



CAPÍTULO 2

HACIA UN
NUEVO ANDAMIAJE
NORMATIVO PARA
LA PRIMERA
INFANCIA



CAPÍTULO 2 HACIA UN NUEVO ANDAMIAJE NORMATIVO PARA LA PRIMERA INFANCIA

En la introducción se destacó que es inevitable, cuando se habla de normativa sobre la infancia, referirse a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Este instrumento marca un antes y un después en el lugar que se le da a la infancia en nuestras sociedades, al reconocer a los niños y a las niñas su estatuto de “sujetos de derechos”. El enfoque basado en derechos promueve una concepción de ciudadanía según la cual el ciudadano es portador de derechos y debe reclamar por que éstos se cumplan y se respeten, lo cual significa que las personas no son vistas como el objeto de un acto de caridad sino como individuos que demandan aquello que les corresponde. Pero... ¿alcanza con la sola ratificación de la Convención para que este estatuto se haga efectivo? Ciertamente, una primera condición que debe darse es que el cambio en la concepción de la infancia debe reflejarse en la normativa vigente de cada país.

Aun así, resulta claro que “crear Derecho”, es decir, producir normas o cambios normativos no conduce necesariamente a la erradicación de los problemas sociales. Pero aunque el respeto no llegue a efectivizarse a través de la creación de normas, de todos modos se admite como un valor positivo la simple incorporación de los derechos de la CDN en las leyes de un país. Luego, puede analizarse el modo de incorporación, el grado de adecuación y el nivel (legal, supralegal, constitucional) que adquieren los compromisos asumidos. Aunque, ciertamente, eso no dirá mucho sobre el nivel de cumplimiento de tales compromisos, por varias razones.

En primer lugar, porque el ordenamiento jurídico de un país puede consignar en su letra los derechos de la CDN y sus principios básicos, por ejemplo, el derecho a la no discriminación, pero esto no garantizará a los sujetos el goce de los mismos. Barrere Unzueta (1997) afirma, en este sentido, que “... aunque es frecuente que las normas jerárquicamente más altas e importantes de los ordenamientos jurídicos modernos (sean constituciones o declaraciones de derechos) incluyan la prohibición de la discriminación, esto no significa que los ordenamientos en cuestión anulen con ello, en



una especie de operación performativa, su condición de instancia discriminatoria y, mucho menos, que adquieran una especie de bula o inmunización respecto a posibles normas discriminatorias futuras”.

Dicho en otros términos, la inclusión y el desarrollo de un derecho antidiscriminatorio no actúa a modo de alquimia que transforma “coherentemente” todo el Derecho positivo en antidiscriminatorio o, simplemente, en no discriminatorio. En este sentido, el Derecho positivo no sólo constituye una instancia discriminatoria (es decir, productora de discriminación) sino que, además, en la medida en que no reconozca y actúe contra discriminaciones sociales (estructurales, institucionales) existentes, se convierte en una instancia reproductora o consolidadora de la discriminación. En otras palabras, el Derecho puede discriminar por comisión y también por omisión.

En función de este análisis, se puede concluir que observar la garantía efectiva de los derechos en la legislación compromete un poco más que su previsión normativa (es decir que simplemente “esté legislado”), ya que puede estar presente la regulación y, de todos modos, constituirse una instancia reproductora de la violación del derecho o de la falta de garantía.

En segundo lugar, de nada sirve ostentar un derecho, si los sujetos titulares no son reconocidos como verdaderos “sujetos de derecho”, lo que implica dotarlos del poder jurídico necesario para reclamar o para demandar contra quien debe garantizar y proveer el goce de los derechos que les han sido reconocidos.

Sobre el tema específico que atañe a esta parte del informe, es decir, sobre la garantía estatal acerca del cumplimiento de los derechos de la primera infancia, debe efectuarse un análisis que, básicamente, consista en individualizar todos los atributos que deberían estar presentes en el ordenamiento jurídico de un país para que esa nación se considere en vías de cumplimiento de los derechos exigidos por la CDN. Esto implica que se les reconozca a todos los niños sin discriminación –tanto explícita como indirectamente– sus derechos, que existan organismos competentes para implementar políticas, órganos de control independientes y un sistema de rendición de cuentas y penalización por el incumplimiento de cada derecho, que exista un lugar (órgano, funcionario, ombudsman) ante el cual denunciar incumplimientos o violaciones y, finalmente, que los sujetos de esos derechos puedan demandar a quien es su garante, es decir, al Estado, por el cumplimiento de tales derechos.

1. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN) EN LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA

¿Se refleja en las constituciones de América Latina el compromiso asumido por los Estados durante la Cumbre Mundial de la Infancia? La forma de incorporación del derecho internacional en el derecho interno de los Estados se encuentra en directa relación con la evolución de la internacionalización del Derecho y la consecuente erosión de la soberanía de los Estados, en tanto reconocimiento de la existencia de un orden jurídico superior con validez universal. Las restricciones a la soberanía de los Estados pueden ser voluntarias o involuntarias. Por tratarse aquí del análisis de las respuestas que los países brindan respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CDN), las restricciones que asumen los países ratificantes son voluntarias, pues han sido contraídas como compromisos concretos en el marco de la adhesión al instrumento.

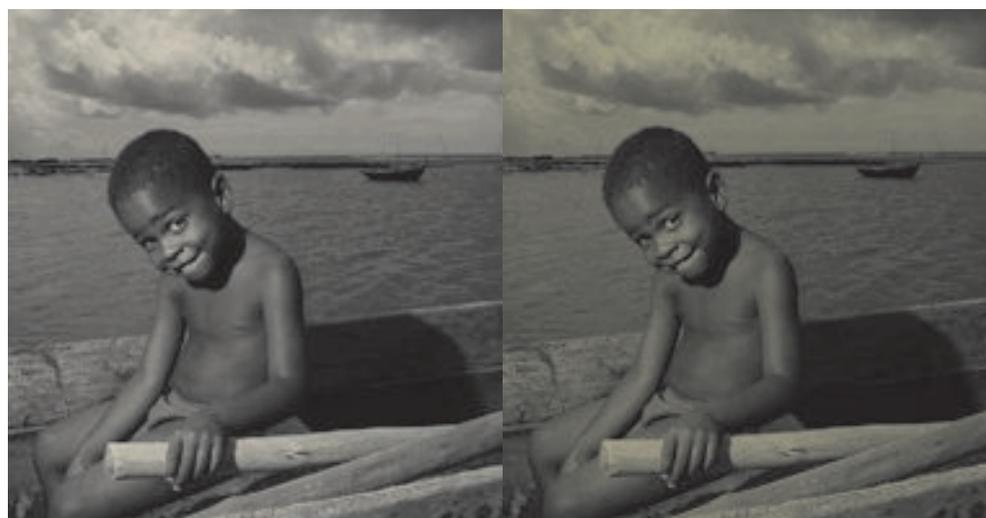
Respecto de la vigencia y obligatoriedad del derecho internacional de fuente voluntaria (constituido por tratados y convenciones), ha sido especialmente relevante la entrada en vigor, en 1980 –cuando se alcanzó la cantidad de ratificaciones necesarias–, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, cuyo artículo 27 no admite la invocación del derecho interno para exculparse o justificar un incumplimiento ante las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados.

Sin embargo, no todos los países incorporan, de la misma forma, los tratados internacionales a su derecho doméstico. Existen algunos que establecen que estos instrumentos son parte de su orden jurídico interno –con rango legal– pero manteniendo la supremacía de la Constitución; existen otros que les otorgan jerarquía superior a las leyes y, finalmente, otros Estados que les reconocen jerarquía constitucional.

La primacía absoluta de la Constitución parece encontrarse, en principio, en el texto de la Carta Magna de Bolivia, redactado en 1967 y reformado en 1994, aunque la nueva Constitución de 2008 establece en su artículo 13 que en el caso de los Convenios internacionales sobre derechos humanos, éstos prevalecerán en el orden interno. También pueden encontrarse cláusulas de supremacía absoluta de la Constitución, donde se incorporan los tratados con rango legal al ordenamiento interno del país, en la Constitución de Colombia de 1991 (con las reformas de 1997), en la de Chile de 1980 (reformada en 2001), en la de Paraguay, en la de Perú de 1993, en la de México de 1917 (reformada en 1998) y en la de Venezuela de 1999. También en Honduras y El Salvador, ambas constituciones de 1982, en el documento de Ecuador de 1998 y en el de Costa Rica de 2001, se afirma la primacía constitucional pero se reconoce superioridad a los tratados respecto de las leyes, las que no pueden contraponerse a sus previsiones.

