechos de los niños y las niñas: debates, realidades y perspectivas; eds. Ernesto Durán, María Cristina Torrado. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2007.
43. DELGADO, Buenaventura. Historia de la infancia. Editorial Ariel. 1998. Madrid.
44. Diccionario de sociología. Fondo de Cultura Económica. México. 1987. p. 206.
45. Documento CRC/C/5, 30 de octubre de 1991.
46. Documento CRC/C/58, 20 de noviembre de 1996.
47. Documento CRC/C/PER/CO/3, 14 de marzo de 2006.
48. Documento. CRC/C/58. Rev 1. 29 de noviembre de 2005.
49. DUEÑAS Ruiz, Óscar. Lecciones de hermenéutica jurídica. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2005.
50. DURÁN, Ernesto. Los derechos de los niños y las niñas: marco general y puntos de debate. En Derechos de los niños y las niñas: debates, realidades y perspectivas; eds. Ernesto Durán, María Cristina Torrado. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2007.
51. DURÁN, Ernesto. Reflexiones sobre el seguimiento a los derechos de niños, niñas y adolescentes. Monitoreo de derechos de la niñez y la adolescencia. Reflexiones sobre lo aprendido. Eds. Ernesto Durán Strauch, Elizabeth Valoyes. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas. Observatorio sobre Infancia. Bogotá. 2010.
52. DURÁN, Ernesto. TORRADO, María Cristina. Contribución al análisis de la política pública de infancia en la década de los noventa. En La política social desde la constitución de 1991 ¿una década perdida?. Editor, LAGUADO, Arturo Claudio. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas. Centro de Estudios Sociales, CES Centro de Investigaciones para el Desarrollo, CID Observatorio de Política Social y Calidad de Vida. Bogotá. 2004.
53. EK, Simone. La Convención sobre los Derechos del Niño y el Interés Superior del Niño. Radda Barnen. Agosto de 1998.
54. EKSTEDT, Julia. Programación de los Derechos del Niño. Guía de capacitación. Save the Children Suecia. Lima. 2004.
55. ESCALANTE, Estanislao. El código de la infancia y la adolescencia: elementos para su comprensión e interpretación. En Formación Integral. Ley

- de la Infancia y la Adolescencia: Análisis y Perspectivas. Compilador Aroldo Wilson Quiroz. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2009.
56. ESCOBAR, Arturo. La invención del Tercer Mundo: construcción y deconstrucción del desarrollo. Editorial Norma. Bogotá. 2004.
 57. PEDERNERA, Luis. Estudio de balance regional sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina y el Caribe. Impacto y retos a 20 años de su aprobación. REDLAMYC. 2009.
 58. FANLO, Isabel. Los derechos del niño y las teorías de los derechos: introducción a un debate. En Justicia y derechos del niño. Unicef. Número 9. Santiago de Chile. 2007.
 59. FERRARIS, Maurizio. Historia de la hermenéutica. Siglo XXI Editores. México. 2005.
 60. FYFE, Alec. El movimiento mundial contra el trabajo infantil. Avances y dirección futura. OIT. Ginebra. 2009.
 61. GAITAN, Lourdes. El bienestar social de la infancia y los derechos de los niños. Revista Política y Sociedad, 2006, Vol. 43 Núm. 1.
 62. GALEANO, Eduardo. Patas arriba: la escuela del mundo al revés. Siglo XXI Editores. México. 2004.
 63. GALVIS Ligia. La Convención de los Derechos del Niño, veinte años después. En Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud. Vol.7, N° 2 Julio-Diciembre de 2009. Universidad de Manizales.
 64. GALVIS, Ligia. Los niños, las niñas y los adolescentes. Titulares activos de derechos. Ediciones Aurora. Bogotá. 2006.
 65. GÁLVIS, Ligia. Reflexiones en torno a la titularidad de los derechos. En Derechos de los niños y las niñas: debates, realidades y perspectivas; eds. Ernesto Durán, María Cristina Torrado. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2007.
