

INFANCIA, AUTONOMIA Y DERECHOS: UNA CUESTION DE PRINCIPIOS

Miguel Cillero Bruñol

I Antecedentes generales

El siglo XX ha sido testigo de un profundo y dinámico proceso de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, cuya máxima expresión ha sido la aprobación por las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en 1989. Desde comienzos de siglo es posible observar la tendencia a acordar un conjunto de principios de alcance universal para la protección de los derechos de los niños. En 1924 la Sociedad de las Naciones adopta en su V Asamblea el primer texto formal, conocido como la Declaración de Ginebra; posteriormente en 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptará la *Declaración Universal de Derechos del Niño*.¹

Este perfeccionamiento gradual de los instrumentos de protección de los derechos de los niños, se inscribe dentro de la corriente más universal de progreso en la garantía y protección de los derechos humanos que se expresa a través de la adopción de instrumentos jurídicos con creciente poder vinculante y el afianzamiento del principio de no discriminación.

Uno de los logros del movimiento de protección de los derechos humanos en este siglo es el reconocimiento que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos, y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los que están los niños.

En consecuencia, el niño es titular de los derechos fundamentales que las constituciones, los instrumentos internacionales y las leyes reconocen a todas las personas, y goza además de protección específica a sus derechos que se encuentran en instrumentos especiales y también en diversos instrumentos generales de derechos humanos, tanto de alcance universal como regional. La Declaración Universal de Derechos Humanos; los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, son un buen ejemplo de ello. También en el sistema Interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, de 1969 contempla normas especiales para la infancia².

Al celebrarse los 20 años de la Declaración de 1959, se conmemoró el Año Internacional del Niño, oportunidad en la que se propuso la formulación de una Convención sobre los Derechos del Niño. Tras diez años de intensos trabajos, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 29 de Noviembre de 1989 la CDN³. Este texto constituye la especificación de los derechos humanos para el segmento de la población que tiene entre 0 y 18 años incompletos.

La CDN representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como la relación del niño con la familia; los derechos y deberes de los padres y del Estado; y las políticas sociales dirigidas a la infancia.

Pese a la dificultad de la materia que aborda, en que los horizontes culturales tan diversos parecen un escollo insuperable, la Convención logró su aprobación y entrada en vigencia debido a la adhesión que recibió de los más diferentes Estados. En un plazo excepcionalmente breve se ha ratificado casi universalmente, lográndose que cerca del 96% de los niños del mundo, según cifras del UNICEF, se encuentre amparado por sus disposiciones.

Sin embargo, la CDN no sólo ha tenido un fuerte reconocimiento en el plano jurídico, sino que su impacto también ha alcanzado, especialmente en América, al ámbito político y social. Desde la Cumbre Mundial por la Infancia en Nueva York, se han sucedido múltiples reuniones del más alto nivel para lograr la efectiva satisfacción y protección de los derechos de las niñas y los niños y ha existido una fuerte movilización de las organizaciones de la sociedad civil destinada a promover cambios e iniciativas en favor de los derechos de la infancia.

II La infancia y los Derechos Humanos

También en este siglo se ha desarrollado un importante proceso de traslado al Derecho Positivo y al Derecho Internacional, así como una expansión del concepto de los derechos humanos, que se refleja en la adopción de importantes pactos internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales, que complementan los relativos a derechos civiles y políticos⁴.

Hacia fines de siglo, los derechos humanos son reconocidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático; ellos son el fundamento de un complejo sistema de promoción y garantía del desarrollo de las personas, de todas ellas, sin discriminación. Los derechos humanos orientan y limitan al Estado y sus órganos, le imponen deberes y le definen objetivos a realizar.

La mayor amplitud de los derechos y la existencia de grupos que, pese a la generalidad de los instrumentos, quedan fuera de esta evolución, ha exigido acordar nuevos pactos destinados específicamente a estas áreas o grupos. Esta ha sido la situación de los niños que si bien nunca han sido excluidos de los instrumentos generales de derechos humanos, en los hechos, su protección no lograba alcanzarlos efectivamente. En este sentido se puede afirmar que la CDN es un instrumento destinado a la no discriminación, a la reafirmación del reconocimiento de los niños como personas humanas, en toda la acepción y sin limitaciones, y responde a la necesidad de contar con instrumentos jurídicos idóneos para proteger sus derechos.

En una región como América Latina con importantes áreas de derechos insatisfechos que se reflejan en fuertes índices de pobreza en la población

infantil y escasa participación de los niños en los asuntos de su interés, la CDN presenta un nuevo esquema de comprensión de la relación entre el Estado, las políticas sociales y el niño, así como también constituye un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de las niñas y los niños, y sus intereses, en la decisión de los asuntos públicos.