Respecto de aquellos países que otorgan rango constitucional a los tratados y convenciones de derechos humanos, puede resaltarse que, en el caso de Nicaragua, el artículo 71 de la Constitución garantiza la aplicación directa de la CDN. Con menor especificidad respecto de los derechos de la infancia pero en línea con la incorporación en la carta fundamental, la Constitución de Argentina (reformada en 1994) también le otorga ese rango a este instrumento internacional, al ubicarlo en una lista de tratados sobre derechos humanos que son ratificados.

Por su parte, Guatemala establece en su Constitución (de 1993) la preeminencia del derecho internacional en derechos humanos por sobre el derecho interno. La Constitución de Brasil (de 1988) supeditaba la existencia de los tratados a la ratificación del Congreso, pero la enmienda constitucional de 2004 incluyó una previsión que establece que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, que fueran aprobados por el Congreso por tres quintos de votos de los respectivos miembros de cada Cámara, obtienen la jerarquía de las enmiendas constitucionales.



TRÁFICO CON NIÑOS

EVA GIBERTI*

El enfoque del tráfico con niños que pretende instalar el delito como una forma de adopción reclama diferentes niveles de análisis:

- 1) la presencia de adultos que, sin titubear, intentan convertirse en padres mediante “la venta de niños”¹ argumentando que se trata de una acción para el “bien” del niño o de la niña, quien de otro modo viviría en la pobreza extrema;
- 2) la inclusión de este argumento del “amor hacia los niños” como contenido de los imaginarios sociales que, de este modo, adhieren al tráfico;
- 3) la existencia de reclutadores y redes de traficantes que proceden, ya sea mediante el secuestro del niño o bien logrando el consentimiento de los progenitores;
- 4) la aceptación de los progenitores sobre el delito de tráfico con niños, lo que torna prudente evaluar y diagnosticar el desvalimiento propio de la pobreza extrema, que aísla a los padres legítimos de toda red social capaz de colaborar con la permanencia del hijo en la comunidad de origen.

* Licenciada en Psicología y Asistente social, Doctora Honoris Causa en Psicología. Coordina el Programa “Las víctimas contra las violencias” del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación. Es co-redactora del proyecto de Ley contra el tráfico con niños, del Ministerio de Justicia (Argentina).

También, se debería considerar el engaño al que son sometidas algunas madres, mediante la promesa de “volver a ver al niño”, o el caso de las madres adolescentes, inermes ante la alternativa de criar una criatura, con frecuencia no deseada o víctima de incesto u otra índole de violación.

El análisis de estos niveles resulta imprescindible para comprender el tráfico, puesto que a partir de su articulación se advierte que este delito

ha naturalizado un argumento falaz: “Conseguir un niño, comprándolo, evita la pérdida de tiempo que exigen los trámites para la adopción”. Esta afirmación evidencia la ansiedad omnipotente de los adultos, quienes llegan a vulnerar las leyes, y la elección de un delito que aniquila la posibilidad de que ese niño o niña pueda conocer su origen y, por lo tanto, ejercer su derecho a la identidad.

Este último es uno de los puntos claves del tráfico, destinado a lo que erróneamente se denomina “adopción falsa”. La adopción es una institución en sí misma, legalmente instalada en la cultura como tal y sólo puede asumirse como vehículo legal. La incorporación de una criatura en una familia mediante el tráfico no constituye una adopción ni siquiera en aquellas circunstancias en las cuales los pretendidos padres logran –mediante engaños a los ejecutores de la ley– inscribir al niño como hijo adoptivo. Pues esta maniobra constituye una ficción que no modifica la calidad del delito inicial ni morigerar la victimización de la criatura, que ha sido canjeada por dinero.

El tráfico se diseña a sí mismo como una telaraña, tejida por intermediarios y traficantes, junto con los victimarios, que son quienes “compran” a una persona. Entre todos tejen la trama cuyo soporte suele ser una madre desvalida a la que transforman en “cómplice” pero quien, en definitiva, siempre es una víctima. La perversidad de este delito reside tanto en esta transformación como en la distorsión del destino de seres humanos que crecerán “siendo otros”, es decir,

desarrollando la personalidad de quienes realmente no son. Este punto se vincula con patologías que se reconocen tardíamente, durante la vida adulta, cuando las personas se enteran de que no tienen manera de reconocerse en su historia de origen o cuando comprenden que han sido tratadas como mercancías, más allá de todas las afirmaciones éticas que sostienen que no es posible vender y comprar seres humanos. Sin embargo, los niños traficados quedan inscritos en este “imposible” que la Ética propone.

SITUACIÓN EN AMÉRICA LATINA

En distintas proporciones, el tráfico con niños se distribuye por toda América Latina, ya sea en zonas de frontera, con destino hacia otros países, o bien como tráfico interno, interprovincial, tal como se presenta en la Argentina. Las regiones de frontera constituyen ámbitos que facilitan el tránsito de adultos con bebés desde un país hacia otro, en tanto y en cuanto en alguno de ellos los registros de los ingresos y egresos de las criaturas no son supervisados debidamente por organismos estatales o donde dicha supervisión puede ser vulnerada por artimañas económicas.

El problema fundamental que encontramos reside en que el tráfico con niños no es considerado delito por los pobladores de la región. En los países que aplican adopción internacional (todos los de la región, con excepción de la Argentina), esta práctica puede incluso contribuir al tráfico, según lo advierten algunos Estados. Las recomendaciones que la experiencia sugiere, para evitar un flagelo que vulnera desde todo punto de vista los derechos de la infancia, indican dar mayor énfasis a las políticas públicas integrales destinadas a la atención de los derechos reproductivos, que

permitan elegir el momento para engendrar una criatura y que favorezcan la protección de la madre y del niño en situación de vulnerabilidad.

Por otra parte, la inscripción en el Registro Civil, que debería existir en todos los hospitales, permitiría el inmediato reconocimiento materno del recién nacido, sobre todo porque en la región los partos domiciliarios constituyen una modalidad bastante arraigada que favorece la alteración de las partidas de nacimiento. Mediante este fraude, se declara “parto en domicilio” y el deliro se consuma con el aval de aquellas parteras que declaran que el niño es hijo de quien, en verdad, no lo ha concebido ni adoptado sino negociado.

La permanente educación de la comunidad referida al tráfico como delito contra la dignidad y la libertad del ser humano niño, difundida sistemáticamente, resulta imprescindible para la toma de conciencia y para generar la responsabilidad por parte de las poblaciones. Esta educación coadyuvaría con las denuncias que la comunidad pudiera aportar acerca de personas que son sospechosas de traficar con niños y niñas o alertaría sobre la situación de madres de recién nacidos que se encuentran en estado de pobreza y desvalimiento.

La existencia de un Registro de Niños Desaparecidos constituye un documento clave cuya principal limitación se encuentra en los casos de niñas y niños indocumentados, un fenómeno bastante habitual en América Latina. Una legislación que considere el tráfico con niños como delito federal y cuyas penalidades sean de cumplimiento efectivo constituye una necesidad que América Latina podría considerar como un proyecto compartido por todas las naciones.

1. Según lo enuncia el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.

El caso de la Constitución de Perú es un poco menos claro. En la redacción del documento de 1979 se establecía que los tratados relativos a los derechos humanos gozaban de jerarquía constitucional. La nueva constitución no conserva esa redacción pero la cláusula transitoria cuarta establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución establece se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Por su parte, la Constitución de Panamá afirma, en su artículo 4, que acatará las normas del Derecho Internacional.

Al comparar las constituciones políticas de los Estados de América Latina, pueden observarse dos tendencias: en primer lugar, aquella que consagra la supremacía constitucional como bastión de la soberanía y, en segundo lugar, aquella que impone la tensión hacia la internacionalización del Derecho y la inserción de los países en el mundo global, lo que significa que –a pesar de la declaración de la supremacía– se reconoce al derecho internacional como parte de la Constitución o del derecho interno.

Una vez que han sido determinados los vínculos establecidos entre las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales, es válido preguntarse, ¿qué presencia tienen los derechos de la infancia en las constituciones de la región? La revisión realizada sobre los textos de las cartas magnas permite apreciar que el tratamiento es disímil, así como es despareja la presencia de los derechos sociales en general. Es cierto que no todos los derechos contenidos en la CDN son derechos sociales, más bien éstos conviven junto con los derechos civiles, sin embargo, la evolución hacia su pleno reconocimiento constitucional ha transitado el mismo camino, como el sendero de la protección de los grupos vulnerables o de la búsqueda de igualdad de oportunidades en pos de alcanzar el pleno desarrollo de la ciudadanía social.

