

La Convención de los Derechos del Niño veinte años después

*« Je défendrai les droits de l'enfant
comme d'autres les droits de l'Homme »
(Jules Vallès 1832-1885)*

*« Pour Qu'un enfant grandit il faut tout un village »
"Para que un niño crezca se necesita todo un pueblo"
(Proverbio africano)*

Ligia Galvis Ortiz*

Consultora independiente. Profesora Línea de investigación en Políticas Públicas de Niñez., Juventud y Desarrollo Social del Doctorado en Ciencias Sociales, Niñez y Juventud de la Universidad de Manizales y Cinde.

• **Resumen:** *Este ensayo es una reflexión sobre la Convención los Derechos del Niño, con ocasión de sus veinte años de vigencia. El recorrido con el desarrollo de los antecedentes del reconocimiento de los derechos de los niños y niñas en el siglo XIX luego de que autores de la literatura universal como Charles Dickens y Jules Vallès presentaran en sus obras la situación de autoritarismo y maltrato, narrada a partir de sus experiencias. Estas narraciones abrieron el debate en Europa y en América Latina sobre los derechos, y es así como aparecen varios proyectos de Declaración anteriores a la Declaración de Ginebra aprobada por la Sociedad de las Naciones en 1924. Estos proyectos se apoyan en el desarrollo conceptual de la nueva pedagogía que también abre sus telones en las últimas décadas del siglo XIX, y acompañan todo el devenir del debate hasta llegar a la aprobación de la Convención, que hoy consagra los derechos de las niñas, niños y adolescentes del planeta. Hago después el análisis de la influencia de ese legado libertario de la pedagogía nueva en el contenido de la Convención, a través de dos entidades centrales que son la titularidad de los derechos y la protección integral con los avances conceptuales que aportan elementos para una interpretación holística, dinámica y actual de la Convención, como son la perspectiva de género, la titularidad activa de los derechos de los niños y niñas, el reconocimiento del mundo de los niños y las niñas y las nuevas*

* Abogada y filósofa. Doctora en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: ligiagal@gmail.com

miradas sobre la discapacidad, elementos que le aportan un nuevo dinamismo y le imprimen actualidad a los postulados de la Convención.

Palabras clave: Derechos de los niños y niñas, titularidad de los derechos, protección integral, corresponsabilidad, interés superior de niños y niñas.

A Convenção sobre os Direitos da Criança vinte anos mais tarde

• **Resumo:** *Este ensaio é uma reflexão acerca da Convenção sobre os Direitos da Criança, na ocasião dos seus vinte anos de vigência. Começamos esta viagem com o desenvolvimento dos antecedentes do reconhecimento dos direitos da criança no século XIX, depois que autores da literatura universal como Charles Dickens e Jules Vallès apresentaram o estado do autoritarismo e do maltrato em narrações baseadas nas suas experiências. Estas narrações deram a possibilidade de debate na Europa e na América Latina sobre os direitos. É assim como aparecem vários projetos de Declaração anteriores à Declaração de Genebra aprovada pela Sociedade de Nações em 1924. Estes projetos se apóiam no desenvolvimento conceitual da nova pedagogia que também se torna muito importante nas últimas décadas do século XIX, e acompanham todo o processo do debate até ter a aprovação da Convenção que hoje consagra os direitos das crianças e dos adolescentes do planeta. Depois temos a análise da influência deste legado de liberdade da nova pedagogia no conteúdo da convenção, através de duas entidades centrais que são a posse dos direitos e a proteção integral. Acabamos com os adiantamentos conceituais que aportam elementos para uma interpretação holística, dinâmica e atual da convenção como uma perspectiva de gênero, de posse ativa dos direitos das crianças, o reconhecimento do mundo dos adolescentes e das novas olhadas sobre a incapacidade, como elementos que contribuem como um novo dinamismo e imprimem atualidade aos postulados da Convenção.*

Palavras chave: Direitos da Criança, posse dos direitos de proteção integral, co-responsabilidade, interesse superior da criança.

The convention on the rights of the child twenty years later

• **Abstract:** *This essay is a reflection on the Convention on the Rights of the Child, on the occasion of its twenty years in vogue. We start with the development of the antecedents concerning the recognition of children's rights in the XIX century, after universal literature authors such as Charles Dickens, Jules Vallès presented the state of authoritarianism and abuse in experiential narratives in their works. These narratives opened the debate in Europe and Latin America on those rights and, consequently, various Declaration projects before the Geneva Declaration, approved by the Society of Nations in 1924, appeared. These projects are based upon the conceptual development of the new pedagogy which, at the same time, became very popular in the last*

decades of the XIX century, and accompany the development of the debate until reaching the approval of the Convention, that today consecrates the rights of the girls, boys and adolescents all over the world. Then there is the analysis of the influence of the liberty legacy of the new pedagogy expressed in the content of the Convention, through two main entities such as the tenure of rights and integral protection. We conclude that the conceptual advances that provide elements for a holistic, dynamic and present interpretation of the convention, such as the gender perspective, the active tenure of the children's rights, the recognition of the adolescents' world and the new perspectives on disability, are the elements that provide a new dynamism and imprint current importance to the Convention postulates.

Keywords: *Children's Rights, tenure of the integral protection rights, co-responsibility, child's higher interest*

- La trayectoria de los derechos. –El legado libertario en la Convención sobre los Derechos del niño. - Lista de referencias.

Primera versión recibida abril 17 de 2009; versión final aceptada agosto 11 de 2009 (Eds.)

La trayectoria de los derechos

De la Literatura de Charles Dickens y Jules Vallès a la doctrina de los Derechos de las Niñas y los Niños

Los veinte años de vigencia de la Convención de los derechos del Niño representan también el aniversario de la sedimentación del debate en torno a los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes. Un debate cuyos orígenes se remontan a la segunda mitad del siglo XIX. Un libro celebrado por Emile Zola centra la reflexión en el corazón de las miserias y dolores que acompañaban a la niñez. Jules Vallès es el autor de la trilogía de Jacques Vingtras, *El niño*, *El Joven* y *El Insurrecto*: el primero describe los tortuosos caminos del maltrato, el abandono, la explotación sexual y económica de este grupo de población bajo la mirada indiferente de la sociedad burguesa de la segunda mitad del siglo XIX. Zola escribió días después de su publicación:

Dicen que es una autobiografía. Es posible. A mi entender es, sobre todo, un libro sincero, un libro escrito con los documentos humanos más auténticos y conmovedores. Desde hace diez años ninguna obra me había impresionado tanto. Y, no obstante, no podía darse nada más sencillo. El autor relata la historia del hijo de un celador de estudios, maltratado por sus padres, castigado en la escuela, que crece con la sorda rebeldía del niño, del niño oprimido por la educación y la enseñanza de las pequeñas ciudades. ¿Por qué nos conmueve tan profundamente este relato sin intriga, sin complicación alguna, esta especie de memorias escritas siguiendo el capricho de los recuerdos?

Pues porque la infancia de miles de niños franceses está ahí, porque todos hemos vivido cosas semejantes, si no en nosotros mismos, sí, al menos, en nuestros compañeros. Basta con que todo eso haya ocurrido y que un escritor haya osado decirlo con la rabia de sus todavía abiertas heridas.¹

El escritor francés Jules Vallès escribe esta obra para fundamentar su intención de defender los derechos de los niños y niñas como el tema central de su compromiso revolucionario. Desde entonces, la cuestión de los derechos de la población infantil ocupa lugar especial en los eventos y congresos relacionados con la educación y la salud especialmente, así como de académicos y especialistas. En los antecedentes de los derechos de los niños y niñas podemos citar varios documentos declarativos que surgieron en las primeras décadas del siglo XX y que expresan, todos ellos, la necesidad de un cambio en la cultura educativa de la infancia. El niño de Vallès es una denuncia literaria tan dramática como la que hace su contemporáneo Charles Dickens en Inglaterra.²

El antecedente de Declaración de derechos del niño más importante es el proyecto de José H. Figueira, el pedagogo y antropólogo uruguayo quien, desde 1910, orientó su acción a modernizar la educación y adecuarla a las ideas que plasma en su proyecto y que, de alguna manera, se repetirá en otros proyectos. En este antecedente hay postulados que responden a la idea romántica (en el buen sentido de la palabra) de la infancia que se inicia en el siglo XVIII con las ideas rouseaunianas establecidas en *El Emilio*. En esta concepción, los niños y las niñas son personas con derechos que deben ser garantizados por la familia y por el Estado; éste de manera subsidiaria. En su proyecto, Figueira establece los siguientes derechos: a ser bien nacido; a disponer lo necesario para su desenvolvimiento completo y normal; al cariño y protección de sus padres; a la libertad de su desenvolvimiento físico y mental (realizar su propia vida para formar su carácter, su personalidad conciente, responsable y contribuir al progreso social); derecho a la recreación, al juego y a la alegría de vivir; el niño débil, física y mentalmente ‘subnormal’, el huérfano, el abandonado, tienen derecho a la tutela y cuidado de la comunidad y del Estado; derecho a la educación cultural y técnico industrial por lo menos hasta los 16 años; derecho a ser protegido contra toda explotación y maltrato; el niño insubordinado o descarriado debe ser corregido y atendido de acuerdo con un sistema médico pedagógico especial; “todos los niños sea cual fuere su raza o condición social tienen los mismos derechos esenciales. (Derecho natural de igualdad potencial)”³.

¹ Zola, Emile (Otoño 2006). *Acerca de El niño de Jules Vallès*. ACVF Editorial.

² *Oliver Twist*, *David Cooperfield*, *Los Cuentos de Navidad*, forman parte de la literatura de denuncia de la desesperanza de los niños en el siglo XIX.

³ Figueira José H. (2007). *Los Derechos del Niño*. En Rojas Flórez, Jorge. *Los Derechos del Niño en Chile - Una aproximación Histórica. 1910-1930*. En *Historia* N° 40 vol. I. Enero-Junio. pp. 129 – 164, p. 160.

Este proyecto representa la tendencia inicial que finalmente aterrizará en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 que comentaremos más adelante. Desde los propósitos de Jules Vallès en la segunda mitad del siglo XIX, que considera a los niños como sujetos de derechos, esta tendencia tuvo sus altibajos, sus negaciones y ocultamientos, en razón de factores políticos, culturales y sociales. Pero la problemática ocupa lugar preponderante en encuentros especializados como el Primer Congreso Español de Higiene Escolar, celebrado en Barcelona en 1912, en el cual se adoptó la Declaración de Derechos del Niño. El texto de esta Declaración recoge en gran parte los contenidos del proyecto de Figueira, en una síntesis que conjuga la asistencia material con los elementos psicológicos y éticos necesarios para su desarrollo mental.