La CDN, entonces, opera como un ordenador de las relaciones entre la infancia, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos. Siguiendo la tradición contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la CDN es profundamente respetuosa de la relación niño-familia, enfatizando el papel de las políticas sociales básicas y de protección y limitando la intervención tutelar del Estado a una última instancia, que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales. De este modo, el enfoque de los derechos humanos, permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de la niñez en la sociedad.

En consecuencia, al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños, incorporadas a aquél por medio de la ratificación de la CDN y por normas de fuente nacional, cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que las niñas y los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y estado de desarrollo de la infancia; establecer derechos propios de la niñez (como los derivados de la relación paterno/filial o el derecho al esparcimiento); regular los conflictos jurídicos derivados de la vulneración de los derechos de la niñez o de su colisión con los derechos de los adultos; orientar las políticas públicas en relación a la infancia; y limitar las actuaciones de las autoridades.

III Características de la CDN

En este artículo se destacarán tres de las principales características de la Convención: su integralidad, la concepción del niño como sujeto de derecho y el paso de las necesidades a los derechos.

a) Carácter integral de la Convención y protección integral de los derechos de los niños.

Una de las características más importantes de la Convención sobre los Derechos del Niño es su integralidad, esto es, abarcar todas las dimensiones de la vida y desarrollo de las niñas y los niños. La Convención ha sido descrita como un "puente entre el desarrollo humano y el desarrollo de los derechos"⁵, promoviendo la unificación de propósitos y acciones entre desarrollo socioeconómico y protección jurídica de la infancia.

Por su parte, en el ámbito estrictamente jurídico, "mediante la Convención sobre los Derechos del Niño, la comunidad internacional pudo zanjar, por primera vez, la brecha ideológica que ha separado históricamente los derechos civiles y políticos de los económicos, sociales y culturales"⁶ Ella contiene un

conjunto de disposiciones destinadas a reconocer y garantizar los derechos del niño a la sobrevivencia, el desarrollo, la protección y la participación, derechos que están completamente integrados, esto es, son inseparables.

La amplitud de sus disposiciones permite señalar que la CDN constituye un verdadero programa de acción para los Estados que la ratifican, destinado a proteger el desarrollo integral a través del disfrute de los derechos que al niño se le reconocen. Estos derechos son estrictamente interdependientes, exigiéndose la satisfacción conjunta de ellos para la consecución efectiva del desarrollo. Esta interdependencia, exige una protección integral de los derechos del niño, debiendo evaluarse cualquier situación de vulneración, amenaza o restricción de derechos, en la perspectiva de los efectos que producen sobre el conjunto de derechos protegidos.

De este modo del carácter integral e interdependiente de los derechos consagrados por la CDN, se deriva la necesidad de una protección integral, que es la aspiración fundamental que pretenden satisfacer los nuevos códigos de la infancia y adolescencia que se han dictado en América Latina luego de la entrada en vigencia de la Convención⁷.

b) El niño sujeto de derecho. La autonomía progresiva.

Otra característica fundamental del enfoque de los derechos humanos aplicado a la infancia, es constituir una nueva concepción del niño y de sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva concepción se basa en el reconocimiento expreso del niño como sujeto de derecho, en oposición a la idea predominante de niño definido a partir de su incapacidad jurídica.

La CDN, a diferencia de la tradición jurídica y social imperante en muchos países hasta antes de su aprobación,⁸ no define a las niñas y los niños por sus necesidades o carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo. Por el contrario, al niño se le considera y define según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad.

Ser niño no es ser "menos adulto", la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica.

La CDN por tanto, profundiza la doctrina de los Derechos Humanos contenida en los instrumentos internacionales que, en lugar de buscar diferenciar sujetos, señala estrictamente los atributos positivos comunes de todas las personas, declarando los derechos fundamentales que le deben ser reconocidos por el solo hecho de existir, sin considerar su edad, sexo u otra condición.

En la concepción del niño como sujeto de derecho subyace, primeramente, la idea de igualdad jurídica, en el sentido que todas las personas son destinatarias de las normas jurídicas y tienen capacidad de ser titulares de derechos, para luego acceder a fórmulas más perfectas como, la igualdad ante la ley o la igualdad en los derechos, que también son recogidas por la Convención⁹. Siguiendo a Hannah Arendt, se trata de comprender a los derechos humanos

como un proceso constante de construcción de ciudadanía, que se expresa en la fórmula del reconocimiento del "derecho a tener derechos"¹⁰.

La aplicación de esta doctrina al área de la infancia ha favorecido una verdadera "reconstrucción social y jurídica" de la niñez y la adolescencia, cuyo carácter de sujetos de derecho, reconocido en la teoría, se había debilitado en la práctica legislativa, administrativa y judicial de las legislaciones de menores promulgadas en América Latina en este siglo. Desde la primera y poco elaborada Declaración en 1924 (Declaración de Ginebra), hasta su culminación con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, los textos apuntan a que los Estados y la sociedad reconozcan en cada niño un conjunto universal de derechos y, por necesaria consecuencia, definan las obligaciones que de ellos se derivan para la sociedad, la familia y el Estado.