Respecto de la presencia de la CDN, puede afirmarse que los países que dedican mayor extensión y detalles en artículos o cláusulas constitucionales atinentes a la infancia son: Honduras, Colombia, Ecuador, Cuba, Venezuela, México, Paraguay y Bolivia. Honduras, por ejemplo, tiene artículos generales de protección de la infancia y la familia (artículos 75, 83 y 111) y un capítulo dedicado especialmente a los derechos del niño que incluye la mayoría de los derechos presentes en la CDN. Colombia contiene, en sus artículos 44, 45, 49, 50 y 53, previsiones constitucionales de derechos de la CDN y la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de las demás personas.

Ecuador posee una cláusula constitucional de garantía que compromete la adopción de medidas para prevenir, eliminar y sancionar la violencia contra los niños (en su artículo 23, inciso 2). Asimismo, cuenta con varios artículos que respaldan los derechos y garantías incluidos en la CDN (artículos 47 a 52). La Constitución de Cuba cuenta, en su primera parte, con un artículo de garantía (artículo 9), donde se declara que el Estado como Poder del pueblo, en servicio del propio pueblo, garantiza que no haya niño que no tenga escuela, alimentación y vestido. Además, el artículo 40 establece que la niñez y la juventud disfrutan de la protección del Estado y de la sociedad, y gozan del principio de corresponsabilidad de la familia, la escuela, los órganos estatales y las organizaciones de masas y sociales, en prestar especial atención a la formación integral de la niñez y la juventud.

Venezuela incorpora gran parte de los derechos de la Convención directamente dentro del texto constitucional (artículos 75, 78 y 79) y también algunos de los principios generales (artículo 58) y la protección especial ante la trata de niños (artículo 54). México contiene un artículo enunciativo sobre los derechos que se encuentran reconocidos, en

principio, a toda persona, para luego especificar ciertos derechos respecto de la familia y los niños y niñas. Estos últimos derechos fueron adicionados con la enmienda de 2000. También contiene previsiones de protección contra el trabajo infantil.

Paraguay incluyó en su Constitución un artículo dedicado a la protección del niño, que tiende a establecer la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en la garantía del desarrollo integral de la infancia. También prevé la prevalencia de los derechos del niño sobre otros derechos, en caso de conflicto.

En su nueva Constitución de 2008, Bolivia cuenta con dos secciones (la V y la VI) dedicadas a los derechos de la niñez, la adolescencia y la juventud, y a los derechos de las familias. En ambas partes, incorpora constitucionalmente los principios del interés superior (aquel criterio por el cual cualquier regulación, política, programa, conducta, procedimiento o actitud individual o colectiva debe respetar ante todo el bienestar del niño, niña o adolescente, aun en caso de colisión con otros derechos reconocidos por la ley), el desarrollo integral, la no discriminación y el enfoque de derechos.

Otras constituciones, como las de Costa Rica, Chile, Uruguay, Brasil, Guatemala, Panamá, Perú o República Dominicana, realizan un tratamiento de los derechos de la primera infancia en un tono más declarativo. La Constitución de Costa Rica, por ejemplo, posee una cláusula que destaca la importancia y la protección especial del Estado hacia la familia, en tanto elemento fundacional de la sociedad, y entiende esa protección de manera extendida hacia la madre, el niño, el anciano y el desvalido (artículo 51). Esta misma previsión se repite en el artículo 71 respecto del trabajo de las personas menores y las mujeres. En este país, el Patronato Nacional de la Infancia tiene presencia constitucional como entidad de protección especial de la madre y “el menor”.

Chile prevé en el primer artículo de su Constitución, dentro del Capítulo I, destinado a sentar las “Bases de la Institucionalidad”, la obligación del Estado de proveer la protección y el fortalecimiento de la familia, en tanto núcleo fundamental de la sociedad. Uruguay contiene algunas previsiones constitucionales fundamentalmente enfocadas en la familia, a quien se reconoce la responsabilidad principal de brindar asistencia, educación y cuidado de los hijos, mientras la función del Estado se establece básicamente en velar por su estabilidad “moral y material”.

Brasil dedica el inicio de su Constitución a los derechos sociales, enumerando algunos de ellos en su artículo 6. Posteriormente, establece dentro de su sistema federal la corresponsabilidad de la Unión, los Estados y el Distrito Federal para legislar sobre la protección de la infancia y la juventud (artículo 24, numeral XV). Finalmente, entre los objetivos de la asistencia social no contributiva, prevé la protección de la familia, la maternidad, la infancia, la adolescencia y la vejez (artículo 203, numerales I y II).

Guatemala dedica un capítulo completo a los derechos sociales. En su texto, orientado básicamente a la familia, contiene un artículo declarativo sobre los derechos de los niños y los ancianos. También establece previsiones contra el trabajo infantil y la no punibilidad de los niños y jóvenes. Panamá también dedica el eje de su protección social a la familia, como mediadora de los derechos de “los menores” (artículo 52), y dedica varios de los artículos siguientes a regular las responsabilidades que se derivan de la paternidad y la patria potestad. Lo mismo ocurre con República Dominicana (en su artículo 8, numeral 15). Perú, en el capítulo II de su Constitución (“De los derechos sociales y económicos”), declara que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

Dentro de este panorama de países latinoamericanos, Argentina constituye un caso especial. En principio, su Constitución no presenta una previsión profusa de artículos dedicados a la infancia, sin embargo, la inclusión (mediante el artículo 75, inciso 22) de la CDN –junto a otros tratados de derechos humanos– con jerarquía constitucional genera la incorporación directa de todas las disposiciones de este instrumento. Asimismo, en el artículo 75, inciso 23, se establece la obligación del Congreso de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y por los tratados de derechos humanos, en particular, respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Algo similar ocurre en Nicaragua, con la introducción de la CDN en el texto constitucional mediante el artículo 71.

A partir de la lectura realizada, puede observarse que las constituciones más recientes resultan más permeables a la incorporación de los derechos de la infancia, asumiendo posiciones activas en su garantía y, también, haciendo suyos los resultados de los debates internacionales sobre el modo apropiado de garantizar tales derechos. Esto resulta más claro aún en las constituciones que deciden incorporar en su texto los principios fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Con excepción de las constituciones más modernas, el resto de los documentos se concentra en la protección de la familia como elemento constitutivo de la sociedad y como mediadora del bienestar de los niños. En general, esta postura no merece una crítica, ya que es cierto que las familias son –por definición– los ámbitos en los que nacen y se desarrollan los niños. Sin embargo, en el sostenimiento de esta mediación –como la única posible o como aquella que promueve el Estado–, se compromete sensiblemente la representación social sobre la capacidad de los niños para recibir protección y la validez de su opinión y sus exigencias, como sujetos sociales y como sujetos de derecho. También puede señalarse que en la utilización del lenguaje, todavía resulta muy extendido el uso del término “menor” o “menores”, como un estigma que proviene del mundo judicial, en detrimento de las denominaciones niño, niña e infancia, que corresponden a la etapa vital específica que están atravesando.

2. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN) Y LAS LEYES DE PROTECCION INTEGRAL PARA LA INFANCIA EN LA REGION

En primer lugar, es importante señalar por qué en este apartado sólo se toman para su revisión las leyes de protección integral (LPI). Esta elección está motivada en considerar que el enfoque de integralidad que inspira los principios de la CDN es el más conveniente para el reconocimiento normativo de los derechos de la infancia y para dirigir las políticas que los atienden. La doctrina de la protección integral reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos titulares de derechos y los ve como personas con necesidad de cuidados especiales y merecedores de respeto, dignidad y libertad. Esto supone que por su condición particular de desarrollo, además de todos los derechos que disfrutaban los adultos, ellos gozan de derechos especiales. En este sentido, el Estado pasa a ser promotor del bienestar de niños, niñas y adolescentes e interviene mediante políticas sociales (básicas, asistenciales o de protección especial). La protección integral exige tener disponible el máximo de recursos para atender todos los aspectos que incumben a la niñez. Este compromiso estatal consiste en que las políticas deben diseñarse y ejecutarse concertadamente, ya que los aspectos del bienestar de la infancia son indivisibles.

Sin embargo, esto no debe ser interpretado como si los Estados que no crean leyes integrales no estuvieran realizando esfuerzos normativos para proteger a la infancia. Tampoco puede concluirse, en tal sentido, sobre aquellos países que, a pesar de crearlas, deciden no regular mediante esas leyes todos los aspectos, lo que representaría una verdadera garantía.