Jorge Rojas Flórez, en su artículo *Los Derechos del Niño en Chile*, presenta una síntesis de la historia de estos derechos. En el anexo de este artículo encontramos el texto de esta Declaración. Merece especial atención el fundamento del artículo tercero, que dice: “Ni el Estado, ni quienquiera que sea tiene derecho para recluir a un niño en locales cerrados a la luz y privados de agua y limpieza, por más que tales escondrijos se condecoren con el nombre de escuelas o inquilinatos. Por su condición de ser, en período de desarrollo el niño necesita de alimento suficiente, ejercicio saludable, alegría que dilate su organismo, amor que fomente su vida moral, verdad que nutra su vida intelectual”. El documento también afirma que “es deber primario de la familia, y subsidiariamente del Estado, procurar la suficiente alimentación, la saludable recreación y alegría de los niños, a los cuales se debe la verdad y el amor”.⁴

Refiriéndose a esta Declaración, Rojas afirma:

El texto proclamado en esta declaración estaba compuesto de ocho artículos, antecidos y precedidos de algunos párrafos aclaratorios que permitían darle mayor sustento a su contenido. Los primeros dan cuenta del ambiente higienista del congreso (cinco de los ocho artículos, se relacionaban con protección física de los niños: derecho a la luz del sol; aire abundante; agua y limpieza; alimentación; ejercicio). Pero los últimos tres artículos demuestran cuánto había calado, en el ambiente científico, el ideal romántico de la infancia, que asociaba la niñez con la felicidad (derecho a la alegría; al amor, a la verdad). Sobre este último aspecto el texto consideraba un crimen de lesa niñez flagelar un niño o criarlo rodeado de tristeza. Incluso llegaba a plantear que se castigara con prisión de uno a tres años a quien golpeará, fuera con coscachos, reglas u otros instrumentos.⁵

El desarrollo del reconocimiento de los derechos de los niños y las niñas

⁴ Ibidem. P. 161.

⁵ Ibidem. P. 135.

continúa por dos caminos diferentes: la visión asistencialista, que desemboca en la doctrina de la situación irregular, y el enfoque de los derechos, que pretende hacer valer la importancia de la niñez para la sociedad y para los Estados. El centro de reflexión se ubica en los diferentes congresos y eventos internacionales que abren el debate y dan lugar a la creación de una institucionalidad oficial y privada encargada de la atención a la infancia, así como de las reformas legislativas que periódicamente van eliminando la discriminación y el olvido en que se encontraba la infancia en los albores del siglo XX. El enfoque asistencialista se plasma en la llamada Declaración de Ginebra, aprobada por la Sociedad de las Naciones en 1924. Este proyecto, elaborado por Eglantine Jebb, obtuvo un reconocimiento mundial. En cinco preceptos se concentran las principales obligaciones debidas a los niños; son las condiciones mínimas que se deben tener en cuenta para que la infancia tenga garantizada su subsistencia, su desarrollo y su educación, así como las acciones de protección contra toda forma de explotación y abandono en que se puedan encontrar.

En el Congreso de Maestros de 1928 celebrado en Buenos Aires, la poeta chilena Gabriela Mistral, maestra de profesión y luchadora por los derechos de las mujeres y de los niños, presenta su proyecto de Declaración que tiene unos méritos que vale la pena destacar. En primer lugar, es el reflejo de la realidad chilena y suramericana de la sociedad y de la infancia; su énfasis es la educación en los diferentes niveles; su objetivo el desarrollo de la inteligencia puesta al servicio de la acción libre de los educandos y de la forma como deben prepararse para la dirección de las instituciones y de la sociedad; para ello establece la división entre educación para la política y el desarrollo de la cultura y la capacitación para los oficios necesarios al desarrollo social. La reivindicación de la tierra para los niños campesinos, la supresión de normas jurídicas discriminatorias como la división entre hijos legítimos e hijos naturales, es el sentido del sexto derecho. En síntesis, los derechos que la poeta y pedagoga establece para los niños son: el derecho a la salud, al amor y la alegría, el derecho a los oficios y profesiones, el derecho a la tradición, el derecho a la educación maternal, el derecho a la libertad, el niño debe nacer en el seno de instituciones libres e igualitarias, derecho a nacer bajo regulaciones legislativas decorosas y el derecho a la educación secundaria y superior.⁶

Otro texto que amerita mención especial por lo que significa para nuestra América es el denominado Decálogo de los Derechos del Niño suscrito en Montevideo en 1927. Puede afirmarse que este decálogo es el prelude del enfoque de los derechos que sólo se está plasmando en estos inicios de siglo XXI. Esta Declaración es la expresión de la tradición de libertad que caracterizó la gesta que condujo a la autodeterminación de los pueblos americanos. Con este instrumento y la creación del Instituto Interamericano

⁶ Mistral, Gabriela (1979). Los derechos de los Niños. En *Magisterio y Niño*. Selección de prosas. 1ª Ed. Santiago Andrés Bello. P. 289.

del Niño, el sistema continental abrió la tradición de reconocimiento de derechos que se plasmará en 1948 con la creación de la Organización de los Estados Americanos y la proclamación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la IX Conferencia Panamericana que se llevó a cabo en Bogotá. El Decálogo de Montevideo comprende los postulados más fundamentales de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales. Un breve preámbulo que a la vez es título de la Declaración, establece el propósito del texto: “Tabla de los Derechos en cuya observancia reposa el progreso de los pueblos”. Se establece el derecho a la vida como la síntesis de todos los derechos por la simple razón de nacer y comprende habitación digna, cuidado materno, reconocimiento paterno y obligaciones parentales que el Estado debe reconocer; el derecho a la educación en todos los ciclos desde el nivel preescolar; la educación especializada para los niños con discapacidad; el derecho a mantener y desarrollar su propia personalidad que comprende el derecho a ser niño y a vivir y sentir como tal; el derecho a la nutrición completa; derecho a la asistencia económica completa, que supone atender a todas necesidades económicas, sea por parte de la familia o, en su defecto, por el Estado; el derecho a la tierra para vivir en ella, para recrearse y trabajarla cuando llegare el momento; el derecho a la consideración social que conlleva la eliminación de la legislación discriminatoria en relación con la calidad de hijo y en la obligaciones alimentarias; el derecho a la alegría,

Reconocimiento sin retaceos en la vida familiar sin angustia económica, en la educación sin artificios, en la mesa con pan, en el hogar con lumbre. Derecho al aire y a la luz, a la tierra en que se siembra, al fuego que calienta y al agua que purifica. Derecho a ser niño para ser hombre, a formar con cuerpo sano y alma limpia los obreros de la libertad, los arquitectos de la conciencia del mundo.

El décimo postulado afirma:

La suma de estos derechos del niño forma el derecho integral: el derecho a la vida. De su reconocimiento y observancia depende la grandeza de los pueblos. En la salud, la alegría, la formación sin traba de los niños para la cultura, para el trabajo, para la libertad y la cooperación reposan los valores del destino del hombre en una etapa nueva de la historia.⁷

La fuerza de esta Declaración es contundente y su propósito final expresa valores que proyectan una cosmovisión latinoamericana en la cual los niños y las niñas son actores con capacidad para desafiar la cultura, signada por el autoritarismo represivo y maltratante. Establece la idea del niño en su ciclo vital propio, es decir, abre el mundo de la niñez como instancia de la vida que tiene sus características propias y que deben ser reconocidas por la familia, la sociedad y los Estados. En este texto se aprecia con mayor claridad el

⁷ Rojas Flórez, Jorge. Anexo Op. Cit. P. 163.

espíritu de libertad y autonomía que los movimientos pedagógicos de la época establecieron como una propuesta fundada en la libertad y la autonomía de todos los seres humanos, y en todas las etapas de su ciclo vital.

El tema continúa en las preocupaciones y agendas de los eventos internacionales que se realizan sobre el tema de la infancia. Con ocasión de la creación de la Liga de los Derechos del Niño, durante la celebración de la semana del niño de 1940 en Santiago de Chile, aparece otra Declaración orientada al bienestar de la infancia que comprende trece postulados que arrancan del derecho a la vida prenatal, el nacimiento, la alimentación, el vestuario, la educación, la salud, la alegría, el juego, la vida familiar, la personalidad, los derechos jurídico-sociales, la defensa y los beneficios de la civilización. Esta carta fue comentada por Samuel Gajardo, juez de menores de Santiago de Chile. Sus apreciaciones ilustran el contenido de estos principios, y su intención de superar las prácticas abusivas y desconsideradas de la familia y de las instituciones encargadas de la protección de la infancia desposeída de una familia. Una de las afirmaciones interesantes de este documento, es el rechazo a toda forma de institucionalización de los niños que han perdido su familia biológica; afirma el Dr. Gajardo que:

Podrá concebirse un asilo más perfecto, que se acerque más a la realidad de la vida, pero ni aún en él disfrutará el niño del ambiente afectivo que necesita. Por el hecho de recluírse a un niño, se le causa un daño porque se le aísla de su familia. Por muy humilde y deficiente que sea un hogar, contiene elementos irremplazables para la formación moral del niño. Por eso se ha dicho que el peor hogar vale más que el mejor asilo.

En la definición del contenido del derecho a la familia establece que “el derecho a la familia exige la permanencia del niño en el seno de su familia siempre que ella no constituya peligro físico o moral”, y de no ser posible se le debe procurar un ambiente familiar, sea en una familia o en hogares infantiles.⁸ Otro aspecto interesante es la concepción de la personalidad que desarrolla el texto, que se refiere también al derecho a ser niño, a formarse como niño para después ser persona adulta.

Todo niño tiene una personalidad propia, constituida por su inteligencia, sus sentimientos y su carácter. He ahí un doble patrimonio que debe ser respetado, lo que a menudo se omite en la familia o en la escuela, cuando se aprisiona la personalidad de los niños en virtud de un concepto erróneo y exagerado de disciplina, que pretende formar el espíritu de todos en moldes invariables, desconociendo sus diferencias individuales.⁹

esbozado el mundo de los niños de donde emerge su personalidad y su

⁸ Gajardo, Samuel (1940). Los derechos del Niño. Imp. y Lito. Universo S. A. –Ahumada 32- Santiago de Chile. P. 11.

⁹ Ibidem. P. 13.

forma de ser, mundo que los padres, madres, maestras y maestros y, en general, las personas adultas, debemos respetar. Para la época se hablaba de los niños; las niñas y en general el lenguaje con perspectiva de género son aspectos que no figuran en las concepciones de la época.