De esta forma se construye un sujeto de derecho especialísimo, dotado de una supraprotección, o protección complementaria, pues se agregan nuevas garantías a las que corresponden a todas las personas. Por su parte, esta protección especial tiene carácter nacional e internacional, ya que los Estados Parte adquieren compromisos ante la comunidad de las naciones, y al ser a su vez leyes de los Estados, son aplicables los mecanismos de garantía propios del derecho interno.

Así, la CDN es portadora e inspiración de una doctrina que considera al niño como un pleno sujeto de derecho, dejando atrás la imagen de niño objeto de representación, protección y control de los padres o el Estado, que informó la legislación de menores en el mundo entero. La CDN, entonces, se separa de la tradición jurídica de menores basada en la incapacidad, y reafirma el carácter de sujeto de derecho que se desprende de su carácter de persona humana, condición nunca negada por los instrumentos de derechos humanos pero opacada durante años por la tradición proteccionista que inspiró las legislaciones especiales de menores¹¹.

En consecuencia, según se ha sostenido reiteradamente por múltiples autores, la CDN y las legislaciones que la implementan han permitido que el niño deje de ser un objeto de protección y se constituya en sujeto de derecho¹². Sin embargo, al aplicar esta idea, surge la paradoja de que si bien el niño es portador de derechos y se le reconoce capacidad para ejercerlos por sí mismo, el propio ordenamiento jurídico no le adjudica una autonomía plena¹³, debido a consideraciones de hecho -que tienen que ver con su madurez- y jurídicas, referidas a la construcción jurídica tradicional de las niñas y los niños como personas dependientes de sujetos adultos, en particular, de los padres.

El artículo quinto de la CDN considera y propone un modo de resolver esta situación fáctica y normativa, al disponer que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo en virtud de "la evolución de sus facultades", y que a los padres o demás responsables en su caso, les corresponde impartir "orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención". Al Estado, por su parte, le corresponde "respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres" o de quien corresponda, asumiendo el principio de no injerencia arbitraria del Estado en la vida familiar ya reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 12, y reafirmado por el artículo 16 de la CDN.

Esta disposición relativa a la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de los derechos, constituye uno de los principios que estructuran el sistema de derechos reconocidos por la Convención, por lo cual, la promoción y respeto de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, se convierte en uno de los intereses jurídicos que deben ser protegidos. La CDN contiene múltiples mecanismos para este objeto, los que deben ser incorporados y desarrollados en las legislaciones nacionales.

El principio de protección y promoción de la autonomía tiene una importante manifestación en el deber de orientación y dirección de sus padres, y se fundamenta en que el niño tiene "derecho" a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos, superando el argumento tradicional de sentido inverso, esto es, que los padres tienen poderes sobre la niñez, debido a que las niñas y los niños carecen de autonomía. Esto significa que los deberes jurídicamente reconocidos de los padres -que a su vez son límites a la injerencia del Estado, es decir derechos de los padres frente al Estado- no son poderes ilimitados sino funciones jurídicamente delimitadas hacia un fin: el ejercicio autónomo progresivo de los derechos del niño que, en casos calificados de incumplimiento, deben ser asumidos por el Estado (artículos 9 y 20 de la CDN)¹⁴.

Recapitulando, de la necesidad de proteger el desarrollo de la autonomía progresiva del ejercicio de los derechos de la infancia, se derivan las funciones parentales de orientación y dirección y los subsidiarios poderes del Estado. Igualmente, de la consideración del niño como sujeto de derechos y del principio de la autonomía progresiva se desprende que el niño es también portador de una creciente responsabilidad por sus actos, que permitirá no sólo afirmar que la infancia y la adolescencia son destinatarias de las normas prescriptivas y prohibitivas del ordenamiento jurídico, sino también que pueden, según su edad y la evolución de sus facultades, constituirse en responsables de sus actos ilícitos.

Corresponderá al Estado y a la familia apoyar y proteger el desarrollo del niño de modo que adquiera progresivamente autonomía en el ejercicio de sus derechos. De este modo, la idea de la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos del niño se constituye en la clave para interpretar la función del Estado y la familia en la promoción del desarrollo integral del niño. El niño como sujeto de derecho debe gozar de todos los derechos que se reconocen en la Constitución de los Estados, los tratados internacionales y las leyes internas. Asimismo, deberá adquirir progresivamente, de acuerdo a la evolución de sus facultades, la autonomía en el ejercicio de sus derechos.