En todo caso, lo que aquí se quiere destacar es que la existencia de un cuerpo normativo único, debatido integralmente por los representantes de los Estados en sus asambleas o congresos, y fundado en criterios de interrelación e interdependencia de los derechos de los niños y niñas da cuenta de una receptividad diferencial de la CDN con respecto a aquellos otros Estados que prefieren regular sectorialmente los derechos y garantías de la infancia; más aún, si esas construcciones normativas están elaboradas conforme los principios generales de la no discriminación, el interés superior y el respeto por la opinión del niño y, sobre todo, si movilizan recursos efectivos que garanticen su exigibilidad, si movilizan el máximo de los recursos disponibles para la promoción progresiva de los derechos y si promueven la participación.

A pesar de la temprana y uniforme ratificación de la CDN por parte de todos los Estados de América Latina, pocos fueron los países que iniciaron, durante el primer decenio, el proceso de adecuación de su ordenamiento jurídico a los principios fundamentales y a los derechos y obligaciones que surgen de la Convención. Tempranamente, se destaca el caso de Brasil, quien habiendo ratificado la CDN en septiembre de 1990 sanciona su “Ley de Protección de la Infancia” en julio de 1990, es decir, antes de la entrada en vigor de la Convención en el país. (VÉASE TABLA 2.2.1)

TABLA 2.2.1
Países de América Latina, según año de sanción de las Leyes de Protección Integral (LPI)

	PAÍS	AÑO
PAÍSES CON LEYES SANCIONADAS 1990-1999	Brasil	1990
	Panamá	1994
	Honduras	1996
	Nicaragua	1998
	Costa Rica	1998
PAÍSES CON LEYES SANCIONADAS 2000-2009	Perú	2000
	México	2000
	Bolivia	2000
	Venezuela	2000
	Paraguay	2001
	Guatemala	2003
	República Dominicana	2003
	Ecuador	2003
	Uruguay	2004
	Argentina	2005
	Colombia	2006
	El Salvador	2009
PAÍSES SIN LPI	Chile	
	Cuba	

FUENTE: SITEAL.

Si bien la pronta iniciativa de cambios legislativos no implica necesariamente una mejor recepción de la CDN en las leyes de los países, sí nos habla de una inmediata preocupación por crear espacios jurídicos, herramientas y reglas, para promocionar su cumplimiento. También nos muestra sociedades que priorizan el abordaje de ciertos cambios institucionales, posiblemente por considerar que los derechos de la infancia son una

prioridad en la agenda o por considerarlos la base necesaria para abordar otras necesidades sociales. En Brasil, se trata de una legislación derivada de un proceso normativo e institucional que ya se inicia con la modificación de su Constitución Nacional en 1988. No es casual entonces que esta ley, cuya previsión se encontraba presente en la Constitución (en su artículo 24, apartado XV), asomase al orden jurídico brasileño dos años después, conjuntamente con la ratificación del instrumento internacional. Esta ley posee un texto, a la vez, completo y escueto. Prevé varios principios fundamentales de la Convención aunque no hace hincapié en la integralidad. Se destaca especialmente la institucionalidad que adquiere en el Estatuto el fácil y rápido acceso a la Justicia (coincidentemente con los lineamientos que, al respecto, manifiesta la Convención).

Salvo el caso de Brasil, durante el período 1990-1999 sólo parecen generarse leyes como resultado de la agenda y de la presión internacional por los derechos humanos, en particular, por los derechos del niño. Por esta razón, los documentos suelen seguir patrones muy similares para la creación de instituciones. En algunos casos, arrastran deficiencias de sus propias representaciones sociales o tradiciones sobre la figura del “niño”, lo que obstaculiza la consideración del niño y la niña como sujetos de derechos. Por otra parte, estas leyes contemplan todos los principios generales en forma expresa, aunque no precisan ni anticipan los casos de aplicabilidad de estos principios en la vida cotidiana de los niños y las niñas. (VÉASE GRÁFICO 2.2.1)



Luego de implementar su reforma constitucional de 1994, Panamá dicta la Ley N° 3 de “Código de Familia”, que reúne bajo una estructura legal única las instituciones principales del Derecho civil de familia (matrimonio, divorcio, alimentos, tutela, curatela, etc.) y las normas de protección integral del “menor” y la familia, más toda la estructura del procedimiento jurisdiccional judicial de familia, aunque sin dejar atrás la doctrina de la situación irregular y la tutelaridad.

El caso del Código de Nicaragua, aun cuando presente algún déficit en cuanto a la creación de institucionalidad en términos de recursos o medios de reclamación rápidos y eficaces, merece una especial consideración ya que prevé que la falta de expresión de la opinión del niño en causas que le sean atinentes o afecten sus derechos, libertades y garantías, acarrea la nulidad absoluta de todo lo actuado en los procedimientos. También es destacable en esta norma su nivel de precisión sobre el

principio de interés superior, en todos los ámbitos en los que se espera su aplicación concreta.

Particularmente, el Código nicaragüense acerca el principio del interés superior del niño a las relaciones intrafamiliares, a las medidas administrativas que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, a los tribunales (durante la aplicación de medidas de protección), a los empleadores y otros agentes particulares (en todos los casos en los que se deba garantizar la lactancia materna y en aquellos otros en los que se encuentre en juego la separación del niño o la niña de la madre), y a las autoridades nacionales, municipales y de las regiones autónomas del país. Además, coloca el principio del interés superior como rector en la interpretación de las normas del mismo Código, lo que debería implicar una prevalencia de este principio en caso de choque con otro criterio interpretativo que resulte restrictivo de los derechos de la infancia.

En Honduras, se debe destacar la abundante presencia, en la Constitución, de artículos sobre los derechos del niño, los que incorporan los principios generales, incluso citando el texto original de la Convención. La Constitución (y también el Código) tiene algunas reminiscencias de la doctrina de la situación irregular, que colocan al niño como objeto de las normas y derechos, y no como verdadero sujeto. Esto impacta en forma directa sobre la escueta presencia del principio de respeto a la opinión del niño y en la consideración del niño como sujeto de derechos. En cuanto al resto de los principios generales, puede observarse que están todos presentes, e incluso se puede resaltar una especial dedicación al principio de no discriminación, mediante una profusa cantidad de artículos que postulan la igualdad de derechos y de acceso para todos los niños, con independencia de sus discapacidades, origen étnico o condición social. Principalmente, se destaca la consagración de ciertas previsiones que faciliten el acceso a los bienes culturales, según las diversas necesidades lingüísticas, la atención y rehabilitación de los niños discapacitados y el apoyo a las familias.

Finalmente, el Código de Costa Rica es el más completo de este primer período. La presencia de la totalidad de los principios generales y del paradigma de la integralidad como ejes rectores es notable, tanto por la extensión que ocupan en sus normas como por la profusión de ejemplos concretos de aplicación.

Más adelante, en la década actual, las leyes de protección integral van tomando características propias según el país donde se originan, es decir que se trata de normas más permeables a las decisiones y presiones de regulación interna que a las de orden internacional y, en consecuencia, se presenta una gran diversidad de contenidos. Aun así, hay ciertos criterios que perduran, pues derivan de la obligación de dar cumplimiento a los compromisos internacionales que plantea la CDN.

Actualmente, podría establecerse un grupo de países que conserva ciertas instituciones reñidas con los principios de la Convención, es el caso, por ejemplo, de Honduras, Guatemala (en cuanto al sistema judicial) o Perú (cuando se hace referencia a la situación irregular de las “pandillas perniciosas” y se establece que los menores de 18 años en conflicto con la ley podrán ser privados de libertad por un período de hasta seis años, o con la persistencia de la “Ley de mendicidad”). También se da el caso de países que establecen edades diferentes, según el sexo, para contraer matrimonio, como ocurre con México, Colombia, Venezuela, Panamá o Ecuador (aunque no se especifica en su Ley de protección integral sino en su legislación civil) y, hasta hace poco tiempo, Argentina (que modificó esta situación mediante la Ley N° 26.449 del 15 de enero de 2009, que enmienda el Código Civil).

LOS NIÑOS VÍCTIMAS DE CONFLICTOS: UNA PRIORIDAD DE ATENCIÓN

ANA IBÁÑEZ*

Las consecuencias del conflicto se escenifican en los medios de comunicación con la destrucción del capital físico: vías destruidas, edificaciones bombardeadas, oleoductos incendiados, entre muchas otras. Pero poco se percibe y discute el alto impacto que tiene un conflicto armado sobre el capital humano de un país. Personas en edades productivas mueren, los niños dejan de asistir a la escuela para evitar la violencia, los campesinos son obligados a trabajar en las ciudades, donde su capital humano no es reconocido, la desnutrición en áreas de conflicto y entre las poblaciones desplazadas por la violencia es generalizada, y los jóvenes deben abandonar sus estudios para compensar las caídas en los ingresos de sus familias debido a la guerra. Esto sin mencionar los traumas y la violencia a la cual son expuestas las personas día a día, lo que les ocasiona un estrés postraumático que impide el accionar cotidiano.