Como puede apreciarse, en los textos citados se encuentran postulados que forman parte de los actuales enfoques que la doctrina y los ordenamientos jurídicos han desarrollado en torno a la titularidad de los derechos de los niños y las niñas. El derecho a la igualdad que figura en el artículo 10 del texto de Figueira y que no volvió a aparecer en los siguientes proyectos; otro postulado que se encuentra en la Declaración de Barcelona es el principio de corresponsabilidad entre la familia y el Estado. El tema de la igualdad es uno de los pilares en los cuales se fundamenta la democracia moderna, pero la universalidad de este principio ha sido esquivada para buena parte de los habitantes del planeta. Los grupos tradicionalmente discriminados por la cultura patriarcal han hecho de la igualdad la bandera por excelencia de sus reivindicaciones. Las mujeres, los pueblos originarios, las llamadas minorías étnicas, sociales o religiosas, han sido los actores más importantes en la afirmación de la igualdad como principio universal. El reconocimiento de la igualdad en la titularidad de los derechos de las niñas y los niños se deriva de estas luchas y representa el desafío más importante a los sistemas políticos y a los ordenamientos jurídicos. Este reconocimiento nos lleva también a recordar la diferencia clara entre un planteamiento fundado en los derechos y la concepción de protección que se basa en la conmiseración y la benevolencia. El decálogo de los derechos del Niño aprobado por los Estados Americanos, representa el modelo de instrumento internacional que parte de la consideración de las niñas y los niños como sujetos de derechos desde sus propios mundos, desde su condición de niños y niñas. En consecuencia, el desarrollo de la doctrina del reconocimiento de los derechos de supone la aceptación de la universalidad de la igualdad, tanto desde el mundo de las personas adultas, como desde la perspectiva de la comunicación intergeneracional.

El enfoque de la protección continúa con la visión de las niñas y los niños como objeto de misericordia y de asistencia, tal como se expresa en la Declaración de Ginebra de 1924; ellos deben ser puestos en condición de atender a su propia subsistencia; el niño debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; y deben ser ; el niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad; el niño debe disfrutar completamente de las medidas de previsión y seguridad sociales; el niño debe ser protegido de cualquier explotación. La diferencia de concepción se aprecia desde el propio lenguaje y se consolida en la protección debida cuando se encuentra en circunstancias de emergencia, pero no tiene en cuenta a la persona titular de derechos y libertades. De estos planteamientos se deriva la teoría de la situación irregular que caracterizó el desarrollo de las legislaciones penales relacionadas con la infancia y la adolescencia. La idea de protección inicia su recorrido

prácticamente con este instrumento internacional. Su aceptación universal le otorga la autoridad para orientar las sucesivas legislaciones nacionales que se aprobaron para regular situaciones específicas de abandono, situaciones de riesgo, y conductas constitutivas de delitos cometidas por las personas menores de edad. En el marco de esta concepción, aparece una terminología apropiada encabezada por la noción de Menor para referirse a los niños y niñas objeto de la protección de los códigos.

Expertos como Yuri Emilio Buaiz Valera, afirman que la doctrina de la situación irregular conlleva violaciones a los derechos fundamentales de los niños y las niñas, y situaciones de discriminación. En el primer caso, la violación más evidente es la del principio de igualdad de todos y todas. En un documento, presentado por este experto en un evento entre especialistas expone en síntesis los elementos característicos de la situación irregular que a continuación:

- La discriminación y desconocimiento del principio de igualdad al establecer dos categorías de la niñez: los NINOS con sus necesidades satisfechas y, en consecuencia, exentos de la aplicación de la legislación, y los MENORES excluidos de las condiciones de ejercicio de sus derechos, por tanto de la justicia social.
- Esta distinción determina la actuación de la autoridad que comprende, por un lado, la actuación solamente a menores y por otro, la discrecionalidad de las autoridades para decidir sobre las medidas que deben tomar en las diferentes situaciones en que se encuentran los menores sometidos a la ley.
- La otra característica violatoria de los derechos de esta doctrina es la negación de la posibilidad de controvertir las decisiones de la autoridad, como el derecho de defensa o la presunción de inocencia, es decir, la privación del debido proceso.
- La doble sanción para los menores de la ley penal. Por el hecho de la discriminación ya enunciada a los niños y niñas que se encuentran en la categoría de menores, se les han violado los derechos que se derivan de la justicia social y además se les sanciona por violación a la ley penal, en vez de acudir a las políticas públicas para restablecerles los derechos violados. Además, 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. Por todas estas consideraciones, el es considerado objeto de protección.
- Finalmente, la tendencia en el tratamiento de las autoridades frente a las situaciones irregulares en las cuales se encuentran menores, es la

institucionalización, la cual, en palabras del autor, no es otra cosa que una medida de privación de la libertad que cobija igualmente a todos los niños que se encuentran en la situación irregular.¹⁰

La diferencia entre estas dos visiones tiene otras manifestaciones, como el respeto al desarrollo de la personalidad de los niños y las niñas. Este concepto, junto con la igualdad, es el pilar del enfoque de los derechos y lo que marca la diferencia entre las dos concepciones. En la situación irregular, la característica es la consideración de los niños como objetos, mientras que en el enfoque de los derechos el punto de partida es la concepción de los niños como sujetos de derechos a partir del reconocimiento de su personalidad como, y el respeto debido a su dignidad y a sus derechos.

Las dos concepciones tienen un propósito común, que es el de erradicar las prácticas vejatorias, características del sistema autoritario imperante en la familia, en las instituciones de protección como los internados escolares, los asilos y los reformatorios. La idea era rescatar a los niños y niñas del olvido y la indiferencia, de la explotación económica y sexual, de los trabajos denigrantes, y la condena a la ignorancia en que se encontraban de las clases menos favorecidas. En la visión del enfoque de los derechos se llega a plantear la propuesta de sancionar con prisión a los maltratantes de los niños y las niñas, idea que se pierde con el auge del régimen de la situación irregular.

Recordemos otra idea precursora de los modernos enfoques relacionados con la infancia y la adolescencia, que es la teoría de la corresponsabilidad. La familia es la obligada a proveer las condiciones económicas para atender las necesidades de los niños y las niñas pero, según la Declaración de Barcelona de 1912, el Estado, de manera subsidiaria, debe proveer a dichas necesidades cuando la familia no está en capacidad de hacerlo. Con este principio se esboza la idea de superación de la diferencia radical entre el espacio privado de la familia y el ámbito de lo público que caracteriza la actuación del Estado; principio que hoy conforma el cuerpo conceptual de las relaciones entre la familia, la sociedad y el Estado, y que orienta el diseño de las políticas públicas relacionadas con la infancia y la familia.

Estos son los antecedentes de la Convención sobre los Derechos del Niño. Existen otros como la Carta de derechos del Niño adoptada en Washington, en 1930.¹¹ El proceso se interrumpe con la segunda guerra mundial, evento que siembra el desconcierto y el terror en Europa por seis años. Al final de la confrontación, la nueva institucionalidad internacional, orientada por la Organización de las Naciones Unidas, retoma el compromiso de la comunidad internacional por la vigencia de los derechos humanos, la igualdad entre hombres y mujeres y entre las naciones grandes y pequeñas. Se plasma esta

¹⁰ Buaiz, Valera; Yuri, Emilio. Cfr. Introducción a la doctrina de la Protección Integral. Documento fotocopiado sin referencia bibliográfica. Se encuentra también en la red Internet en el portal de la Red de Educación de Derechos Humanos. www.iidh.ed.cr.

¹¹ Este documento está citado por Rojas Robles pero no lo pude encontrar para comentarlo.

voluntad en el desarrollo de un cuerpo legislativo de derechos humanos cuyas primeras manifestaciones fueron la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamadas en 1948. En ese mismo año se aprueba una Declaración sobre los derechos del Niño que actualiza la Declaración de Ginebra, y en 1950 se da a conocer otro proyecto de Declaración elaborado por la Comisión de Asuntos Sociales de las Naciones Unidas. Este proceso culmina con la proclamación de la Declaración de los Derechos del Niño en la Asamblea de las Naciones Unidas en 1959. Este es el antecedente inmediato de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta Declaración es el compendio del proceso que recorrió la primera mitad del siglo XX. Pero su énfasis es la protección especial, a pesar de que el principio primero establece la titularidad de los derechos para todos los niños y niñas. La Convención no utiliza el lenguaje diferencia por género.

Los Apoyos Conceptuales del Proceso

Los historiadores e historiadoras de la infancia en general, coinciden en afirmar que con el advenimiento de la revolución industrial, la situación de los niños y las niñas se degradó en proporciones significativas a medida que los países europeos entraban en la carrera de la producción industrial. Los niños y las niñas fueron incorporados a las fábricas en condiciones infrahumanas, en jornadas de 12 a 16 horas y con remuneraciones adecuadas a sus cortas edades. En el siglo XVIII Rousseau escribe *El Emílio*, el tratado de educación precursor de una pedagogía fundada en la libertad y la autonomía; lo paradójico es que éste y el siglo XIX son los momentos en que la niñez ha sido más infeliz; todos los flagelos que hoy se combaten, la azotaron con toda su crudeza e inhumanidad. Las plagas del abuso y explotación sexuales, de la explotación económica y todas las formas de maltrato y abandono atacaron a niñas y niños con todas sus manifestaciones y en todos los escenarios de la vida: los padres en los espacios privados de la familia, los maestros en la escuela, los protectores en los asilos e instituciones de protección, los transeúntes en las calles, y las leyes en su función represiva de los delitos. Esta es la situación que Charles Dickens vivió y narró en sus novelas, que son retratos auténticos de la manera como la cultura patriarcal hegemónica deja caer su peso, a través de la crueldad de las férulas y los látigos en las nalgas y las espaldas de las niñas y los niños. La trilogía de Jacques Vingtras de Jules Vallès, también es la manera como la literatura se convierte en la aliada de los niños y niñas después de la segunda mitad del siglo XIX. Son estas novelas las encargadas de despertar la conciencia de los maestros, maestras y médicos, quienes con sus propias experiencias, también, lanzan lo que fue una verdadera revolución de la medicina y de la educación. Su estandarte fue el reconocimiento de los derechos de los niños y de las niñas.