Una consecuencia lógica de la asunción del principio de la autonomía progresiva será la distinción, jurídicamente relevante, entre niños y adolescentes que contempla la gran mayoría de las legislaciones dictadas en América Latina después de la entrada en vigencia de la CDN. Esta calificación construida a partir de criterios cronológicos que facilitan la precisión de los conceptos y la reducción de la discrecionalidad, permite hacer operativas fórmulas como la responsabilidad especial de los adolescentes ante la ley penal o el reconocimiento de los derechos de participación y expresión. Esta distinción es, probablemente, una de las consecuencias más importantes y difundidas de la CDN para las legislaciones de América Latina.

c) El paso de las necesidades a los derechos

Igualmente la CDN opera un cambio conceptual que se traduce como el paso de la consideración de las necesidades a la de los derechos y "se basa en la posibilidad de una lectura de las necesidades en términos de derechos ... que permitan al portador de necesidades, percibirse y organizarse como un sujeto de derechos"¹⁵.

Por el paso de las necesidades a los derechos se entiende un cambio de óptica en la relación del Estado y los adultos con la infancia. En lugar que el niño se vea como un mero receptor o beneficiario de la asistencia social, él es concebido como un sujeto de derecho frente al Estado y la sociedad, una persona a la que se le reconoce el derecho a ser protegido integralmente en su desarrollo y frente al cual existen obligaciones muy concretas y específicas.

Frente a las necesidades de las niñas y los niños existen dos posibilidades: transformarlas en derechos, camino que sigue la Convención, o mantenerlas dentro del ámbito de las políticas asistenciales o la beneficencia privada. En el primer caso se reconoce al niño el carácter de "persona humana portadora de demandas sociales" y sujeto de derecho. En el segundo, se le considera como un mero receptor de la oferta pública o privada de servicios, asumiendo el carácter de "beneficiario" o de "objeto" de la protección del Estado y la sociedad.

IV Algunos principios que estructuran la Convención

La Convención se estructura a partir de ciertos principios como los de interés superior del niño, la no discriminación, la efectividad y el ya analizado de la autonomía y la participación.

Estos principios –como señala Dworkin- son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia¹⁶. 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.

La característica principal de estos estándares jurídicos, que aquí se denominan principios, es que tienen una dimensión de peso o importancia relativa¹⁷. Los conflictos entre principios no se pueden resolver por la lógica de su validez o invalidez derivada de aspectos formales o de reglas interpretativas preexistentes, sino de su peso relativo en la situación concreta y por ello, son un elemento importante al momento de resolver conflictos normativos o de colisión de derechos.

El sentido en que se viene hablando de "principios" exige que ellos se entiendan como vinculantes para el juez y el legislador,¹⁸ como se desprende inequívocamente de la formulación positiva que de ellos hace la CDN.

Los primeros artículos de la CDN tienen la particularidad de hacer explícitos y positivizar estos estándares que se han denominado "principios". Ya se consideró el de autonomía progresiva, ahora se pasan a analizar los del "interés superior del niño", "no discriminación" y "efectividad".

a) Principio del Interés superior del niño (Artículo 3.1)

Según este principio en todas las medidas concernientes a la infancia que tomen "las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá al 'interés superior del niño' como una consideración primordial". Este principio se especifica y complementa con el derecho del niño a expresar su opinión o punto de vista, en todos los asuntos que le afecten.

Esta disposición es un reflejo del carácter integral de la doctrina de los derechos de la infancia y, a su vez, de su estrecha relación con la doctrina de los derechos humanos en general. Como las niñas y los niños son parte de la humanidad y sus derechos no se ejercen separada o contrariamente al de las otras personas, el principio no está formulado en términos absolutos, sino que el interés superior del niño es considerado como una "consideración primordial". El principio es de prioridad y no de exclusión de otros derechos o intereses.

Si bien no es posible abordar aquí todas las aristas de este principio, es necesario afirmar que el "interés superior del niño", no alude, ni puede aludir, más que a la satisfacción de sus derechos fundamentales. El interés superior del niño es, siempre, la satisfacción de sus derechos y nunca se puede aducir un interés del niño superior a la vigencia efectiva de sus derechos¹⁹.

Gran parte de la importancia de este principio viene dada por su valor polémico o su mensaje subyacente: ni el interés de los padres, ni el del Estado puede ser considerado en adelante el único interés relevante para la satisfacción de los derechos de la infancia: ellos tienen derecho a que su interés se considere prioritariamente en el diseño de las políticas, en su ejecución, en los mecanismos de asignación de recursos y de resolución de conflictos.