 66. GAMARRA, Fernando. Convención sobre los derechos del niño. Índice analítico. PUCP-Fondo Editorial. Lima. 2001.
 67. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral. Unicef. Bogotá. 1998.
 68. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Infancia. De los derechos a la justicia. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2004.
 69. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (Coordinador). Normas de papel. La cultura del incumplimiento de las reglas. Siglo del Hombre Editores. Dejusticia. Bogotá. 2011.
 70. GIBBONS, Elizabeth. La Convención sobre los Derechos del Niño y la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. En, Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta. Alicia Ely Yamin (Coordinadora). Editores Plaza y Valdés. México. 2006.
 71. GILBERT CEBALLOS, Jorge. Introducción a la sociología. Ediciones LOM. 1997.
 72. GIROUX, Henry. La inocencia robada. Juventud, multinacionales y política cultural. Ediciones Morata. Madrid. 2003.
 73. GOMÉZ, Diana. Análisis de la ley antimaras de 2003 implementada por el gobierno de el salvador, a la luz de la constitución política de 1983 y las normas internacionales de derechos humanos. Monografía de Grado para optar al título de Politóloga. Facultad de Ciencia Política y Gobierno. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 2010.

74. HODGKIN, Rachel. NEWELL, Peter. Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Unicef. New York. 2001.
75. IFEJANT. Jóvenes y Niños Trabajadores: Sujetos Sociales. Modulo II. Lima. 1995.
76. Informe del Comité de los Derechos del Niño. Asamblea General. Documentos Oficiales. Sexagésimo Tercer Período de Sesiones. Suplemento N°4I. Documento A/63/41. 2008.
77. JARAMILLO, Enrique. ¿Dónde dormirán los niños pobres del Perú? A propósito de la ley que protege a los menores de edad de la mendicidad. En Revista Faro. Número 1. Unidad de Posgrados de la Universidad Politécnica Salesiana de Ecuador. 2009.
78. KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. UNAM. México. 1995.
79. KLIKSBERG, Bernardo. La familia en América Latina interrogantes y perspectivas. Documento de apoyo a la exposición del autor sobre "Evolución de la relación del niño, la niña y el adolescente con la Familia" en el XII Congreso Panamericano del Niño, México, 27-29-October de 2004.
80. KLIKSBERG, Bernardo. Seis tesis no convencionales sobre participación. Centro de documentación en políticas sociales, documentos/18. Documento presentado en el marco de Buenos Aires *Sin Fronteras*. Un espacio para el diálogo. Buenos Aires. 1999.
81. LEÓN GÓMEZ, Alberto. La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales nacionales: el derecho internacional como fuente de derechos y obligaciones en el derecho interno. En Serie Democracia y judicatura. ILSA. Bogotá. 2006.
82. LEVÝ-BRUHL, Lucien. El alma primitiva. Editorial Península. Barcelona. 1974. La mentalidad primitiva. Editorial Leviatán. Buenos Aires. 1957.
83. LIEBEL, Manfred. América Latina: La Organización internacional del trabajo y el misterio del trabajo infantil indígena. Revista NATS N° 19. Ifejant. Año XIV. Octubre, 2010. Lima.
84. LIEBEL, Manfred. Entre protección y emancipación: Derechos de la Infancia y Políticas Sociales. Facultad Ciencias Políticas y Sociología, Universidad Complutense de Madrid. Las Monografías del Experto: Experto en Políticas Sociales de Infancia. Serie Teoría Noviembre 2006 N° 1. p. 10.
85. LIWSKI, Norberto. Realidades y perspectivas de los derechos de los niños y las niñas en América Latina. En Derechos de los niños y las niñas: debates, realidades y perspectivas; eds. Ernesto Durán, María Cristina Torrado. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2007.
86. LUMMIS, C. Douglas. Democracia radical. Siglo Veintiuno Editores. México. 2002.
87. MACCHIA, Isabella (coordinadora). Segundo Seminario sobre Políticas Públicas e Infancia. Relatoría. En Infancia y política social. UAM-UNICEF. México. 2002.