Esta dramática realidad no es privativa de Europa; en su libro *Notas*

Americanas, Dickens describe la situación de esclavitud y de maltrato de la niñez en los Estados Unidos. Por ello, se explica que sea en este país en donde se produce una de las obras más significativas de la educación y del cambio de concepción sobre la infancia; Kate Douglas Wiggin publica en 1892 su obra *Los Derechos del Niño*, que abre el debate en torno al tema con la precisión de la idea de derecho. Afirma Rojas Flórez que para esta autora

(...) el derecho, no era equivalente sino muchas veces opuesto, al concepto de privilegio o indulgencia. Bien podían otorgarse muchos privilegios a los niños sin que se le respetaran sus derechos. Esto se producía cuando subsistía la creencia de que los niños pertenecen a los padres, quienes hacían uso de un poder ilimitado sobre ellos. Según la autora, los niños —en cuanto seres humanos— se pertenecen a sí mismos y uno de sus derechos inalienables es a tener infancia. En la práctica esto se ve limitado cuando los adultos moldean su conducta según sus criterios, sin permitir que tengan un espacio propio, adecuado a sus gustos y necesidades. Por ejemplo el exceso de celo materno negaba el elemental derecho de los niños a andar ‘sucios’.¹²

Ellen Key es otra escritora que tuvo entre sus temas la emancipación de los niños de la familia, frente al contexto social y ante al Estado. La institución familiar y la escuela los oprimen y hay que liberarlos de sus amarras, afirma esta autora en su libro *El siglo del Niño*, publicado en 1900. Esta feminista, pedagoga, prácticamente autodidacta, sigue los planteamientos de Rousseau acerca de la necesidad de educar para la libertad y la autonomía; los ambientes familiares y escolares son el obstáculo que hay que superar para que los niños alcancen su pleno desarrollo. Para ella, la educación debe centrarse en la participación en las tareas del hogar, en el desarrollo de la responsabilidad que supone el tener derechos. Para Ellen, el proceso educativo debe acercarse y seguir la dinámica de la naturaleza, y los niños deben encontrar sus intereses por su propia cuenta. El hogar ideal se caracteriza por la democracia en las responsabilidades; en él, los niños cumplen las tareas que corresponden a su edad y que los van a formar para que en su adultez encuentren el sitio en el cual contribuirán al progreso de la sociedad.

En Francia, la pedagogía nueva encuentra su mayor exponente en Celestin Freinet, un pedagogo socialista que también desarrolló un concepto pedagógico fundado en la observación de la naturaleza, en el desarrollo de la comunicación y el espíritu asociativo de los niños y niñas. La escuela debe cumplir con la educación moral y cívica, elementos necesarios para que la educación sea fundamentalmente humana. Desarrolla las llamadas técnicas Freinet, con las cuales lleva a cabo el proceso educativo que son la imprenta en la escuela, la cooperativa, el texto libre, la asamblea de clase, los planes de trabajo, la correspondencia escolar, las conferencias de clase y la biblioteca de

¹² Flórez Rojas, Jorge. Op. Cit. P. 131. La importancia de esta autora en el tema me obliga a citarla a partir de fuente secundaria, pues esta obra es de difícil consulta.

trabajo; fueron los elementos mediadores encargados de desarrollar el espíritu de cooperación entre el maestro y el alumno.

En España también se desarrolla la escuela libertaria; Rojas Flórez cita a Francisco Ferrer, quien propende por el desarrollo del espíritu crítico de los educandos; Otro pedagogo importante de ese momento fue Fernando Sainz, quien publicó una declaración de los derechos del niño en 1929. El desarrollo conceptual también es muy activo en América Latina. Gabriela Mistral se ubica en esa tradición de pedagogos que propugnaron por la educación encauzada desde la perspectiva de los derechos de los niños que tendrá su expresión en la segunda mitad del siglo XX en don Paulo Freire, el pedagogo devoto de la autonomía y de la libertad en nuestro continente.

La pediatría tuvo también un exponente importante en el curso de la historia de los derechos de los niños y las niñas: Janusz Korcsak, desde Polonia, se ocupó de sus derechos y de enriquecer la literatura infantil con sus cuentos; sus obras *How to love a Child* (Cómo amar a un Niño) y *Child's Right to respect* (para respetar el derecho del Niño), contienen aspectos que el autor aplicó en su experiencia como director de una institución para niños. La pediatría puso sus énfasis en la higiene para mejorar las condiciones de vida de los niños en las sociedades europeas degradadas por los desafueros iniciales de la revolución industrial.

El legado libertario en la Convención sobre los Derechos del Niño

Dinámica y Aspectos Centrales de la Convención

A tres años de cumplirse el siglo de la publicación del libro sobre los derechos del niño de Wiggin, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, en Nueva York, en 1989. El siglo de debates y propuestas de declaración sobre este tema, permitió que la comunidad internacional con su nueva institucionalidad, constituida al finalizar la segunda guerra mundial, reconociera a la infancia como sujeto de derechos y viera la necesidad de actualizar la Declaración aprobada en Ginebra en 1924. La opinión generalizada fue la de trabajar un proyecto de Declaración que tuviera como fin sensibilizar a los Estados miembros de las Naciones Unidas en el tema, y hacer recomendaciones para que las legislaciones nacionales tuvieran en cuenta a los niños y niñas como sujetos de derechos. La Declaración aprobada en 1959 volvió a abrir el debate, y su énfasis no fue tanto sobre el reconocimiento, por cuanto ya los Estados lo habían aceptado al aprobar la Declaración, sino hasta qué punto los niños y las niñas ejercen sus derechos. Este debate surgió con la Declaración y acompañó todo el período de discusión y redacción del proyecto de Convención que se inició en 1979 con ocasión del Año Internacional del Niño. Finalmente, después de diez años de discusiones, se aprobó la Convención en la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

La Convención es un instrumento vinculante, consagrado a los derechos

de los niños;¹³ parte de unos principios contemplados en el preámbulo, que ilustran el contenido establecido en la parte resolutive. Estos fundamentos se pueden catalogar en dos grandes categorías: los principios de reconocimiento de la persona y de su contexto, y los principios relacionados con la protección integral. A los primeros corresponden: el reconocimiento de la dignidad y de los derechos inalienables en condiciones de igualdad de la “familia humana”, que es la base de todos los postulados consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos; la titularidad universal de los derechos, los mandatos de los tratados internacionales que ordenan que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales; la familia como el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y en especial de los niños; la protección y asistencia necesarias para que la familia pueda cumplir con sus responsabilidades; el deber crecer en una familia para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; el deber ser formado para llevar una vida independiente en sociedad, y educado en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad. Recuerda también la importancia de las diferencias culturales. A los segundos corresponden: la protección especial debida a la niñez, consagrada en la declaración de Ginebra de 1924; la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y en los Pactos de los Derechos Civiles y políticos y en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La adopción y la colocación familiar son formas de protección, la justicia juvenil se rige por las Reglas de Beijing, la protección integral para los niños que viven en circunstancias difíciles y la importancia de la cooperación internacional para el cumplimiento de los fines de la Convención.

Estos principios son los elementos rectores de la Convención; especialmente el enfoque de los derechos mencionado en los considerandos iniciales y la consagración de la protección integral reseñada desde dos puntos de vista, así: “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso de la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”; y la “especial consideración” que necesitan los niños y niñas que se encuentran en condiciones “excepcionalmente difíciles”. Es importante establecer la relación entre estos dos principios, pues en las interpretaciones más generalizadas de la Convención se dice que este instrumento consagra el paradigma de la protección integral; este tema lo analizaremos en párrafo especial. El otro principio que es la función de la familia. Es bueno establecer de antemano que la familia es el primer agente responsable de la vigencia de los derechos de los niños y las niñas, pero al mismo tiempo se dice que ellos deben crecer en ambiente de felicidad, amor y comprensión. Es decir, que la familia es el ambiente natural para el crecimiento de los niños y niñas porque en su interior deben encontrar la felicidad, el amor y la comprensión. La Convención

¹³ La Convención no utiliza el lenguaje diferencial por género por esta razón en esta síntesis sólo utilizamos el término niño.

afirma que no deben existir ambientes maltratantes y explotadores al interior de la familia. Si estos factores no se cumplen, se acepta la adopción o la colocación familiar como medidas que necesariamente deben ser subsidiarias, en su calidad de medidas de protección para los niños y niñas cuyas familias no responden a la exigencia de la felicidad, el amor y la comprensión. Los recursos económicos no pueden ser determinantes para calificar la idoneidad de las familias.

Aspectos Centrales de la Convención

En la primera parte la Convención consagra los derechos y establece las medidas que los Estados deben tomar para hacerlos efectivos. En la segunda parte se consagra la institucionalidad encargada de llevar a cabo el monitoreo del cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados, en virtud de la ratificación de este instrumento internacional. En la tercera, los procedimientos de rigor relacionados con su ratificación y vigencia en los aspectos generales a través de los cuales los grandes temas que consagra la Convención y que han alimentado la polémica relacionada con el ejercicio activo de los derechos de las niñas y los niños. Los grandes temas son la titularidad de los derechos y la protección integral.

La titularidad de los Derechos

La finalidad de la Convención es reconocer la titularidad y el pleno ejercicio de los derechos de las niñas y los niños de manera universal (art. 2); todos los niños y niñas son sujetos activos de los derechos. En consecuencia, su norte es el enfoque de los derechos. La Convención tiene expresiones ambiguas respecto a la calidad de sujeto titular de los derechos de los niños; el artículo segundo habla de la obligación de los Estados de respetar los derechos y de asegurar su aplicación efectiva a cada niño o niña. El término *aplicación* puede ser interpretado en el sentido de una titularidad pasiva de los derechos, pero en el artículo quinto establece la obligación de los Estados de respetar las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres y madres, los miembros de la familia ampliada, o de la comunidad, y en general de todas las personas encargadas de impartir la orientación y dirección apropiadas para que los niños y las niñas **ejercen** los derechos reconocidos en la Convención. Claro está que la disposición parece condicionar este ejercicio a la evolución de sus facultades, lo cual nos lleva a la pregunta acerca del momento a partir del cual los niños y las niñas ejercen los derechos. Esta es una de las cuestiones que más se han discutido en la doctrina general de los derechos. Para quienes aceptan la titularidad de los derechos, en términos generales, se condiciona su ejercicio a la posesión del lenguaje articulado; afirman que los niños y las niñas ejercen derechos cuando pueden expresar, reclamar y afirmar lo que piensan y lo que sienten. La Convención adopta el criterio de que los derechos crecen con los niños y las niñas puesto que los ejercen a medida que avanzan en su desarrollo y, por tanto, pueden hacerse oír de

acuerdo con los parámetros del mundo de . Esto quiere decir que son titulares pasivos de los derechos. En este planteamiento, la finalidad de la titularidad es hacer exigibles las obligaciones de los padres y madres, y ampliarla a quienes tienen la responsabilidad de su cuidado, con lo cual la obligación persiste y va más allá de la existencia de los padres y madres y, por consiguiente, está asegurada hasta que el niño o niña llegue a la mayoría de edad. Esta idea es defendida, entre otros expertos, por Neil MacCormick, filósofo del derecho y quien fuera profesor de la Universidad de Edimburgo. En su diferenciación entre el derecho como expresión de la voluntad y el derecho como interés, afirma que