La destrucción de capital humano, a diferencia del capital físico, es en algunos casos irreversible. La desnutrición y la carencia de educación y estímulos en la infancia temprana no se recuperan en años posteriores, aunque se inviertan sumas elevadas para intentar hacerlo. Los niños que son víctimas de conflictos en su infancia temprana sufren pérdidas presentes de capital humano que en un futuro pueden significar salarios menores, un desempeño laboral deficiente y dificultades para consolidar un proyecto de vida. Las pérdidas presentes de capital humano son altas, perduran

para toda la vida y pueden condenar a sus víctimas a la pobreza. Pese a esto, la protección de los niños no representa una clara prioridad en épocas de conflicto.

La población colombiana en condición de desplazamiento es un ejemplo de la vulneración de los derechos de la primera infancia en épocas de conflicto. Las acciones de los grupos armados ilegales y la debilidad institucional de muchas regiones del territorio colombiano dejaron a un alto porcentaje de la población civil a merced del conflicto. La lucha por la tierra y por el control del territorio ocasionó la migración masiva de la población del campo hacia la ciudad. Pero esta historia reciente de Colombia no es una excepción en América Latina. En décadas pasadas, países con conflictos, como Guatemala, Nicaragua, Perú y El Salvador, también vivieron el fenómeno del desplazamiento.

La vulneración de los derechos de los niños se inicia desde la etapa previa al desplazamiento forzoso. Los niños son víctimas directas de la violencia, debido al reclutamiento forzoso, a las agresiones sexuales y al ser testigos de la violencia contra su familia, amigos y vecinos, antes de migrar. El proceso de migración posterior se realiza bajo condiciones bastante precarias, con una alimentación insuficiente y condiciones sanitarias deficientes, lo que incrementa el riesgo de desnutrición y de propagación de enfermedades.

El proceso de asentamiento en los municipios de recepción tiene matices

*Profesora Asociada de la Facultad de Economía de la Universidad de los Andes y Directora del CEDE. Su investigación académica se ha concentrado en el análisis microeconómico del conflicto; en particular, en el estudio de los costos económicos del crimen y del conflicto, y en las causas y consecuencias de los desplazamientos forzosos.

negativos pero también positivos. Por ejemplo, el acceso a la educación aumenta para los niños desplazados. Un estudio de Moya e Ibáñez encuentra que la asistencia escolar para niños menores de 18 años antes del desplazamiento era del 54% y, una vez que se asientan en el lugar de recepción, ésta sube al 72%. Esto no resulta sorprendente, ya que la oferta educativa en las áreas urbanas es más alta que en las rurales y, por lo tanto, las escuelas de ciudad pueden absorber mayor población en edad escolar.

La pérdida de capital humano no surge entonces por obstáculos en la asistencia escolar, sino que surge por las dificultades de los hogares desplazados para compensar las caídas de ingreso y activos, que son consecuencia del desplazamiento. La baja capacidad para generar ingresos obliga al retiro escolar de los jóvenes desplazados, quienes deben vincularse a los mercados laborales a muy temprana edad. Además, los eximios ingresos de los hogares desplazados en algunos casos implican que, pese a contar con el acceso a la escuela, los niños no asistan a ella por carecer de recursos para comprar útiles, pagar el transporte y sufragar otros costos asociados a la educación. La alta desnutrición infantil de la población desplazada, como lo demuestran estudios del Programa Mundial de Alimentos, también dificulta los procesos de aprendizaje de estos niños y niñas.

En 1997, el Estado colombiano decidió adoptar una legislación progresista, única en América Latina, para evitar y mitigar el impacto de los despla-

mientos. Respecto del tema de la infancia temprana y la educación, la legislación estipula la asignación de subsidios condicionados a las familias desplazadas y, a través del programa “Familias en Acción”, obliga a la gratuidad escolar para esta población, ordena su priorización en el otorgamiento de cupos escolares y plantea la necesidad de diseñar programas de educación especiales en caso de que así se requiera.

Si bien con esto la legislación pretende evitar la interrupción y la deserción escolar, aún parece quedarse “corta”, tal como lo demuestran las cifras de cobertura. Esto evidencia que el otorgamiento del cupo escolar para las víctimas de conflictos resulta inocuo, si no se establecen condiciones económicas estables para los hogares. Cuando las familias no pueden generar recursos suficientes para tener una vida digna, recurren a la mano de obra infantil o retiran a sus hijos de la escuela para que permanezcan encerrados en sus casas. La ociosidad de los jóvenes desplazados en barrios de bajos recursos y con la presencia de grupos armados o criminales ha aumentado el riesgo de reclutamiento de éstos para actividades criminales o para engrosar las filas de los grupos armados ilegales.

La atención de víctimas de conflicto y la protección de los niños y niñas requiere ir mucho más allá de otorgar un cupo escolar. Es fundamental garantizar la estabilidad económica de los hogares, para así proteger a niños y jóvenes, quienes son el futuro de una sociedad que propenda hacia la reconciliación y la reconstrucción tras años de conflicto.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN) EN LAS LEYES DE PROTECCIÓN INTEGRAL

Podría afirmarse que existe un grupo de países que opta por una técnica legislativa más abstracta, con una simple enunciación, definición o declaración de los principios generales de la CDN. Entre ellos están Perú, Argentina, Uruguay, Paraguay, Colombia y Guatemala. Una mayor precisión podría reconocérsele al texto del Código de la Niñez de Bolivia, que dedica gran parte de sus artículos al principio de no discriminación y algunos al interés superior. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el niño como sujeto de derechos o con el respeto de su opinión en todos los procesos que lo afecten ya que, aunque tales principios no están ausentes, se delinean brevemente y no se trasladan al marco de instituciones fundamentales que garanticen su efectividad, como el acceso a la Justicia o a los mecanismos de reclamo administrativo *in extenso*.

Otro grupo de países asigna en sus textos legislativos una importancia mayor a unos principios generales en relación con otros. Éste es el caso de México respecto del principio de no discriminación o el derecho a que se respete la opinión del niño, aunque la alusión al interés superior resulta un tanto frágil.

El Código de Ecuador es un ejemplo notable del primer período de formación de leyes de protección integral. En cuanto a los principios generales, puede observarse que éstos “bajan” a cada acción concreta que afecta la vida de los niños y niñas, estableciendo que las prácticas administrativas, pedagógicas, formativas, culturales tradicionales, de protección, atención, cuidado y de cualquier otra clase que se realicen deben respetar los derechos y garantías de los niños y niñas, y excluir toda forma de maltrato y abuso. Abundante en institucionalidad y recursos para el aseguramiento de la efectividad, esta norma implementa medidas que involucran la activa participación de todos los poderes del Estado, lo que provoca mutuos controles y la participación de la sociedad civil en las instancias locales, tanto en el diseño como en la implementación de las políticas.

En cuanto a completud y técnica legislativa, también merecen destacarse las leyes de protección integral de Venezuela, El Salvador y República Dominicana. La primera de ellas se extiende en el detalle de los principios generales, particularmente sobre el principio de no discriminación, sin olvidar el resto, con un complejo y extendido diseño de instituciones que procuran dar efectividad de cumplimiento. En el caso de las leyes de El Salvador y República Dominicana, se observa que todos los principios merecen igual dedicación normativa.

¿QUÉ ES UN NIÑO, SEGÚN LA NORMA?

Un punto especialmente relevante para valorar los avances legislativos en la temática de la infancia es el concepto de “niño” que ofrece la legislación de cada país, no solamente porque con ello se define al sujeto al que se le reconocen derechos o imputan obligaciones, sino porque el concepto mismo es un sensible termómetro acerca de las tradiciones y representaciones sociales que existen sobre el rol del niño, como sujeto (u objeto) de derechos y políticas, y sobre el respeto a su opinión en todos los ámbitos de su sociabilidad.

En cuanto a la determinación del momento en que se inicia la protección de la infancia según las leyes observadas, hay un grupo de países que se manifiesta expresamente en favor de la relevancia jurídica de “la concepción” en la definición del sujeto de derechos. En algunos casos, estas legislaciones civiles (que en la región se encuentran predominantemente influenciadas por el derecho continental europeo) aclararán con respecto a los derechos que “la persona por nacer” adquiere los derechos bajo la condición de “nacer y permanecer con vida”, aunque sea unos momentos después de ser separado del seno materno. (VÉASE TABLA 2.2.2)

TABLA 2.2.2
Países de América Latina, según conceptualización de inicio de la niñez en las Leyes de Protección Integral

DESDE LA CONCEPCIÓN	DESDE EL NACIMIENTO	NO ESPECIFICA EL INICIO
Costa Rica	Honduras	Brasil
Argentina	Perú	México
Bolivia	República Dominicana	Nicaragua
Ecuador	Colombia	Uruguay
Guatemala		Paraguay
El Salvador		Venezuela
Panamá		

FUENTE: SITEAL.