88. MACHEL, Graça. El impacto de los conflictos armados sobre los niños. Naciones Unidas, A/51/306, 26 de agosto, 1996.
89. MANNARELLI, María. La infancia y la configuración de los vínculos en el Perú. Un enfoque histórico. En "Políticas Públicas e Infancia en el Perú. Recomendaciones de política". Save the Children-UK. Lima. 2002.
90. MARIÑO, Cielo. Niñez víctima del conflicto armado: consideraciones sobre las políticas de desvinculación. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005.

91. MARTÍN-BARÓ, Ignacio. Acción e Ideología. Psicología Social desde Centroamérica. UCA Editores. San Salvador. 1992.
92. MARTÍNEZ, Alejandro. La pedagogía de los derechos de los niños y niñas como desafío para la democracia y la pedagogía en Colombia y la Región. Tesis de Maestría en Estudios de Familia. Universidad Externado de Colombia. 2011.
93. MARTINEZ, Marta. LIGERO, Juan. Familia, infancia y derechos: una mirada cualitativa desde la percepción adulta. En Revista Portularia N° 3. Universidad de Huelva. 2003.
94. MATURANA, Humberto. Emociones y lenguaje en educación y política. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 1991.
95. MILNE, Brian. La participación de los niños: una visión general de su contribución en los procesos democráticos. Revista Nats. N°3-4. Lima. 1997.
96. MOERMAN, Joseph. Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño; en particular ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias. En La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI. Miguel Ángel Verdugo y Víctor Soler-Sala (Eds). Ediciones Universidad Salamanca. 1996.
97. MOLANO, Alfredo. El informe. Artículo de opinión. Diario EL Espectador. 27 de febrero de 2011.
98. MONROY CABRA, Marco Antonio. Los derechos humanos. Editorial Temis. Bogotá. 1980.
99. MONROY CABRA, Marco. El derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional. En Anuario Colombiano de Derecho Internacional. Universidad del Rosario. Volumen 1, N° 1. Bogotá. 2008.
100. MONTES, Graciela. El corral de la infancia. Fondo de Cultura Económica. México. 2001.
101. MORIN, Edgar. El Método. Las Ideas. Ediciones Cátedra. Madrid. 1992.
- MORIN, Edgar. Introducción al pensamiento complejo. Editorial Gedisa. Barcelona. 2003.
102. MORLACHETTI, Alejandro. Legislaciones nacionales y derechos sociales en América Latina. Análisis comparado hacia la superación de la pobreza infantil. Serie Políticas Sociales 164. 2010.
103. O'DONELL, Daniel. La convención sobre los derechos del niño: estructura y contenido. En Derecho a tener Derecho. Derecho del niño. Políticas para la infancia. Tomo I. Unicef. Venezuela.
104. Observación general N° 12. Comité de los Derechos del Niño. 51° período de sesiones.
105. Observación general N° 5. Comité de los Derechos del Niño. 34° período de sesiones.
106. ORTÍZ AHLF, Loretta. Integración de las normas internacionales en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica. Serie Democracia y Judicatura. ILSA. Bogotá. 2006.
107. OZ, Amos. La historia comienza. Ensayos sobre literatura. Editorial Siruela. Madrid. 2007.
108. PERROT, Michelle. La juventud obrera. Del taller a la fábrica. En Levi, Giovanni y Schmitt, Jean-Claude. Historia de los Jóvenes: II. La edad contemporánea. España. Taurus. 1996.
109. PILOTTI, Francisco. Globalización y Convención sobre los derechos del niño. El contexto del texto. Unidad de Desarrollo Social y Educación. Organización de los Estados Americanos. Washington. 2000.

110. PILOTTI, Francisco. Marco para el análisis de las políticas públicas dirigidas a la infancia. En Niños, adolescentes, pobreza, marginalidad y violencia en América Latina y el Caribe: ¿relaciones indisociables? Organizadores: Irene Rizzini. Ciespi. Río de Janeiro. 2006.
111. Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia (PNAIA) 2002-2010. República del Perú.