O bien nos abstenemos de atribuir a los niños un derecho al cuidado y alimentación, o bien abandonamos la teoría voluntarista. Por mi parte, no tengo ningún reparo en abandonar esta teoría. Afirmar que los niños tienen este derecho no me causa ningún estrago conceptual o trauma mental. Es más, diría que es precisamente porque los niños tienen ese derecho que conviene que existan disposiciones jurídicas que, en primera instancia, exhorten y asistan a los padres en el cumplimiento de sus deberes de cuidado y alimentación y, secundariamente, prevean la realización de estos deberes por padres adoptivos, en el caso de que los padres biológicos no estén cualificados para ello, ya sea por muerte, incapacidad o negligencia deliberada y persistente.¹⁴

Esta mirada nos lleva finalmente a considerar que la titularidad de los derechos en los niños y niñas quiere decir que éstos son, por mandato moral, objeto de cuidado y alimentación, y los obligados son los padres y madres biológicos, adoptivos, y en general quienes los tienen a su cargo. Esto es definir el derecho por la obligación y no por la exigibilidad. En este marco se explica el énfasis de la Convención por la protección integral, y de ahí se deriva la interpretación de este concepto como el paradigma. Lo que es preciso resaltar es que con esta forma de interpretación de la Convención, seguimos con la consideración de los niños y niñas como objeto de protección y no como sujetos activos de sus derechos. La conclusión pertinente de este enfoque sería que este instrumento es la continuidad de la teoría de la protección instalada en la Declaración de Ginebra de 1924, ampliada a todos los niños y niñas sin distinción alguna, y concebida desde el punto de vista integral, es decir, que la obligación se extiende a la garantía de un nivel de vida acorde con la satisfacción plena de sus necesidades. Pero, ¿qué sucede con la personalidad de los niños y las niñas, con el llamado de la pedagogía nueva que pretende que las niñas y los niños son libres y autónomos y, en consecuencia, deben ser formados para el ejercicio de éstos, que son sus atributos fundamentales?

La Convención abrió caminos importantes para reconocer la titularidad de los derechos de las niñas y de los niños. En los veinte años de vigencia,

¹⁴ MacCormick, Neil (2004). *Los Derechos de los Niños. Un Test para las Teorías de los Derechos*. En: *Derecho de los Niños. Una Contribución Teórica*, Isabel Fanlo. Compiladora. Fontamara Distribuciones. México. P. 66.

este debate ha aclarado el enfoque de los derechos para considerarlo como un proceso que comprende el reconocimiento, el ejercicio y el restablecimiento de los derechos conculcados. Desde esta apreciación no es suficiente la afirmación de que los niños y niñas tienen derechos; es preciso que los ejerzan efectivamente y no a través de sus padres y madres o representantes legales, o que los ejerzan en la medida de la evolución de sus facultades. Si consideramos el paradigma de los derechos establecido en el artículo primero de la Declaración Universal, que dice que ‘todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos’, tenemos que afirmar que la titularidad es universal y esto quiere decir que todos los seres humanos tienen derechos, los ejercen y se les restablecen cuando les son violados. El paradigma de los derechos somete a la crítica radical el concepto de minoría de edad definido a partir de la capacidad para ser sujeto de derechos. Bajo el imperio de la teoría de la incapacidad, los niños y las niñas mantienen el ejercicio de sus derechos en expectativa, porque mientras cumplen este ciclo vital están sometidos a la autoridad adulta: los padres y madres, los maestros y maestras, las autoridades en general; por eso, los niños y las niñas no tienen derecho a una explicación cuando son detenidos por la policía, el maestro o maestra no expone las razones y los efectos de una sanción, y en ocasiones utilizan el castigo para imponer su autoridad, y los padres y madres, en virtud de los derechos que les otorga la patria potestad, ejercen su autoridad con el “porque sí”, “porque yo lo digo”, o “porque soy tu papá, o tu mamá”. Es un contrasentido hablar de titularidad universal y continuar con la idea de la incapacidad de las niñas y los niños para ejercer sus derechos. Tampoco es coherente con esta universalidad pensar que los derechos se pueden ejercer de manera escalonada, o que existen derechos pequeños y derechos grandes, o que son simples expectativas. Según el planteamiento de la titularidad universal, todos los derechos tienen la misma naturaleza; los derechos no son expectativas para hacerlas realidad en el futuro; están, y sus titulares los ejercen de acuerdo con su mundo, su lenguaje, sus posibilidades de expresión y lo que necesitan para su desarrollo armónico. Tampoco de un determinismo en el ejercicio de los derechos. Tener derecho al trabajo no quiere decir que los niños y las niñas tienen que trabajar. Los derechos se ejercen de acuerdo con los proyectos de vida y con los elementos que necesitamos para realizarlos; por eso los niños, las niñas y los adolescentes, no tienen que trabajar, pero sí estudiar para poder ser agentes activos en su vida individual y colectiva.

Para aclarar un poco la cuestión de la titularidad universal de los derechos es pertinente establecer diferencias entre la titularidad de un derecho en el orden jurídico, y la titularidad de los derechos humanos. En el orden jurídico es titular de un derecho la persona que tiene la capacidad para crear o renunciar a una obligación. Este es el eje de la constitución de un orden jurídico. Pero los derechos humanos no forman parte del orden jurídico en su origen y en su naturaleza. Los derechos son atributos de la persona, conforman su patrimonio y el contenido de su dignidad; por eso los derechos son inalienables y su

respeto y ejercicio es universal. El orden jurídico es universal en su aplicación, pero su origen y vigencia son relativos a las condiciones sociales, culturales e históricas de las sociedades. La titularidad universal de los derechos humanos los ubica más allá de los ordenamientos jurídicos, pues forman parte de la definición de los seres humanos y por ello son el patrimonio esencial de la humanidad. Por ello la vigencia de los derechos humanos es el paradigma de la democracia contemporánea. Los derechos humanos entran al orden jurídico por una necesidad clara y precisa de sus titulares: la exigibilidad; es para poder exigir el respeto, las condiciones de ejercicio y su restablecimiento, que los derechos humanos se expresan en normas jurídicas y también forman parte del orden jurídico.

En consecuencia, la titularidad de los derechos no está condicionada en su origen y capacidad a los ordenamientos jurídicos; antes bien, el ordenamiento jurídico es la garantía del ejercicio de los derechos humanos para todas las personas en cualquiera que sea la etapa del ciclo vital en que se encuentren. Estas reflexiones permiten concluir que la titularidad establecida en la Convención de los Derechos del Niño es universal, tanto en el reconocimiento como en el ejercicio y en el restablecimiento de los derechos cuando éstos son violados. Autores como Mickel Freeman afirman que: “respetar la autonomía de un Niño es tratarlo como a una persona y como a un detentador de derechos”.¹⁵ Detentar derechos es ejercerlos activamente y con los lenguajes que se poseen según el momento del ciclo vital en que se encuentre su titular. En el paradigma de los derechos su ejercicio no está condicionado a la expresión por medio del lenguaje articulado. La pluralidad de lenguajes es también pluralidad de formas de expresión. Los derechos se ejercen a través de las diferentes formas de lenguaje que poseemos los seres humanos. Los derechos están en la persona de su titular como evidencias fundamentales, su ejercicio varía en función del lenguaje o los lenguajes de que disponga para expresarlo. Este es el desafío que nos plantea la Convención, a pesar de que no haya sido más explícita la consagración de la titularidad de los derechos desde el punto de vista del ejercicio activo de los derechos, y se aprecie más el sentido de la protección especial.

El Paradigma de los Derechos y la Protección Integral

Hay consideraciones encontradas acerca de la concepción de la protección integral. Para algunos expertos, como Buaiz Valera, esta figura “comprende el conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad se dictan y ejecutan desde el Estado, con la participación y solidaridad de la familia y la sociedad, para garantizar que todos los niños y niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la supervivencia, al desarrollo

¹⁵ Freeman, Michel D.A. (2004). Tomando más en serio los Derechos de los Niños. En: *Derechos de los Niños*. Una contribución reórica. Isabel Fanlo, Compiladora. Distribuciones Fontamara. México D.F. P. 168.

y a la participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos.”¹⁶

Nelson Ortiz, experto de la UNICEF, afirma que,

“la Doctrina de la Protección Integral, involucra a todo el universo de los niños, niñas y adolescentes, incluye todos los derechos fundamentales y convierte a cada niño en un sujeto de derechos exigibles, demanda un esfuerzo articulado y convergente del mundo jurídico, las políticas gubernamentales y los movimientos sociales en favor de la niñez y la adolescencia.”¹⁷

A su vez, el Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia define la protección integral así:

Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos (art. 7°).

Este código recoge las dos apreciaciones de los expertos citados; parte del reconocimiento de las niñas, los niños y como sujetos de derechos, y establece la garantía de su ejercicio y la prevención y defensa contra sus vulneraciones. Además, establece la manera como se hace operativa la protección. La concepción del Código es un punto de vista importante, pues aleja el concepto de protección de su sentido tradicional asistencialista, para ubicarla en el enfoque de los derechos. Sin embargo, es conveniente hacer precisiones en torno a la relación entre la protección integral y el paradigma de los derechos. Estos son dos conceptos que van juntos en el marco de la vigencia de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes, pero su relación no siempre ha sido bien comprendida. Con frecuencia se afirma que lo más importante de la Convención es el tránsito de la doctrina de la situación irregular a la consagración de la doctrina de la protección integral, y se considera que éste es el marco conceptual en el cual se pueden garantizar los derechos de las niñas, los niños y de los adolescentes. Pero esta interpretación sólo nos muestra un avance de la protección consagrada en la Declaración de 1924. El progreso consistiría en la cualificación de la protección y en su extensión a los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes. Por ello, en ocasiones se habla del

¹⁶ Buaiz Valera, Yuri Emilio. Op cit. P. 8

¹⁷ Ortiz Pinilla, Nelson (2001). La doctrina de la protección integral. Un marco de referencia para las políticas y programas de infancia y juventud. Conferencia para el Encuentro sobre buen trato y reducción de la violencia contra la Niñez. UNICEF, Fundación CIMDER. Cali. P. 2

paradigma de la protección integral. Como lo en el segmento anterior, la Convención hace énfasis en la protección, y este puede ser el argumento para privilegiar la protección integral como el eje de su contenido y de su sentido.