También el principio es un criterio orientador para resolver conflictos de derechos en que puedan verse involucrados los niños y jóvenes, que rige y obliga expresamente al legislador, los tribunales, los órganos administrativos y los servicios de bienestar públicos y privados; en este sentido es un principio que pretende realizar la justicia y no es un mero lineamiento u objetivo social.²⁰

Esta particularidad del principio del interés superior del niño, de servir de regla de interpretación y de resolución de conflictos entre derechos, queda de manifiesto con la propia aplicación que de él hace la Convención en diversas disposiciones (Artículos 9.1, 20.1, 21, 37 c, entre otros).

Un buen ejemplo es el contenido en el artículo 9.1 que funda en este criterio la resolución entre el derecho del niño a la convivencia familiar y el de su integridad personal en caso de maltrato. En estos casos, mediando siempre reserva judicial, podrá separarse a un niño en contra de la voluntad de sus padres si el interés superior del niño lo hace necesario para salvaguardar otros derechos de mayor entidad cuyo ejercicio conjunto con el de vivir con sus padres, se ha tomado imposible.

b) Principio de la no discriminación

El principio de no discriminación tiene una doble expresión en la CDN. En primer término ella es en sí misma un tratado contra la discriminación, ya que justamente pretende asegurar que la infancia y la juventud tengan la titularidad de los derechos que le corresponden a todas las personas y, para lograrlo, no

sólo los reafirma sino que establece nuevas protecciones en atención de que se trata de sujetos en desarrollo.

Ya en el primer párrafo del preámbulo de la Convención, la noción de igualdad tiene presencia destacada al señalarse que "la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana", reconociéndose, en el párrafo tercero, "que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados" en los instrumentos de derechos humanos de Naciones Unidas. A partir de estos reconocimientos se legitima la existencia de un tratado específico sobre derechos humanos de las niñas y los niños.

En la teoría jurídica es una idea asentada la existencia de una "regla de justicia" que puede anunciarse como aquella "según la cual se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de un modo desigual"²¹. Tiene, también, suficiente aceptación cultural la idea que las niñas y los niños deben ser sujetos privilegiados, como lo refleja una de las máximas más socorridas desde principios del siglo: "las niñas y los niños primero"; igualmente reflejan esta tendencia numerosas iniciativas humanitarias en favor de las niñas y los niños llevadas a cabo desde organizaciones civiles, gubernamentales e internacionales en todo el mundo.

En el ámbito jurídico esto tiene importantes consecuencias. Por una parte el recientemente expuesto principio del interés superior del niño es una aplicación clara de un criterio de prioridad que encuentra su fundamento último en una concepción de la justicia que se funde en el reconocimiento que las desigualdades sólo son tolerables, si satisfacen, entre otras condiciones, el "procurar el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad"²². La CDN, justamente pretende superar, a través del fortalecimiento de su posición jurídica, el carácter de grupo menos aventajado que tradicionalmente ha acompañado a la infancia.

La segunda expresión, y más obvia, es que la no discriminación exige una igualitaria protección de los derechos de la infancia, atendiendo a sus particularidades. Los niños tienen igualdad de derechos y es deber del Estado promover la igualdad en la aplicación de ellos. Todas las niñas y los niños, cualquiera sea su condición 'tienen derecho a no ser discriminados en sus derechos de sobrevivencia, desarrollo, protección y participación.

Por su parte el Estado está especialmente obligado a garantizar la "igual consideración y respeto" de todos los niños y niñas, adoptando todas las medidas para darles efectividad y protección a sus derechos, lo que necesariamente exigirá establecer políticas de protección y compensación respecto de la infancia que se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad, con objeto de asegurar la igualdad de oportunidades al acceso de los derechos.

Este punto es esencial para enfrentar los desafíos de la democracia en América Latina; la igualdad de oportunidades, el desarrollo con equidad, la erradicación de la pobreza, suponen superar las disparidades regionales y sociales que obstaculizan la satisfacción de los derechos de las niñas y los niños.

El artículo segundo de la Convención recoge adecuadamente estos criterios estableciendo, en primer término, la aplicación igualitaria de los derechos consagrados en ella sin distinción alguna y enunciando, luego, la prohibición de algunos criterios específicos de discriminación.

En este sentido cobra relevancia el hecho que se establezca la prohibición por consideraciones étnicas de la persona, reforzada por el artículo 30, y, principalmente, la prohibición de discriminar al niño ya no en razón de sus propias características personales, sino de las de sus padres, tutores o responsables.

Esta última prohibición es reafirmada por el inciso segundo que establece la obligación de los Estados de tomar todas las medidas para proteger a las niñas y los niños de discriminaciones o castigos derivados de la condición, actividades, opiniones o creencias de sus padres, tutores o familiares.