112. PLATT, Anthony. Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia. Siglo XXI Editores. México. 2006.
113. PORTOCARRERO, Gonzalo. MONTENEGRO, Fernanda. GRUBER, Sthepan. Figuraciones del mundo juvenil en el cine contemporáneo. CISEPA-PUCP. Lima. 2010.
114. PRIETO, Fernando. La Historia en sus textos. La revolución francesa. Ediciones Itsmo. España, 1989.
115. RECKNAGEL, Albert. Entre reivindicación universal y diversidad local. En Infancia y Derechos Humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica. Coordinadores Manfred Liebel, Marta Martínez. Ifejant. Lima. 2009.
116. Revista Latinoamericana de Psicología. Fundación Universitaria Konrad Lorenz. Vol. 11. Número 001. Bogotá.
117. ROSANVALLON, Pierre. La nouvelle question sociale, Repenser l'Etat-Providence. Editorial Seuil. Paris. 1995.
118. SABATO, Ernesto. Apologías y rechazos. Editorial Planeta. Bogotá. 2001.
119. SÁNCHEZ PARGA, José. Orfandades infantiles y adolescentes: Introducción a una sociología de la infancia. Ediciones ABYA-YALA. Quito. 2004.
120. SAURI SUAREZ, Gerardo. Claroscuros de las Políticas de Infancia en América Latina. En Infancia y Derechos Humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica. Coordinadores Manfred Liebel, Marta Martínez. Ifejant. Lima. 2009.
121. SCHIBOTTO, Giangi. El informe global OIT de 2010. El triunfo de la razón metonímica. Revista NATS N° 19. Ifejant. Año XIV. Octubre, 2010. Lima.
122. Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo Y Niñas VS. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012.
123. Situación de la niñez en la frontera y de la adolescencia en la triple frontera entre Argentina, Brasil y Paraguay: desafíos y recomendaciones. Unicef. Marcia Anita Sprandel (coord.). Curitiba. 2005.
124. SOTO, Ricardo. Aplicabilidad del interés superior del niño. En El Estado y el ejercicio ciudadano de la infancia en la sociedad peruana en los albores del siglo XXI. Maestría de Políticas Sociales. UNCP. Save the Children Suecia. Huancayo. 2011.
125. TEJADA, Luís. Panorama bibliográfico de la infancia en el Perú. En Revista Infancia y Ciencia Social. Año 1, N° 1. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 2007.
126. TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique. Teoría general de niñez y adolescencia. Universidad de los Andes. Bogotá. 2005.
127. TORRADO, María Cristina. La convención de los derechos de los niños como marco para pensar la política social. En Derechos de los niños y las niñas: debates, realidades y perspectivas; eds. Ernesto Durán, María Cristina Torrado. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2007.
128. TORRES, Nelly. El Manthoc: niños que se organizan. En Niños trabajadores: experiencias y reflexiones. Instituto publicaciones, educación y comunicación José Cardijn. Lima. 1988.

129. TOUSSAINT, Eric. Las crisis de la deuda externa de América Latina en los siglos XIX y XX. Documento escrito para el Seminario Internacional “América Latina y el Caribe: salir del impase de la deuda y del ajuste” organizado por el CADTM (Comité para la Anulación de la Deuda del Tercer Mundo) y por el CNCD (Centro Nacional de la Cooperación al Desarrollo) en Bruselas, del 23 al 25 de mayo de 2003.
130. TRIUSCIZZI, Leonardo. Infancia e historia. Ifejant. Serie: Materiales de trabajo. 3 Edición. 2007.
131. TRUYOL Y SERRA, Antonio. Los derechos Humanos. Editorial Tecnos. Madrid. 1997.
132. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 1990.
133. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 1991.
134. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 2000.
135. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 2002.
136. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. 2003.
137. UNICEF. Estado Mundial de la infancia. 2008.
138. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. Edición Especial. Conmemoración de los 20 años de la Convención de sobre los Derechos del Niño. 2009.
139. UNICEF. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Lineamientos para la aplicación de la guía metodológica para el análisis de situación de menores en circunstancias especialmente difíciles. Bogotá. 1989.