Sin embargo, que el fin por excelencia de este instrumento internacional es el cambio de la consideración de los niños, las niñas y de los adolescentes: se afirma su presencia en la familia, en la sociedad y ante el Estado como personas titulares de los derechos. Esta visión se encuentra en varias afirmaciones no siempre redactadas con la claridad deseable.

- En el artículo segundo se establece la obligación por parte de los Estados de respetar y asegurar la aplicación de los derechos a todos los niños sujetos a su jurisdicción. El mismo artículo consagra la obligación de los Estados de tomar medidas para protegerlos contra toda forma de discriminación y de castigo, en razón de su condición y de sus acciones como sujetos de derechos. La inferencia que resulta de esta afirmación es lógica: los niños son sujetos de derechos.
- El artículo cuarto nuevamente establece la obligación de los Estados de tomar las medidas legislativas y administrativas pertinentes para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención.
- El artículo quinto, por el contrario, establece la obligación de los Estados de respetar las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres, de los miembros de la familia, de la comunidad, o de las personas encargadas legalmente del niño, para que puedan impartirle la dirección y orientación apropiadas a fin de que ejerza los derechos reconocidos en la Convención. Como ya lo afirmamos, en esta disposición hay dos conceptos que establecen la visión que los legisladores adoptaron sobre los niños, que son: los niños ejercen derechos, luego son sus titulares; los padres y demás encargados o de su crianza y cuidado, deben dirigirlos y orientarlos para su ejercicio, según la evolución de sus facultades. Esta última expresión es ambigua en la redacción del artículo. ¿Se refiere a la orientación según su desarrollo?, ¿o a la capacidad de los niños para ejercer sus derechos?
- El artículo 29 consagra los propósitos de la educación; la educación debe formar al niño en sus deberes, más que en el desarrollo de su personalidad como sujeto de derechos. Sólo el ordinal a) afirma que la educación debe desarrollar la personalidad, las capacidades mentales y físicas del niño o niña hasta el máximo de sus posibilidades; los cuatro restantes consagran los deberes.
- El argumento fuerte no se encuentra en la atribución expresa de la titularidad de los derechos, porque como ya lo sabemos, los artículos segundo y quinto de la Convención son ambiguos. El paradigma de los derechos se encuentra en el reconocimiento de los derechos y las libertades fundamentales y de los derechos económicos, sociales y culturales. Es así como, a partir de la Convención, se adopta el

paradigma proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos para toda la humanidad.

Hubiera sido deseable una redacción más clara del artículo segundo, en cuanto a que hubiese establecido en forma explícita que los niños y las niñas son personas titulares de los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales y en la presente Convención, como se afirma en otros instrumentos internacionales destinados a sujetos específicos. Pero en la interpretación holística de este instrumento, es decir, considerados los artículos segundo y quinto, los considerandos primero, que atribuye los derechos a todos los “miembros de la familia humana”, y tercero, que recuerda la Declaración y los Pactos de derechos humanos aprobados por las Naciones Unidas que afirman que “toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna”, conforman el núcleo argumentativo de la titularidad activa de los derechos reconocidos en la Convención. En este marco es indiscutible que el principio rector de la Convención es el paradigma de los derechos, y no la protección integral. Es pertinente anotar también que la Convención no habla de protección integral expresamente, sino de protección especial dirigida a situaciones específicas en las cuales las niñas, los niños y se encuentran en emergencia; la protección contra la discriminación y el castigo encabeza los llamados derechos de protección, como la explotación económica, el abuso y la explotación sexuales, el consumo o utilización en la venta de sustancias sicotrópicas, la participación en los conflictos armados, el maltrato, la tortura y la protección a las niñas y los niños en situación de desplazamiento. Los niños y niñas con discapacidad tienen derechos, no son considerados objeto de protección.

¿En qué avanza la Convención en relación con la protección establecida en la doctrina de la situación irregular? En primer lugar, en la consideración de los niños como personas a quienes la familia, la sociedad y el Estado les debe especial protección en razón de su condición de sujetos de derechos. Dejaron de ser objeto de protección. En segundo lugar, su reconocimiento como personas, sujetos titulares de derechos y en consecuencia de responsabilidades; en tercer lugar, el reconocimiento de derechos para todos los niños, niñas y adolescentes, aun cuando se utilice el lenguaje masculino. En cuarto lugar, la consagración de la protección especial de los niños en todos los casos en que se encuentren en emergencia. En quinto lugar, la consagración del principio de corresponsabilidad de la familia, la comunidad y el Estado. En sexto lugar, el establecimiento del interés superior como principio rector de toda acción realizada por el Estado y las instituciones que trabajan con los niños. En séptimo lugar, el establecimiento del Comité de Derechos del Niño como ente encargado del monitoreo de las obligaciones de los Estados para asegurar la vigencia de los derechos de los niños, las niñas y. Por tanto, no se trata de confundir la protección especial con la protección asistencial propia de la teoría de la situación irregular. Es decir, se protegen los derechos en cabeza de la persona del niño, no al objeto niño.

Cuando la protección especial consagrada en la Convención se vincula con la vigencia de los derechos de las niñas y los niños, surge el concepto de la protección integral. La protección adquiere sentido de integralidad cuando se convierte en el instrumento de reconocimiento, ejercicio y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en cualquiera de las situaciones de emergencia en que se encuentren. Su finalidad es restablecer los derechos; por ello la Convención afirma que los Estados deben tomar las medidas adecuadas para que se cumpla el objetivo del artículo segundo, y es que se realicen los derechos de todos los niños y niñas. En este orden de ideas se puede afirmar que la protección integral es un principio rector de la Convención y de las obligaciones de todos los agentes corresponsables, pero es un principio de carácter instrumental. Es el principio a través del cual se hace realidad el paradigma de los derechos en el mundo de la infancia. La protección es integral porque en todas sus manifestaciones su objetivo es asegurar la realización de los derechos, de todos los derechos humanos en general, y de los consagrados en la Convención en particular.

Esta concepción hace de la protección un concepto complejo que bien merece una mirada desde los ejes que la conforman: Entre ellos los siguientes:

1. Los sujetos de la Actuación

Los sujetos son, por un lado, las personas, niñas, niños, adolescentes, solicitantes del servicio, y, por el otro, las autoridades investidas de la facultad de intervenir, como mediadoras o como instancias de decisión, la familia y la sociedad.

Los solicitantes y las solicitantes del servicio, niños, niñas, adolescentes y demás miembros de la familia, son sujetos del proceso de atención y protección integrales e interlocutores de las autoridades competentes, lo cual supone su participación activa en dicho proceso. Comporta también la consideración de su dignidad en toda la actuación y su colaboración activa en todas las diligencias y en el cumplimiento de las decisiones. La titularidad de los derechos comprende en ella misma la responsabilidad de su ejercicio. El sujeto ejercitante de los derechos es una persona en posesión de sus atributos fundamentales, como son la dignidad, la libertad, la responsabilidad, la igualdad y la autonomía. No es pensable ejercer derechos sin el reconocimiento del otro o de la otra como interlocutor y en ejercicio de sus derechos. Los sujetos solicitantes de la acción de la autoridad son personas con su complejidad y diversidad antropológica, sociológica y cultural. Desde el punto de vista de la integralidad, la atención debe tener en cuenta esta diversidad.

Las autoridades son también sujetos de la integralidad. de autoridades porque en estas materias quien solicita un servicio de atención para el restablecimiento de los derechos espera que la persona que la atiende sea alguien que tenga facultad profesional, legitimidad y potestad

para orientar a quienes acuden a ella y para decidir cuando los autores de los conflictos no pueden encontrar por sí mismos las soluciones adecuadas. La autoridad es la persona que posee conocimientos, está legitimada por la ley para actuar e investida de una potestad que hace que sus decisiones asuman el carácter de mandatos aceptados por quienes solicitan su intervención. Pero el ejercicio de la autoridad no es un acto unipersonal inconsulto. Es una conjunción de orientación que muestra posibilidades de acción y de imposición frente a las incongruencias y desajustes que se puedan presentar en el ejercicio de los derechos.

2. Los Hechos y el Contexto

El análisis de los hechos sujetos a la consideración de las autoridades también se debe realizar de manera integral. Los hechos explícitos tienen raíces que en ocasiones son los factores determinantes de la conducta. El análisis diagnóstico debe tratar de auscultar los diferentes factores que pueden constituir el origen y desarrollo de los acontecimientos que motivan el o los conflictos que llegan al despacho de las autoridades. Así mismo, los hechos se deben analizar en el contexto en el cual se producen. El contexto familiar, barrial, social, cultural y económico, son factores que contribuyen y explican en buena parte la conducta de los seres humanos. Este es un aspecto importante de la atención integral, que permite el diseño de la estrategia de actuación desde el punto de vista de los actores y de las decisiones que deben tomar las autoridades para llevar a cabo su misión.

3. La Corresponsabilidad de los Agentes

El principio de corresponsabilidad establece la participación activa de tres agentes directos que son la familia, la sociedad y el Estado, cada uno con obligaciones específicas establecidas en la Convención y en las legislaciones nacionales. El ejercicio de la responsabilidad parte de la familia; los padres, los representantes legales y las personas a quienes se les ha asignado el cuidado y atención de los niños, niñas o adolescentes, son los obligados en la esfera privada. La sociedad lo es en lo público social, y las instituciones del Estado en la esfera pública estatal. La Corresponsabilidad tiene un carácter circular de la cual se desprende el sentido integral de la atención que la familia, la sociedad y el Estado deben brindar para asegurar la vigencia plena de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Cada agente tiene sus obligaciones específicas y el cumplimiento de cada una de ellas no exime de responsabilidad a los otros.

4. El Interés Superior del Niño

El cumplimiento de las obligaciones de los agentes corresponsables se rige por un principio rector, que es el interés superior del niño. Este es un principio establecido en el artículo tercero de la Convención, que debe orientar la actuación de todas las personas y entidades públicas y privadas, que atienden a los niños, niñas y adolescentes. Cillero Bruñol afirma que:

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.¹⁸

El Interés Superior es un principio rector y a la vez, un principio dirimente, pues tiene también la función mediadora en los casos de conflicto de vigencia de los derechos de las personas adultas y de los niños, niñas y adolescentes. En la legislación colombiana este principio se complementa con la prevalencia de sus derechos, consagrada en el artículo 44 de la Constitución Política. Este es un avance importante para configurar la figura de la protección integral en el enfoque de los derechos.