La sola existencia de la disposición que prescribe que las niñas y los niños deben ser protegidos contra toda discriminación por causa de la posición económica de sus padres, debiera significar la ilegitimidad de una de las prácticas más comunes y arbitrarias de la justicia de menores en América Latina, cual es la declaración del estado de abandono derivada de la falta de medios materiales de sus padres. Una aplicación inequívoca de este principio en las diversas leyes sobre infancia y adolescencia dictadas en América Latina con expresa referencia a la CDN, ha sido prohibir la declaración de abandono de un niño en razón de la mera carencia de bienes materiales de sus padres, tutores o responsables legales²³.

También es importante destacar el artículo 28. 1, que reconoce el derecho del niño a la educación, hace expresa referencia a que este derecho debe "ejercerse en condiciones de igualdad de oportunidades", para lo que expresamente establece un conjunto de mecanismos de protección que van desde la enseñanza primaria gratuita y obligatoria para todos, hasta hacer la enseñanza superior accesible para todos, sobre la base de la capacidad de cada uno.

El mecanismo privilegiado que establece la Convención para el logro de la igualdad es el derecho a la educación, cuyos fines se orientan hacia el desarrollo integral de las capacidades del niño, la asunción del respeto de los derechos humanos y libertades de terceros; de sus padres, de su identidad cultural y del medio ambiente; y, en general, de "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" (art. 29.d).

c) Principio de la efectividad de los derechos²⁴. La protección efectiva

La Convención no es un texto meramente declarativo, una declaración de buenas intenciones, sino que es un compromiso de los Estados a adoptar "todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. Respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán estas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional" (art. 4).

El análisis de la discusión sobre la necesidad de redactar una Convención, que superara la Declaración de 1959, revela, exactamente, la necesidad de avanzar hacia formas de protección de los derechos de la infancia desde instrumentos

meramente declarativos o indicativos hacia normas de carácter vinculante que se incorporaran a la legislación interna por la ratificación y promulgación, accediendo entonces, a los mecanismos internos de protección de derechos fundamentales, en especial los jurisdiccionales²⁵.

El desafío central que pretende vencer la CDN es pasar del mero reconocimiento de derechos y su proclamación, a la protección efectiva de ellos, a su satisfacción real. El núcleo central de cualquier política jurídica destinada a la expansión real de los derechos humanos, incluidos los de las niñas y los niños, "no es el de fundamentarlos, sino el de protegerlos...saber cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, pese a las declaraciones solemnes, sean continuamente violados"²⁶.

El problema de la efectividad tiene que ver con los mecanismos de garantía que, "en cuanto seguridades o medidas de protección, se dan solamente frente al Estado"²⁷ y como bien señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "la obligación de garantizar ... no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos".²⁸

En consecuencia, la efectividad de los derechos a que hace referencia el artículo cuarto de la Convención exige no sólo la recepción normativa de los derechos sino la adopción de mecanismos efectivos de garantía por parte del Estado. Es decir, se requiere de una protección efectiva, una continuidad entre los derechos declarados y los mecanismos jurídicos para asegurar su protección.

En América Latina numerosos estudios muestran que existe una discontinuidad manifiesta entre los derechos consagrados en la CDN y las leyes de menores vigentes a la época de su promulgación.²⁹ Para resolver esta situación se ha propuesto como tarea prioritaria la reforma legislativa, cuyo fundamento debe ser la adecuación sustancial de la legislación a la Convención, o dicho de otro modo, la consagración de una continuidad entre derechos declarados y garantías, entre reconocimiento y protección efectiva de los derechos.

Por su parte, la Convención contiene un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales cuya satisfacción es progresiva y depende de factores externos. Por ello la CDN es un programa de acción para los gobiernos y la sociedad en cuanto a hacer todo lo posible, es decir, lo más que se pueda, en favor de las niñas y los niños, que debe reflejarse en políticas públicas que respeten y promuevan los derechos de la infancia.

Sin embargo, para que la aplicación de la CDN sea completa, en los términos que promueve el artículo cuarto, es necesario lograr una vigencia "sociológica", un "derecho eficaz, realmente aceptado o vivido por sus destinatarios"³⁰, que en el ámbito de los derechos de las niñas y los niños refiere a la promoción de una cultura de respeto de los derechos de las niñas y los niños.

El logro de este amplio objetivo, cuyo logro dependerá de la aplicación integral de la CDN, también se relaciona con ciertas obligaciones especiales que los Estados asumen en virtud de la ratificación. La primera de ellas es la de divulgar los "principios y disposiciones de la Convención...tanto a los adultos como a las niñas y los niños" (42). La otra obligación que se contrae es el rendir cuenta periódicamente al Comité por los Derechos del Niño, momento en

que se evalúa la situación de los derechos de la infancia en el país por un comité de expertos.

A modo de síntesis: La aplicación de la Convención es una tarea pendiente

El reconocimiento de los derechos de las niñas y los niños debe influir en distintas áreas de la actividad de los Estados Parte: las políticas públicas, la legislación y en el ámbito de las relaciones sociales cotidianas.