140. URIARTE, Carlos. Control institucional de la niñez adolescencia en infracción. Un programa mínimo de contención y límites jurídicos al sistema penal juvenil (las penas de los jóvenes). Carlos Álvarez Editor. Uruguay. 1999.
141. URRÁ PORTILLO, Javier. Violencia. Memoria amarga. Editores Siglo XXI. Madrid. 1997.
142. VALENCIA, Hernando. Los Derechos Humanos. Madrid. Acento Editorial. 1998.
143. VALENCIA, Jorge. Derechos humanos del niño en el marco de la doctrina de la protección integral. Acción Por Los Niños y Rádda Barnen de Suecia. Lima. 1999.
144. VALENCIA, Jorge. Derechos humanos del niño. Instituto Peruano de Derechos Humanos. Lima. 1990.
145. VAN DIJK KOCHERTHALER, Sylvia. Participación infantil. Una revisión desde la ciudadanía. En Revista Tramas. Subjetividad y procesos sociales. Universidad Autónoma Metropolitana. Publicación semestral del Departamento de Educación y Comunicación, División de Ciencias Sociales y Humanidades Número 28. Julio/Diciembre de 2007. Ciudad de México.
146. VÁSQUEZ, Enrique. CORTEZ, Rafael. RIESCO, Gustavo. Inversión social para un buen gobierno en el Perú. Universidad del Pacífico. 2000.
147. VÁSQUEZ, Enrique. MENDIZABAL, Enrique. ¿Los niños...primero? El gasto público social focalizado en niños y niñas en el Perú: 1990-2000. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Save the Children Suecia. Lima. 2002.
148. Versión magnetofónica de la clase: La Convención de los Derechos del Niño. Maestría en Política Social con mención en Promoción de la Infancia. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 2009. Exposición de los exdelegados del MNNATSOP Orlando Macharé y Aladino Valdiviezo sobre su participación en la agenda al UNCRC.
149. WALLERSTEIN, Immanuel. El legado de la sociología, la promesa de la ciencia social. Editorial Nueva Sociedad. Caracas. 1999.

150. ZEMELMAN, Hugo. Epistemología y política en el conocimiento socio-histórico. En ¿Existe una epistemología latinoamericana? Universidad de Quintana Roo. Editorial Plaza y Valdés. México. 2000.
151. ZEMELMAN, Hugo. Pensar teórico y Pensar epistémico: los retos de las ciencias sociales latinoamericanas. Documento de trabajo del IPECAL.
152. ZERMATTEN, Jean. El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico. Informe de trabajo. Institutue International des droits de l'enfant. 2003.
153. ZIEGLER, Jean. Derecho a la alimentación. Un derecho en construcción. El hambre y los derechos humanos. En Geopolítica del hambre. Hambre: ¿Quién es responsable? Informe 2003-2004. Editorial Icaria. Barcelona. 2004.

Páginas Web Consultadas

1. "Juez que negó patria potestad de Pierina a su padre ya es investigado". Dierio el Comercio. <http://elcomercio.pe/lima/1338905/noticia-juez-que-nego-patria-potestad-pierina-su-padre-ya-investigado> [Revisado el 25 de noviembre de 2011].
2. Artículo "Asesinato de James Bulger". Página Web de Wikipedia. http://es.wikipedia.org/wiki/Asesinato_de_James_Bulger [Revisado el 1 de marzo de 2011]
3. BINAZZI, Alice. La Convención sobre los Derechos del Niño, su Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y el marco legal para la prevención y la protección contra el creciente fenómeno transnacional de la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes. En Reflexiones y avatares para la infancia en el siglo XXI. Publicación digital del I Concurso de ensayos sobre infancia y familia del área de formación a distancia. [Revisado el 1 de abril de 2011] <http://ifejant.org.pe/Archivos/librocdensayos.pdf>
4. CAPPELAERE, Geert. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. [revisado 30 de enero de 2011]. http://www.iin.oea.org/cad_RIAD.pdf
5. El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. [Revisado el 6 de junio de 2010] http://www.aidh.org/uni/Formation/00Home_e.htm
6. FREEDMAN, Diego. Funciones normativas del interés superior del niño. Jura Gentium. Revista de filosofía del derecho internacional de la política global. 2005. [Revisado 15 de enero de 2011]. <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm>
7. GIORGI, Víctor. La participación de niños, niñas y adolescentes en la construcción de ciudadanía y la incidencia en las políticas públicas. Documento de Referencia. IIN. [Revisado el 1 de abril de 2011]. <http://www.xxcongresopanamericano.org/presentacion/espanol/documentos/EJE3-participacion.pdf>
8. LUNA, Claire. Revista Internacional de Artes Visuales. Reseña "No están ni vivos ni muertos, son desaparecidos". Versión electrónica. <http://artmotiv.com/No-están-ni-vivos-ni-muertos-son> [Revisado el 20 de junio de 2010].