5. El Cuerpo Normativo

Uno de los requisitos de la atención integral es la efectividad de la actuación, y ésta se inicia con la pronta respuesta del procedimiento judicial o administrativo. La atención jurídica a la infancia y la adolescencia requiere un cuerpo normativo sustantivo, comprensivo e integrador de los derechos humanos y de normas procesales expeditas que permitan fijar la atención en lo realmente central, que es la atención encaminada a asegurar la estrategia de atención integral. Dos requisitos son indispensables para alcanzar este objetivo: el esfuerzo de síntesis procesal y la aplicación del principio de la oralidad. Desde el punto de vista de la atención a de la ley penal, la integralidad comprende la aplicación de las normas de responsabilidad penal juvenil, pero también el restablecimiento de los derechos conculcados y la restauración de su personalidad como sujetos titulares de los derechos.

La integralidad en el orden jurídico es también la conjunción del orden jurídico internacional con el orden nacional. Desde el punto de

¹⁸ Cillero Bruñol, Miguel. *Infancia, Autonomía y Derechos. Una cuestión de principios*. Versión virtual. www.iin.oea.org P. 9

vista de los derechos humanos, la legislación atraviesa las fronteras nacionales. Se conjugan la legislación nacional e internacional en un cuerpo normativo único que conforma el orden jurídico aplicable a la atención y protección integrales. Las instancias de seguimiento de los instrumentos internacionales, como los Comités de los Pactos y Convenciones, recuerdan la necesidad de aplicar las normas internacionales en el orden nacional. Jorge A Subero Isa, experto en derecho internacional del trabajo, sostiene que en la medida en que como Estado nos obligamos al cumplimiento de una norma internacional, la estamos incorporando al orden jurídico interno. La integralidad, desde el punto de vista normativo, quiere decir que el derecho internacional de los derechos humanos y el orden interno correspondiente, conforman el cuerpo jurídico aplicable en la actuación relacionada con la perspectiva de los derechos.

6. La Interdisciplinariedad

La vigencia de los derechos de las niñas, los niños y de los adolescentes es responsabilidad del conjunto de las disciplinas cuyo objeto de conocimiento tiene que ver directa o indirectamente con la infancia y la adolescencia. Por consiguiente, se enmarca en el horizonte de la multidisciplinariedad. El concurso de las disciplinas permite la comprensión integral de la problemática y el establecimiento de las estrategias apropiadas para asegurar el goce efectivo de los derechos. Esto quiere decir que la mirada interdisciplinaria permite diseñar rutas de atención integral desde el punto de vista de las instituciones del Estado que atienden a la niñez y la adolescencia, en el orden administrativo y en el orden judicial.

7. La Interinstitucionalidad

Así como la integralidad supone la comunicación interdisciplinaria, también precisa de la interlocución interinstitucional. En este nivel, la interrelación se realiza entre las instancias del Estado que atienden la niñez y la adolescencia y entre éstas y las organizaciones de la sociedad civil. Esta interconexión es quizá el instrumento más importante de la integralidad. Sin ella es difícil alcanzar los propósitos de la protección integral, por cuanto una sola institución no posee los elementos necesarios para llevar a cabo la estrategia de la atención y protección requeridas para alcanzar su efectividad. La comunicación interinstitucional supone la coordinación con la cual se definen las responsabilidades y niveles de participación de las diferentes instituciones públicas y privadas, en los niveles nacional, regional y municipal o local.

8. Seguimiento y Control

La comunicación interinstitucional se extiende también a las instancias de control. En este nivel es preciso llevar a cabo una reflexión sobre la modalidad de seguimiento y control pertinente para los postulados de la protección integral. Una primera apreciación nos permite afirmar que el seguimiento y control debe consultar los principios de la corresponsabilidad y la democracia participativa, en concordancia con el interés superior del niño o niña. Estos postulados nos llevan también a pensar en la necesidad de establecer protocolos de seguimiento y de control inspirados en el paradigma de los derechos y en la doctrina de la integralidad. Por ello, los protocolos se deben diseñar de manera concertada con las instancias que atienden la infancia, la adolescencia y la familia, y con la participación de las organizaciones sociales especializadas. Estas pueden ser aliadas decisivas para vincular el control con la efectividad que supone la atención integral.

9. Prevención y Protección

En la protección integral, la prevención y la protección son partes esenciales del proceso de la perspectiva de los derechos. Garantizar las condiciones de ejercicio de los derechos es la expresión más acertada de la prevención, pero también es preciso tomar medidas para erradicar los flagelos que afectan la vigencia de los derechos. De la efectividad de estos dos aspectos de la prevención depende la disminución de la necesidad de actuación en el restablecimiento y reparación de los derechos conculcados. De igual manera, la efectividad en la garantía de los derechos reduce el número de adolescentes infractores o infractoras de la ley penal, y a quienes las circunstancias los lleven a cometer delitos serán tratados o tratadas como personas en proceso de restauración de su personalidad, es decir, que el infractor o infractora recibirá la formación adecuada para que vuelva a ejercer sus derechos de manera responsable frente a sí mismo, a la familia, a la sociedad y al Estado.

10. La Interconexión entre el Derecho y las Políticas Públicas

Otro aspecto de la integralidad es la interconexión entre la legislación y las políticas públicas relacionadas con la infancia y la adolescencia. Para asegurar la efectividad en la aplicación de las normas y en el cumplimiento de las sentencias judiciales y administrativas, es preciso el apoyo de las políticas públicas con las cuales se puede dar cumplimiento a las decisiones emanadas de las autoridades competentes. En el paradigma de los derechos, el estatuto jurídico orienta las políticas públicas, y éstas garantizan la efectividad de las decisiones judiciales y administrativas tomadas para garantizar el ejercicio, restablecimiento, reparación de los derechos conculcados,

así como el tratamiento de de la ley penal, y de los niños, niñas y adolescentes víctimas de los delitos.

11. Interconexión entre Políticas Nacionales y Políticas Internacionales

Finalmente, otro aspecto importante de la protección integral es la coordinación de las políticas nacionales con las políticas internacionales. La cooperación internacional es un factor decisivo para el desarrollo de la protección integral. Los foros multilaterales recomiendan planes de acción cuyo cumplimiento se debe llevar a cabo en el nivel nacional. Pero las democracias pobres sólo podrán cumplir esos compromisos si la comunidad internacional asume sus propias responsabilidades a través de las agencias de cooperación. Esta interconexión es elemento necesario para disminuir las distancias entre las utopías proyectadas desde la dimensión internacional, y las realidades nacionales colmadas de tantas carencias y tan pocas realizaciones.

Los ejes señalados muestran la complejidad que rodea la protección integral, pero también su riqueza y las posibilidades inmensas que tiene como instrumento para asegurar la vigencia del paradigma de los derechos en el mundo de las niñas, los niños y de los adolescentes.¹⁹

Una Mirada Contemporánea a la Convención

Las bondades de la Convención de los derechos del niño son de aceptación universal. Desde su vigencia, las niñas, los niños y los adolescentes tienen un mundo propio en el cual ejercen sus derechos, desarrollan su autonomía de vida y su libertad, a partir de su propia comprensión. La Convención es ambigua en este reconocimiento, pero abrió caminos importantes para la comprensión que hoy tenemos del pluralismo de los mundos, del derecho que tienen a existir con sus propias especificidades. Sabemos que las niñas, los niños y ejercen sus derechos con sus lenguajes, con su autonomía y su libertad. Estamos en la búsqueda de las formas de interlocución con las cuales las personas adultas podremos asumir nuestras responsabilidades frente a la infancia y la adolescencia, ejerciendo una autoridad fundada en el respeto a los derechos de nuestros hijos e hijas, de nuestros estudiantes y pupilos. La comunicación, entendida como construcción colectiva de sentido, es una propuesta de filósofos como Habermas.²⁰ Para hacer posible esta forma de comunicación contamos con los siguientes presupuestos aceptados y desarrollados con mayor profundidad en estos veinte años de vigencia de la Convención:

¹⁹ Para mayor información se puede consultar mi obra *Las Niñas, los Niños y los Adolescentes, Titulares Activos de Derechos*. Ediciones Aurora Bogotá. 2007.

²⁰ Ver Facticidad y Validez. La Inclusión del Otro.

La Apertura de la Categoría Niño

Para una mejor aplicación de la Convención, la doctrina ha abierto la categoría para dar espacio al mundo de los niños y las niñas. También se abre espacio la distinción entre primera infancia y niñez propiamente dicha. Estas distinciones son necesarias para establecer las especificidades en el diseño de las políticas públicas que garantizan el ejercicio de los derechos de la niñez en la primera infancia, la niñez propiamente dicha y la adolescencia. Sin perder de vista la definición de niño que aporta la Convención, en el curso del desarrollo de las reformas a las legislaciones nacionales se ha llegado a la necesidad de abrir la categoría para mejorar la comprensión de sus alcances, para precisar el lenguaje, para orientar el trabajo y la comunicación en cada uno de los momentos de estas etapas del ciclo vital. Abrir el espacio de la adolescencia ha permitido aclarar los principios y conceptos de la legislación sobre la responsabilidad penal juvenil. Es claro que la atribución de la responsabilidad penal se refiere al mundo de y no a los niños y niñas.

La Perspectiva de Género

En el paradigma de los derechos, no hay democracia sin la participación de las mujeres en todos los órdenes de la vida familiar, social, económica y política, en condiciones de igualdad con los hombres. Así lo disponen los instrumentos internacionales de derechos humanos. La igualdad entre los géneros es la base de la titularidad universal de los derechos humanos y por ende la condición de posibilidad de la democracia.

La perspectiva de género es la categoría de análisis que tiene en cuenta las diferencias sociales, biológicas, psicológicas y ambientales en las relaciones entre las personas según el sexo y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social. La aceptación de estas referencias en la vida cotidiana, en el orden económico y en el orden político, hace visibles las miradas y las percepciones de la feminidad y la masculinidad, con las mismas oportunidades e igualdad de responsabilidades.