En las políticas públicas se debe dar prioridad a la infancia estableciendo mecanismos para promover preferentemente el desarrollo de las niñas y los niños y amortiguar los efectos de las restricciones económicas o sociales. La protección de la maternidad, los sistemas de salud preventiva y curativa, la reforma educacional, la promoción de los derechos del niño en el ámbito local, la desjudicialización de los problemas sociales son, entre otras, algunas de las áreas en que hay que poner un énfasis prioritario.

Además de este principio de prioridad, la CDN orienta las políticas sectoriales y en cada área se deben aplicar los principios de interés superior del niño y no discriminación.

La CDN permite una visión integral y holística de la protección y promoción de los derechos del niño que debe reflejarse en una mayor coordinación de las políticas públicas. Las políticas hacia la infancia, siguiendo los lineamientos de la CDN, se deberían orientar hacia la disminución de las disparidades regionales y sociales y la superación de la pobreza, considerando no sólo la oferta de servicios sino también el fortalecimiento de la demanda.

Igualmente, la prioridad de los derechos de la infancia exige reconsiderar la relación entre Estado y sociedad civil y la de las instituciones de nivel central con las locales. Un eje central en el nuevo diseño institucional es crear espacios de participación de los propios interesados: el niño, su familia y las organizaciones de la sociedad civil.

En el ámbito legislativo es necesario realizar profundas modificaciones a las leyes vigentes, que abarquen aspectos sustantivos, administrativos y procesales que permitan adecuar y aplicar la Convención, creando mecanismos de protección efectiva que aseguren al niño la exigibilidad de sus derechos, no sólo civiles y políticos, sino también los económicos, sociales y culturales.

La promoción de mecanismos como las acciones civiles de interés público, destinadas a proteger intereses difusos y colectivos; el establecimiento de defensorías o procuradurías de los derechos de la infancia y la existencia de consejos locales para la defensa de los derechos de las niñas y los niños, se han revelado como mecanismos eficaces para avanzar en la protección efectiva de los derechos de las niñas y los niños.³¹

En el ámbito de las relaciones sociales cotidianas es necesario promover una visión del niño sujeto de derecho que sustituya la del niño objeto de protección del Estado; se debe fomentar la participación de las niñas y los niños y el ejercicio autónomo de sus derechos.

La CDN, entonces, puede ser una contribución importante a un cambio cultural que promueva que las niñas y los niños y adolescentes sean considerados sujetos activos de su proceso de desarrollo personal y agentes relevantes de la convivencia social.

La CDN constituye un mandato y una convocatoria para extender el ejercicio de los derechos fundamentales a casi un 50 % de la población de América Latina. Por este motivo su aplicación se vincula directamente con la construcción de una sociedad más democrática y participativa.

En síntesis, el desarrollo integral de las niñas y los niños exige una protección social y jurídica, igualitaria, integral y efectiva; que garantice la autonomía del niño en el ejercicio de los derechos; a esta protección están especialmente obligados sus padres y el Estado, pero, en último término, corresponde a la sociedad en su conjunto.

NOTAS

1. Un completo estudio de la evolución de la protección de los derechos de los niños en Veerman, PH. *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood*. Martinus Nijhoff Publishers, Ad Dordrecht, The Netherlands, 1992.
2. Sobre este punto ver Alvarez Velez, M.I. *La protección de los Derechos del Niño en el marco de las Naciones Unidas y el Derecho Constitucional Español*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994; y Cillero, M. *Leyes de menores, Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*, contenido en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*; Medina C. y Mera J. editores, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, pp. 477-544.
3. Un análisis sobre la historia de la redacción de la Convención y de sus textos preparatorios y debates, en Deetrick, Sh. *The United Nations Convention on The Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1992.
4. Al respecto ver Peces-Barba G. *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1987.
5. Himes, J. *Implementing The Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1995, nota 38, p.223.
6. Grant, J. *Los derechos de los Niños: la base de los Derechos Humanos*, UNICEF, N.York, 1993, p.6. Discurso del Ex Director Ejecutivo Mundial del UNICEF ante la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos.
7. A esto alude la afirmación común en América Latina de que son legislaciones basadas en la "Doctrina de la protección integral". Al respecto ver García Méndez, E. *Derecho de la Infancia/adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*, Ed. Forum-Pacis, Bogotá, 1994; a nivel normativo, se puede revisar el Estatuto da Crianca e do Adolescente del Brasil, aprobado por Ley Federal el 13 de julio de 1990.
8. Para América Latina ver García Méndez E. op. cit., para Europa ver Therborn, G. *Los derechos de los niños desde la constitución del concepto de menor. Un estudio comparado de países occidentales*, en: *Intercambio Social y Desarrollo del Bienestar*, Luis Moreno compilador, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Estudios Sociales Avanzados, Madrid, 1993, pp.77-143.
9. Al respecto ver Bobbio, N. *Igualdad y Libertad*, Ed. Paidós, Barcelona, 1993, pp 72 y ss. "Por igualdad jurídica se entiende habitualmente la igualdad a ese particular atributo que hace a todo miembro del grupo social, también del infante, un sujeto jurídico, es decir, un sujeto dotado de capacidad jurídica".
10. Al respecto ver Arendt, H. *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1974 y Lafer, C. *La reconstrucción de los Derechos Humanos. Un diálogo con el pensamiento de H. Arendt*, en especial pp. 172 y ss.