Otro grupo consigna expresamente “el nacimiento” como comienzo de la consideración de la personalidad, lo que no implica que en esas leyes de protección integral y códigos no se encuentren consideradas la atención prenatal y la protección del embarazo. Finalmente, un grupo mayoritario de países opta por no definir en las leyes de protección integral o en los códigos de la niñez el punto desde el cual se considera al niño o niña como tal sino por definir “hasta cuándo lo es”, una técnica legislativa que oportunamente también fue asumida por la CDN.

Un interesante punto en cuanto a la evolución legislativa de la región puede determinarse al observar si el concepto de “niño” asume criterios biológicos de madurez diferentes según se trate de hombre o mujer, tanto desde la definición misma como desde ciertas instituciones fundamentales, por ejemplo, el estado civil. En cuanto a la definición de “niño” (con excepción de Honduras, que conserva en su LPI los criterios biológicos de madurez diferenciados), el resto de las leyes integrales o códigos de la región ha considerado un límite legal común para el niño y la niña, que varía entre los 11 y los 13 años de edad. En ciertos casos, esta definición no se encuentra en la ley sino en el Código Civil de cada país, bajo la vetusta definición de “menores impúberes” y, en otros casos, como en Colombia, se establece el límite en 12 años en la LPI, sin modificar el concepto del Código Civil que diferencia “infante”, hasta los 7 años de edad, de “menor impúber”, con diferencia según sexo, y “menor adulto”. (VER TABLA 2.2.3)

La elección de una definición de “niño” implica, claramente, una declaración de orden político de los Estados en sus leyes, ya que en esa elección se encuentra comprendido el debate sobre el inicio de la vida, un tema extremadamente sensible en los países observados. El dato más relevante que se obtiene a partir de la lectura de las normas se refiere a la lentitud observada en el proceso de adecuación legislativa que busca desterrar diferencias según sexo.

TABLA 2.2.3
Países de América Latina, según posicionamiento respecto a la finalización de la niñez

CONCEPTO DE NIÑO UNIFICADO POR SEXO	Panamá (hasta los 13 años según la Ley de la Sec. de la Niñez) Brasil (hasta los 12 años) Nicaragua (hasta los 12 años) Bolivia (hasta los 12 años) Perú (hasta los 12 años) Argentina (hasta los 14 años según el Código Civil) México (hasta los 12 años) Colombia (hasta los 12 años en choque con el Código Civil) Uruguay (hasta los 13 años) Ecuador (hasta los 11 años) Paraguay (hasta los 13 años según el Código Civil) República Dominicana (hasta los 12 años) Venezuela (hasta los 12 años) El Salvador (hasta los 12 años) Costa Rica (hasta los 12 años)
CONCEPTO CON DIFERENCIA SEGÚN SEXO	Honduras (hasta los 12 en varones y 14 en las mujeres)

FUENTE: SITEAL.

3. LA INSTITUCIONALIDAD PREVISTA EN LAS LEYES DE PROTECCIÓN INTEGRAL

A la hora de evaluar desde el diseño jurídico la transformación institucional que asumen como obligación los Estados, para hacer frente a los exigentes compromisos de la CDN, puede agruparse a los países según ciertos criterios de diseño de su propia organización. Un primer grupo de países realiza una modificación de la organización ejecutiva para dar cabida a un área especializada en Niñez y adolescencia, aun cuando en algunos casos los países afirman crear un “sistema integral”. En general, como podrá observarse, no comprometen innovaciones profundas en los modos de diseño, ejecución o fiscalización de las políticas como tampoco en los sistemas judiciales especiales. (VÉASE TABLA 2.3.1)

Podría señalarse que Perú y Honduras, dentro de este primer grupo, no profundizan en innovaciones institucionales sino que más bien engarzan en estructuras organizativas ya existentes las competencias atinentes a la niñez. Según la letra de su Código, Perú se propone crear un sistema de protección integral, aun cuando en los hechos crea o amplía una estructura administrativa en el nivel nacional, que se encuentra dirigida por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, el que en un principio estableció para su ejecución un segundo nivel ejecutivo –la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes–, luego devenido en un departamento del área. Prevé asimismo en la norma replicar ese órgano ejecutivo en el nivel regional o municipal –a instancias de la autoridad local–, mientras la coordinación queda a cargo del ente rector nacional. En cuanto a las entidades encargadas de dar recepción a las denuncias o representación y asesoramiento, Perú crea Defensorías en instancias administrativas y Fiscalías y abogados de oficio en la instancia judicial especializada en familia. Pero no innova en las competencias ni en la ejecutividad y autonomía de estas instituciones, que conservan el sesgo de la organización judicial tradicional. (VÉASE TABLA 2.3.2)

Honduras encomienda la atención integral de la niñez a la Junta Nacional de Bienestar Social, encargada de todas las etapas de realización de las políticas. Su modo de replicar estas políticas en el nivel local es la desconcentración de competencias mediante la creación de Procuradurías o Consejerías de familia, eminentemente integradas por las

TABLA 2.3.1

Países de América Latina, según institucionalidad prevista en sus Leyes de Protección Integral

PAÍSES	CREA SISTEMAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL	CREA O ENCOMIENDA TAREAS A ÓRGANOS DE GOBIERNO O EJECUTIVOS	CREA INSTITUCIONES ADMINISTRATIVAS DESCENTRALIZADAS	CREA CONSEJO NACIONAL O FEDERAL	CREA INSTITUCIONES JUDICIALES ESPECIALIZADAS	DEFENSOR O PROCURADOR DEL NIÑO INDEPENDIENTE DEL PODER EJECUTIVO	CREA DEFENSOR DEL NIÑO, PROCURADOR O CONSEJERÍA A NIVEL NACIONAL	CREA DEFENSORÍAS, PROCURADOR O CONSEJERÍAS LOCALES
Paraguay	●	●	●	●	●		●	
Perú		●	●		●			●
Guatemala		●	●		●	●	●	
Honduras		●			●			●
Nicaragua		●				●	●	
Uruguay		●		●	●			
Argentina		●		●	●	●		
Colombia	●	●	●		●	●	●	●
México				●			●	
Brasil			●	●	●			
Rep. Dominicana	●	●	●	●	●			●
Bolivia		●	●	●	●	●		●
Ecuador	●	●	●	●	●	●		●
Costa Rica		●	●	●				●
Panamá		●		●	●			
El Salvador	●	●	●	●	●	●	●	●

FUENTE: SITEAL.

TABLA 2.3.2

Países de América Latina, según rango jerárquico de las áreas de políticas orientadas a la infancia

PAÍSES	RANGO MINISTERIAL	SECRETARÍA	DIRECCIÓN	DEPARTAMENTO	COMISIÓN O CONSEJO ESTADO-SOCIEDAD
Paraguay	●				
Perú				●	
Guatemala					●
Honduras					●
Nicaragua					●
Uruguay					●
Argentina		●			
Colombia		●			
México		●			
República Dominicana	●				
Bolivia					●
Ecuador	●				●
Costa Rica					●
Panamá		●			
El Salvador	●				●

FUENTE: SITEAL.

autoridades estatales, sin participación de la sociedad civil. Tampoco innova en el diseño judicial especial.

En la misma línea, Guatemala o Nicaragua crean estructuras especializadas, pero de la organización ejecutiva, y coordinan con los municipios o regiones la ejecución. Guatemala no crea un sistema integral, sino que opta por fundar una estructura administrativa nacional denominada Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia y replicarla en el nivel municipal. Ambas instancias diseñan o formulan políticas pero la ejecución, según la ley, corresponde a los diferentes organismos administrativos por materia (Trabajo, Salud, Educación); de este modo, se establece un valladar a la preconizada –desde la letra de la ley– “protección integral”. En su configuración,

EL ENFOQUE DE DERECHOS EN LAS POLÍTICAS PARA LA PRIMERA INFANCIA

VÍCTOR ABRAMOVICH*

* Abogado con Maestría en Derecho Internacional (LLM) en Washington, College of Law de American University; profesor adjunto regular de la materia Derechos Humanos, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor titular regular de la Cátedra de Derechos Humanos, en la Universidad Nacional de Lanús (UNLA). En 2005 fue electo miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA para el período 2006-2010, donde también es Relator sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

El denominado “enfoque de derechos” considera el derecho internacional de los derechos humanos como un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional, capaz de orientar el proceso de formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas y las estrategias de desarrollo. Estos estándares jurídicos sirven para fijar un marco para la definición de las políticas y estrategias de intervención, tanto de los Estados como de los actores sociales y las agencias pertinentes, y para establecer una vara o criterio común durante la fiscalización y evaluación posterior de esas políticas, lo que otorga un contenido más preciso a los principios y derechos que se ponen en juego.