9. Página Web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. [Revisado el 10 de junio de 2011] <http://www2.ohchr.org/spanish/law/> Página Web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. "Committee on the Rights

- of the Child – Sessions”. [Revisado 20 de septiembre de 2011]. <http://www2.UNCRC.org/english/bodies/crc/sessions.htm>
10. Página Web de la Red Latinoamericana y Caribeña por la Defensa de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. [Revisado 23 de septiembre de 2011]. <http://www.redlamyc.info/Informes%20ante%20el%20comite%20DDN%20de%20UN/Informes%20nuevo/Argentina%20sesion%2054.pdf>
 11. Página Web de la Red Latinoamericana y Caribeña por la Defensa de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. [Revisado 23 de septiembre de 2011]. <http://www.redlamyc.info/seguimiento-a-la-convencion-de-los-derechos-del-nino/informes-presentados-alte-el-comite-de-los-derechos-del-nino/details/4/178.html>
 12. Página Web de Unicef. “Progreso para la infancia. ODM 2: Lograr la educación primaria universal”. [Revisado el 1 de abril de 2011]. http://www.unicef.org/spanish/progressforchildren/2007n6/index_41796.htm
 13. Página Web de Unicef. Documento “Un mundo apropiado para los niños y las niñas”. [Revisado el 10 de abril de 2011]. http://www.unicef.org/lac/Un_mundo_apropiado_para_los_ninos_y_las_ninas.pdf
 14. Página Web del Colegio Claustro Moderno. [Revisado 2 de junio de 2011]. <http://www.claustromoderno.edu.co/miclaustro/>
 15. Página web del Comité de los Derechos del Niño. “Committee on the Rights of the Child – Members”. [Revisado el 15 de septiembre de 2011] <http://www2.UNCRC.org/english/bodies/UNCRC/members.htm>
 16. Página web del Comité de los Derechos del Niño. “Past Membership of the Committee on the Rights of the Child (1991-2003)”. [Revisado el 15 de septiembre de 2011] <http://www2.UNCRC.org/english/bodies/UNCRC/docs/MembersCVs/PastMEMBERSHIP.pdf>
 17. Página Web XX Congreso Panamericano del Niño. “Resolución N°1 Congreso Panamericano del Niño. [Revisado el 1 de abril de 2011]. <http://www.xxcongresopanamericano.org/presentacion/espanol/resoluciones/Resolucion1.pdf>
 18. Página Web XX Congreso Panamericano del Niño. Documento “Recomendaciones Finales del Primer Foro Panamericano de Niños, Niñas y Adolescentes. [Revisado el 1 de abril de 2011]. http://www.xxcongresopanamericano.org/presentacion/espanol/recomendaciones/Recomendaciones_Foro.pdf
 19. SANTÉ, Loreto. El derecho a vivir en familia: qué puede hacer el Estado cuando éste es vulnerado. En Reflexiones y avatares para la infancia en el siglo XXI. Publicación digital del I Concurso de ensayos sobre infancia y familia del área de formación a distancia. [Revisado el 23 de mayo de 2011] <http://ifejant.org.pe/Archivos/librocdensayos.pdf>
 20. VAN BUEREN, Geraldine. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. [Revisado el 30 de enero de 2011] http://www.iin.oea.org/cad_Privados_de_libertad.pdf.