11. Un análisis crítico de esta tradición en O'Donnell, D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Lima, IIDH, 1989, pp. 313-339
12. Al respecto ver García Méndez, E. op.cit., pp. 73-87.
13. Ver Peña, C. *El Derecho Civil en su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, contenido en: *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Medina C. y Mera, J. Editores, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, pp.545-687, p.625. El autor plantea el problema señalando que si bien los niños son sujetos de derecho, están dotados de una autonomía potencial.
14. En esta argumentación se aplica al ámbito de la autonomía de los niños, el argumento de MacCormick, para fundamentar la existencia de los derechos de los niños. Ver MacCormick, N. *Los Derechos de los Niños: una prueba de las teorías del derecho*, en *Derecho Legal y Socialdemocracia*. Ensayos sobre filosofía jurídica y política, Tecnos, Madrid, 1990, pp.129-137.
15. Baratta, A. *La situación de la protección de los niños en América Latina*, en: *La Convención sobre los derechos del niño en Argentina*, varios autores, E. La Ley, Buenos Aires, 1993.
16. Aquí se sigue la distinción entre principios directrices y derechos de Dworkin, R. *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, 1989, pp.72 y 158.
17. Dworkin, R. op.cit., p.76.
18. Ver Dworkin, R. op. cit., p.88. En este sentido es interesante la evolución del principio del interés superior del niño, ya recogido en la Declaración Universal de 1959 como una orientación dirigida únicamente al legislador en forma directa y que en la CDN se dirige a todas las autoridades públicas e, incluso, a organismos privados y a la misma familia (art. 18).
19. Al respecto ver Cillero, M. *El interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Seminario "Las nuevas doctrinas y la justicia para menores en Colombia", ver documento del mismo nombre, Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, 1997.
20. Dworkin, R. op.cit., p.72.
21. Bobbio.N. op.cit. p.64.
22. Rawls, J. *Sobre las libertades*, Ed. Paidós, Barcelona, 1990, p. 33. Esta es la formulación del segundo principio de la justicia desarrollado en su *Teoría de la Justicia*, 1972, conocido como principio de la "diferencia".
23. Al respecto ver Bisig, E. *Aspectos sociojurídicos de la declaración de abandono*, contenido en *Ser niño en América Latina*, Ed. Galerna, 1991, pp. 67-72.
24. Aquí se utiliza el término "efectividad" porque es el que recoge la CDN, sin ignorar la fuerte controversia terminológica entre efectividad, eficacia y eficiencia, o entre vigencia formal o sustancial. Sobre el punto ver Bidart Campos G. *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, pp.58-59, Ferrajoli, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo jurídico*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, en particular el apartado *Normatividad y efectividad en el sistema penal italiano*, p. 695 y, en un sentido diverso, Schurmann, R. *El grado de eficiencia en Uruguay del sistema penal minoril como límite al control social*, en *Del revés al derecho*, ed. Galerna, 1992, pp. 217-218.

25. Al respecto ver Ruiz-Gimenez, J. *Evolución de los derechos del niño*, Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, No. 230, julio 1990. Montevideo, p. 29.
26. Bobbio, N. *El tiempo de los derechos*, ed. Sistema, Madrid, 1991, pp. 63-64.
27. Bidart Campos, G. *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993, p.14
28. Corte I.D.H., caso Velázquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, citada en Medina, C. y Mera, J. Editores, op. cit. p. 43.
29. Al respecto ver los trabajos contenidos en *Ser niño en América Latina*, op.cit., *Del revés al derecho*, op.cit. y Cillero, M. *Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia en Chile*, contenido en *Infancia en riesgo y políticas sociales en Chile*, IIN, Montevideo, 1994.
30. Díaz, E. *Sociología y filosofía del derecho*, Ed. Taurus, Madrid, 1981, p. 60
31. Sobre este punto, Brasil ha desarrollado interesantes experiencias. Ver Garrido de Paula, P.A. *El Ministerio Público y los derechos del niño y del adolescente en Brasil*, contenido en *El derecho y los chicos*, Bianchi, M. del C. compiladora, ed. Espacio, Buenos Aires, 1995.