En tal sentido, uno de los principales aportes de este enfoque consiste en dotar a las estrategias de desarrollo de un marco conceptual explícito, a partir del cual puedan inferirse elementos valiosos para reflexionar sobre los diversos componentes de las políticas sociales. Este marco conceptual también contribuye a definir con mayor precisión las obligaciones de los Estados a la hora de cumplir con su deber de garantizar los derechos involucrados y hacerlos efectivos.

En líneas generales, la introducción del enfoque de derechos procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas públicas, para que el punto de partida no descansa en la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino ante la presencia de sujetos con derecho a requerir determinadas acciones, prestaciones

y conductas. Los derechos establecen obligaciones correlativas y éstas requieren mecanismos de exigibilidad y responsabilidad. Asimismo, el discurso de derechos humanos enriquece el debate, dota de mayor legitimación y fuerza a los reclamos y sirve para modificar la lógica desde la que se perciben muchas de las actividades y prestaciones del Estado. Por otra parte, estos cambios demandan a los Estados un rol más activo y menos neutral, como garantes no sólo del reconocimiento de los derechos, sino también de la posibilidad real de ejercerlos.

En el derecho internacional de los derechos humanos, el concepto de “igualdad” evoluciona gradualmente desde una definición formal a una sustantiva, desde la idea de igualdad como no discriminación hacia una idea de igualdad como protección de grupos subordinados. Este cambio conceptual exige tener en consideración no sólo la igualdad de trato ante la ley, sino también el impacto discriminatorio de medidas y políticas que, en apariencia, parecen ser neutrales. Esto significa que se evoluciona desde una noción clásica de igualdad formal (que apunta a la eliminación de privilegios o de diferencias irrazonables o arbitrarias, y que demanda del Estado una suerte de neutralidad o “ceguera” frente a la diferencia), hacia una noción de igualdad sustantiva, que demanda del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, mediante la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación.

Esta última noción presupone un Estado que abandone su neutralidad y que cuente con herramientas de diagnóstico de la situación social, que le permitan saber qué grupos o sectores deben recibir en un momento histórico determinadas medidas urgentes y especiales de protección y para también medir adecuadamente el impacto diferenciado de las políticas y los servicios públicos sociales. La protección de grupos subordinados no se realiza exclusivamente a través de medidas distributivas, sino también mediante políticas de reconocimiento, que ataquen los estereotipos de género, el machismo y el racismo, tan arraigados en las sociedades latinoamericanas.

Los Estados se encuentran obligados por la Convención sobre los Derechos del Niño a reconocer los derechos emanados de su texto pero también a adoptar medidas para alcanzar progresivamente la efectiva realización. Estos derechos se estructuran en torno a la consideración central del niño y la niña como sujetos de derechos y a la necesidad de brindarles protección especial, debido a que se trata de sujetos en crecimiento. Los derechos reconocidos en la Convención constituyen un nuevo paradigma conceptual en relación con los anteriores modelos tutelares (centrados en la concepción de los “menores”), e imponen a los Estados la obligación general de adecuar y armonizar sus

legislaciones locales a los principios que establece la Convención. Esto puede ocasionar la necesidad de construir una legislación general sobre el tema, pero también la de crear legislaciones específicas sobre determinadas materias.

Por otra parte, los Estados deben establecer políticas públicas que, además del enfoque de derechos, contengan un “enfoque de niñez” y contribuyan a la realización efectiva de los derechos de todos los niños y las niñas. De la misma manera, esto implica tanto la adopción de políticas generales que tengan en cuenta sus derechos fundamentales, como también la adopción de un enfoque transversal que, con perspectiva de género, observe los intereses, necesidades y derechos de los niños y niñas en materias particulares, por ejemplo, en el caso de la legislación penal o la legislación sobre salud, vivienda y empleo (para el caso de los adolescentes en edad de trabajar) o respecto de algunos grupos sociales en particular, como los pueblos indígenas y las poblaciones migrantes. Los estándares internacionales de derechos humanos pueden ayudar a precisar los contenidos y directrices de estas políticas públicas, no sólo de aquellas dirigidas a la niñez y la infancia, sino también de toda política que pueda afectar los derechos de la niñez de manera indirecta.

merece resaltarse la integración de la sociedad civil a través de organizaciones no gubernamentales, cuyos integrantes serán elegidos por los procedimientos propios de cada grupo. Nicaragua, por su parte, a través de su Consejo Nacional, también diseña y coordina la ejecución y, en este caso, participa un representante de los niños.

En el caso de Guatemala también se crean instituciones judiciales: tribunales y procuradurías, según el esquema tradicional judicial y un Defensor de la Niñez, dependiente del Procurador de los Derechos Humanos e independiente del Poder ejecutivo, este último con facultades de representación en juicio. Como curiosidad y a diferencia de esto último, Nicaragua crea dentro del “Consejo Nacional de Atención Integral” una Defensoría del niño, encargada de recibir e investigar las denuncias de incumplimiento o violación al Código y de resolver, en sede administrativa, sumariamente la aplicación de medidas de protección especial. La derivación a la Justicia sólo se vuelve necesaria ante actos delictivos. (VÉASE TABLA 2.3.3)

TABLA 2.3.3
Países de América Latina, según alcance de las competencias regulatorias establecidas en las Leyes de Protección Integral

PAÍSES	REGULA POLÍTICA NACIONAL ÚNICAMENTE	REGULA Y COORDINA NIVELES DE EJECUCIÓN NACIONALES Y LOCALES
Paraguay		●
Perú		●
Guatemala		●
Honduras		●
Nicaragua		●
Uruguay		●
Argentina	●	
Colombia		●
México	●	
República Dominicana		●
Bolivia		●
Ecuador		●
Costa Rica		●
Panamá	●	
El Salvador		●

FUENTE: SITEAL.

En el caso de México, puede observarse que el Código del niño no contiene más que unas escasas reglas genéricas sobre el diseño institucional y, en esa línea, establece la Procuración del Niño, Niña y Adolescente, con facultades que sólo se presentan ligeramente definidas (vigilancia, supervisión, formulación de políticas). Ante tal carencia, cabe pensar que la estructura administrativa nacional se ha visto poco modificada a raíz del Código, y la estadual o local, aún menos, dado que se trata de un país federal, cuyos estados conservan importantes espacios de autonomía en la creación de instituciones.

Aun con la consagración legal de la integralidad como regla, Uruguay y Argentina crean estructuras organizativas o consultivas especializadas pero mantienen intactas las responsabilidades de ejecución de las políticas, sin involucrar o comprometer esfuerzos de coordinación innovadores. Uruguay crea un Consejo consultivo con representación de todos los órganos sectoriales y de las organizaciones no gubernamentales, para la elaboración de políticas cuya ejecución sigue como tarea de los ministerios. Las denuncias o los reclamos por violación de derechos continúan a cargo del Poder judicial exclusivamente, por lo que no existe una instancia administrativa previa autónoma ni de simple derivación (con la sola excepción de los jueces de paz, en los municipios del interior del país).

Argentina, por su parte, crea la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Social, que elabora el Plan Nacional de Acción y encabeza el Consejo Federal de la especialidad, donde se encontrarán representados los gobiernos provinciales. Se trata de un órgano federal de coordinación pero que no ejecuta por sí ni ante sí política alguna; en todo caso, éstas permanecen en los niveles de gobierno provinciales y, dentro de ellos, en cada área o sector organizativo (Salud, Educación, entre otros). También se crea un órgano de vigilancia y denuncia independiente, que reporta al Poder legislativo (pero que aún se encuentra pendiente de creación). La justicia especializada ya había sido creada a la fecha de sanción de la LPI en Argentina, y es necesario aclarar que la creación y el funcionamiento del fuero de familia es una competencia derivada de la autonomía de cada provincia. Sin embargo, merece destacarse que la incorporación legal en el ordenamiento nacional de los criterios emanados de la CDN colabora sensiblemente para una mayor efectividad y un mayor activismo judicial en la especialidad.

En un segundo grupo se encuentran los países que, desde la norma, proponen la creación de un verdadero “sistema”. Aunque también hay matices de calidad en la técnica legislativa, en general, este criterio es el nacimiento de una instancia especializada, de diseño y ejecución integral unificada, con una articulación transversal en cuanto a las áreas sustantivas que la componen, integración de la sociedad civil desde el inicio del proyecto, descentralización en la atención directa de los sujetos de derecho, creación de sistemas de acceso a los reclamos en instancia administrativa y una Justicia flexible y especializada.