La Convención sólo hace una mención a la perspectiva de género en el ordinal d) del artículo 29, que establece los propósitos de la educación. Hay que 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”, dice la disposición. Pero la misma Convención no es el mejor ejemplo de expresión de la igualdad de género. Este tema no formó parte de las preocupaciones de los legisladores internacionales, a pesar del gran desarrollo de las reivindicaciones de los derechos de las mujeres durante el período de elaboración de este instrumento internacional. En la actualidad la interpretación y aplicación de sus postulados no puede pensarse sin el reconocimiento efectivo de la igualdad de género. La perspectiva de género tiene que mirarse como un principio transversal a la Convención y a todas las medidas internacionales y nacionales que se deriven de su vigencia.

La Claridad en la Titularidad de los Derechos de los Niños, las Niñas y de los Adolescentes

En este tema se han recorrido senderos importantes para clarificar la titularidad de los derechos de las niñas, los niños y de los adolescentes. El debate es cada vez más claro; ya contamos con los aportes de disciplinas como la psicología, cuyas experiencias presentan los niveles de comprensión y de expresión de niños y niñas en todas las etapas de su desarrollo. Además, son enormes los avances en las metodologías y ayudas pedagógicas con que se cuenta para la estimulación temprana en la primera infancia, y la aproximación inmediata de las niñas y los niños al mundo virtual, en donde ellos mismos se acercan al conocimiento de las ciencias, las artes, la música, etc., casi desde el vientre materno. Todas estas reflexiones han contribuido a despejar el horizonte de la titularidad de los derechos y el consenso es generalizado en torno al reconocimiento de su ejercicio activo en todos los momentos de su ciclo vital. La titularidad de los derechos es la expresión de la autonomía y la libertad. Terminó la época de la educación para la sumisión y la obediencia incondicional. En mi obra *Las Niñas, los Niños y los Adolescentes, Titulares Activos de Derechos*, afirmo que

la interacción niño adulto es un encuentro de autonomías y dependencias mas no de sumisión del menor al mayor. En la perspectiva de los derechos ya no es posible hablar de sumisiones de ninguna clase porque como afirmó Kant, la sumisión es la renuncia al derecho originario de la libertad y esa renuncia es la pérdida de la calidad de persona, propia de la especie humana.²¹

La Relación entre el Paradigma de los derechos y la Protección Integral

Esta relación no es clara en los desarrollos legislativos nacionales. En la mayor parte de las legislaciones latinoamericanas se ha impuesto la supremacía de la protección integral como paradigma. Aun cuando coinciden los expertos en afirmar que el paradigma de la protección integral se funda en los derechos, aun falta aclarar y reconocer que son los derechos humanos el núcleo de postulados filosóficos, éticos, jurídicos y políticos que conforman el paradigma de la democracia posmoderna. Los derechos son el fundamento y patrimonio inalienable de los seres humanos en todos los momentos de su ciclo vital. De esta consideración se deriva la titularidad universal e imprescriptible de los derechos de todos y todas y para todos y todas. La protección integral es un principio instrumental. Pero este debate no está concluido, aún hay que despejar el paradigma de las huellas de la protección, vista en el contexto de la teoría de la situación irregular.

²¹ Galvis Ortiz, Ligia. OP. Cit. P. 36.

Los Niños y Niñas con Discapacidad, son titulares activos de los derechos

El campo de la discapacidad es en donde más se ha afianzado la mirada asistencial de la protección. El lenguaje y el discurso sobre la discapacidad ha sido el cómplice del asistencialismo en este campo. A pesar de lo establecido en el artículo 23, que reconoce el derecho de los niños y niñas con discapacidad a una vida plena y decente y a recibir los cuidados especiales que les correspondan, la sombra de la protección asistencial los ha acompañado desde las mismas palabras utilizadas para su apelación. Se ha hablado de minusválidos, impedidos (lenguaje de la Convención), inválidos, discapacitados. Todos estos apelativos parten de la carencia de capacidad, pero no se ha encontrado el lenguaje que los defina desde la diferencia de habilidades y facultades. En la búsqueda de la igualdad en el tratamiento de las personas con discapacidad, las Naciones Unidas han aprobado la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad. Este instrumento actualiza lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño y le da cuerpo a los derechos de todas las personas en situación de discapacidad. Es también un complemento para el desarrollo de legislaciones nacionales más precisas, fundadas en los derechos de este grupo de población.

La interculturalidad en la Garantía de los Derechos de los Niños, las Niñas y de los Adolescentes

Esta Convención es uno de los instrumentos que abre paso a la consideración de la interculturalidad como presupuesto para asegurar la titularidad universal de los derechos, y el primero en el sistema de las Naciones en tener en cuenta los derechos de las niñas y los niños indígenas (art. 30). El siglo XXI tiene el gran desafío de establecer los mecanismos de la comunicación intercultural. No basta con reconocer los derechos de los grupos étnicos, lingüísticos, religiosos, o de los indígenas o la población afrodescendiente o de los pueblos Rom, y mantenerlos aislados a través de las políticas sectoriales. El reconocimiento de la diversidad cultural en el enfoque de los derechos, es efectivo cuando a más del reconocimiento y las condiciones de ejercicio, se toman medidas para que todos ellos y ellas tengan una participación activa en los asuntos de su interés, cuando el vecindario no se altere con la presencia de niños, niñas, jóvenes o personas adultas de todos estos grupos en los parques y en los edificios y barrios de todas las condiciones sociales; cuando los niños afro-descendientes y las niñas indígenas se sienten en las aulas de clase junto con los blancos, las mestizas, y la vida no se altere; cuando desaparezca el prejuicio y la desconfianza de unos grupos frente a otros. Cuando los sistemas educativos ofrezcan el aprendizaje de las lenguas indígenas en las regiones en donde su presencia es importante; cuando aprendamos el lenguaje de los sordos, para establecer una verdadera comunicación intercultural. En este campo, la Convención tiene un largo camino por recorrer en todos los lugares del planeta.

En las dos décadas de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, es necesario hacer un alto en el camino para interrogarnos sobre la coherencia entre el discurso de los derechos de las niñas y los niños y su aplicación efectiva. El discurso se está consolidando con bases firmes. Su coherencia con la práctica plantea los más grandes desafíos al orden jurídico y a las ciencias sociales en general. Con la vigencia de la Convención se ha consolidado la disciplina del derecho de infancia, con lo cual se ha abierto el espacio académico para su estudio especializado. No podemos decir lo mismo de la aplicación de la Convención y su eficacia para alcanzar sus propósitos de que los niños y niñas se desarrollen en un ambiente de felicidad y amor. La Cumbre de las Naciones Unidas por la infancia mostró la triste evidencia del incumplimiento de la mayoría de los Estados de las obligaciones adquiridas al ratificar este instrumento internacional. Los dos protocolos adicionales ya están vigentes, pero la explotación laboral, el abuso y la explotación sexuales, la incorporación de los niños y las niñas en la guerra, siguen formando parte de los flagelos más desastrosos que azotan a la población infantil del planeta. La celebración de este vigésimo aniversario de la Convención, será más significativa si se expresa en un llamado a la renovación del compromiso efectivo de toda la comunidad internacional con el desarrollo integral y la felicidad de nuestros niños, niñas y adolescentes. La tarea continúa, porque la deuda con los niños y las niñas sigue vigente.

Lista de referencias

- Ampe, Unicef-Perú (1997). Tomando conciencia sobre los Derechos del Niño Manual del Comité Local sobre los Derechos del Niño. Lima.
- Buaiz Valera, Y. E. Introducción a la doctrina de la Protección Integral. Documento fotocopiado sin referencia bibliográfica.
- Cillero Bruñol, M. Infancia, Autonomía y Derechos. Una Cuestión de Principios. En www.iin.oea.org
- Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia. (2008). Comentado y Concordado. Tercera Edición.
- Convención sobre los Derechos del Niño (Noviembre de 1999). Unicef Colombia. X aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Freeman, M. D. A. (2004). Tomando más en serio los Derechos de los Niños. En: Derechos de los Niños. Una contribución teórica. Isabel Fanlo, Compiladora. México: Distribuciones Fontamara.
- Gajardo, S. (1940). Los derechos del Niño. Santiago de Chile: Imp. y Lito. Universo S.A. –Ahumada 32.
- Galvis Ortiz, L. (2007). Las Niñas, los Niños y los Adolescentes, Titulares Activos de Derechos. Bogotá: Ediciones Aurora.
- García Méndez, E. (1997). Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina De la Situación Irregular a la Protección Integral (Segunda Edición). Ibagué: Forum Pacis.

- García Méndez, E. (1998). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Beloff, Mary (Compiladores). Bogotá-Buenos Aires: Temis - Depalma.
- Grupo de Reflexión sobre Infancia y Adolescencia (1997). *Garantizar los Derechos de la Niñez: responsabilidad de Todos*. Santafé de Bogotá: Fundación Antonio Restrepo Barco, Cuadernos de Reflexión, 1.
- MacCormick, N. Los Derechos de los Niños. Un Test para las Teorías de los Derechos. En: *Derecho de los Niños. Una Contribución Teórica*, Isabel Fanlo. Compiladora. México, D. F.: Fontamara Distribuciones.
- Mistral, G. (1979). Los derechos de los Niños. En *Magisterio y Niño*. Selección de prosas. 1ª Ed. Santiago Andrés Bello.
- Ortiz Pinilla, N. (octubre de 2001). La doctrina de la protección integral. Un marco de referencia para las políticas y programas de infancia y juventud. Conferencia para el Encuentro sobre buen trato y reducción de la violencia contra la Niñez. Unicef, Fundación Cimder. Cali.
- Rojas Flórez, J. (enero-junio 2007). Los Derechos del Niño en Chile Una aproximación Histórica. 1910-1930. En *Historia*, 40 (I).
- Unicef (Noviembre de 1996). *La Niñez en el Marco de la Gobernabilidad para una Democracia eficiente y participativa*. Santiago. VI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno.
- Unicef (2001). *Manual de Aplicación de la Convención sobre los derechos del Niño*. Preparado por Rachel Hodgkin y Meter Newell. Unicef, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Ginebra, Suiza: Impresión Atar Roto Press.
- Zola, E. (Otoño 2006). *Acerca de El niño de Jules Vallès*. ACVF Editorial.

Referencia

Ligia Galvis Ortiz, "La Convención de los derechos del niño veinte años después", Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, Manizales, Doctorado en Ciencias Sociales, Niñez y Juventud del Centro de Estudios Avanzados en Niñez y Juventud de la Universidad de Manizales y el Cinde, vol. 7, núm. 2, (julio-diciembre), 2009, pp. 587-619.

Se autoriza la reproducción del artículo, para fines no comerciales, citando la fuente y los créditos de los autores.