En esta línea, Paraguay crea un Sistema de protección integral y coloca como cabeza a un órgano ejecutivo con rango ministerial que preside el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia y promueve la creación de Consejos locales. Según la letra de la ley, una Secretaría ejecuta la política que crea “el sistema”, poniendo en ejecución los planes y programas, y es a la vez órgano de registro y fiscalización de las entidades dedicadas a la niñez. El Consejo Nacional está diseñado como un órgano que integra transversalmente los distintos departamentos ejecutivos (Educación, Cultura, Salud, Justicia, Trabajo) y al Ministerio Público (acusador y defensor). Pero también parece estar pensado para integrar verticalmente los niveles de gobierno involucrados en la política, ya que está integrado por los Consejos departamentales. Tiene como función tanto diseñar políticas como aprobar las políticas diseñadas por la Secretaría, con lo cual se sobreentiende que constituye en sí mismo una instancia de elaboración y diseño, de la que no participa la sociedad civil en forma directa. En los Consejos departamentales del Paraguay se integran las entidades no gubernamentales dirigidas a la infancia y los Consejos municipales. Estos últimos son los que tendrían a su cargo el desarrollo de los programas de atención directa. (VÉASE TABLA 2.3.4)

En lo que este país no innova es en los mecanismos institucionales de reclamo, pues puede observarse que la Consejería municipal paraguaya tiene, entre otras funciones más burocráticas, la de recibir y dar intervención en los casos de denuncias de violación o incumplimiento de derechos (junto con su posterior derivación al Poder judicial), y también la tarea de brindar asesoramiento y orientación a la familia. Sin embargo, como no constituye una verdadera instancia administrativa, no evita la judicialización innecesaria de algunos casos de incumplimiento de derechos.

Entre estos países, puede resaltarse que Colombia crea un verdadero entramado institucional, complejo y en algún caso superpuesto, pero a la vez comprensivo de todas las instancias de acceso a reclamos, representación y reparación de derechos hasta ahora

TABLA 2.3.4
Países de América Latina, según características del sistema de acceso a reclamos del cumplimiento de los derechos

PAÍSES	VERDADERA INSTANCIA ADMINISTRATIVA	INSTANCIA DE ASESORAMIENTO Y DERIVACIÓN A LA JUSTICIA	INSTANCIA DE REPRESENTACIÓN DEL NIÑO	DENUNCIAS SÓLO ANTE ÓRGANOS JUDICIALES
Paraguay		●		
Perú		●	●	
Guatemala		●	●	
Honduras		●	●	
Nicaragua	●			
Uruguay				●
Argentina		●	●	
Colombia	●		●	
México		●	●	
República Dominicana	●			
Bolivia	●			
Ecuador	●		●	
Costa Rica	●		●	
Panamá				●
El Salvador	●		●	

FUENTE: SITEAL.

conocidas. En el nivel administrativo conserva al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como ente rector del sistema integral y prevé tener presencia en los municipios y regiones a través de las Comisarías de familia. También crea las Defensorías de familia, encargadas de velar por una resolución rápida de los conflictos que involucren incumplimiento o violación de derechos de la infancia y la adolescencia. El defensor tiene facultades de instrucción de las denuncias, de resolución ante la necesidad de dar pronta garantía a los derechos involucrados y de adopción de medidas de restablecimiento de derechos. También puede denunciar y promover acciones judiciales, cuando fuere necesario y cuando existiere un delito. Por lo tanto, se trata de una verdadera instancia administrativa de resolución de conflictos y la judicialización sólo se da ante casos donde la ley procesal expresamente lo exija o ante hechos ilícitos. Las Comisarías de familia, también creadas por la ley, tienen funciones administrativas y funciones de prevención y reparación, superpuestas en algunos puntos con las Defensorías. En el nivel judicial, las funciones de representación también incumben a los procuradores de familia.

Podría acordarse que semejante diseño institucional tiene una pretensión de omnipresencia respecto de la salvaguarda de los derechos de los niños y, si esto es así, no puede menos que destacarse. Queda claro que las incumbencias de los principales ministerios sustantivos permanecen intocadas en el sistema integral, con lo cual los niveles de ejecución continúan siendo sectoriales, aunque con voluntad de coordinación.

La Ley de infancia de Brasil, por su parte, diseña un Consejo Tutelar de los derechos de la infancia que tiene presencia en los municipios. Sus integrantes son elegidos por el voto de los habitantes de cada municipio. En el nivel judicial, Brasil cuenta con justicia especializada y el ministerio público destina un área especializada a la defensa de los intereses del niño, tanto desde la aplicación de medidas de protección como desde la representación de los niños o las familias en los reclamos judiciales. La estructura judicial es tradicional, sin embargo, el acceso a través de figuras sumarísimas, como los mandamientos de garantía o aseguramiento y los mandamientos de intimación –de raíz constitucional–, le dan forma, antes que en ningún otro país de la región, a un acceso jurisdiccional pleno a los derechos humanos, sociales y a los intereses difusos o colectivos.

República Dominicana crea un sistema integral amplio, liderado por el Consejo Nacional para la Niñez y Adolescencia. Éste está integrado por un Directorio (órgano ejecutivo) y una Oficina Nacional (órgano consultivo), y estas instancias se replican regionalmente y en cada municipio. También se crean Juntas locales de protección y restitución de derechos, cuyos miembros son elegidos por el voto asambleario de las instituciones no gubernamentales registradas ante el Directorio municipal. Esta última es una verdadera instancia administrativa que incluye la recepción y tramitación de denuncias, lleva adelante los procesos de protección y restitución de derechos, toma medidas de aseguramiento, protección y restitución de derechos y sólo recurre a la Justicia ante el incumplimiento de esas órdenes emitidas. El niño y el adolescente tienen derecho a presentar por sí mismos denuncias de actos cometidos en su contra. En caso de que exista un hecho que constituya delito, interviene la Justicia especializada, que está constituida por Tribunales, una Corte de apelación y una Corte de los niños, con la participación del Ministerio Público también especializado en infancia y adolescencia.

En Bolivia, se ha conformado el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, con facultades propositivas, de consulta y evaluación de las políticas y los servicios integrales para la niñez y adolescencia en el ámbito nacional. Este Consejo está conformado por representantes del Poder ejecutivo, de la Iglesia Católica, de las Comisiones Departamentales de la Niñez y Adolescencia y de organizaciones de la sociedad civil, con personalidad jurídica y que trabajen en el área de la Niñez y adolescencia sin fines de lucro. Asimismo, las Comisiones Municipales de la Niñez y Adolescencia están conformadas por representantes de los Concejos municipales y de la sociedad civil relacionadas con actividades en favor de la niñez y adolescencia de cada municipio. Sus funciones se orientan a formular políticas de protección y defensa de la niñez y adolescencia en cada jurisdicción, fiscalizar la ejecución de políticas y programas, así como promover actividades de sensibilización para desarrollar una cultura en favor de la niñez y adolescencia.

En cuanto al acceso a la Justicia, se crean mediante la LPI boliviana las Defensorías de la Niñez y Adolescencia, como un servicio municipal gratuito de protección y defensa. Éstas pueden presentar denuncias e intervenir en instancias administrativas y judiciales sin necesidad de mandato expreso, disponer medidas de protección legal, brindar orientación a las familias, prevenir situaciones críticas e intervenir cuando entran en conflicto los intereses de los padres, tutores o cuidadores y los niños, haciendo prevalecer el interés superior. Por el artículo 213 de la ley, se garantiza el acceso en condiciones de igualdad a todas las instancias de la justicia a todo niño y niña, existiendo una jurisdicción especial en niñez y adolescencia.

Mediante el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, se crea un Sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y adolescencia que está integrado por tres niveles de organismos: 1) los organismos de definición, planificación, control y evaluación de políticas, que son el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia; 2) los organismos de protección, defensa y exigibilidad de derechos, que son: las Juntas Cantonales de Protección de Derechos y la Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia; y 3) los organismos de ejecución de políticas, planes, programas y proyectos, que son las entidades públicas y privadas de atención.

Todas estas entidades están integradas por representantes de las ONGs y agrupaciones comunitarias de la especialidad, quienes son elegidos por colegios electorales; los representantes de organizaciones indígenas y afroecuatorianas son electos de acuerdo con sus normas y costumbres. Las juntas cantonales son integradas por miembros pro-

puestos por la sociedad civil, y su objetivo fundamental es la protección de la infancia, pero no por medio de la judicialización innecesaria sino por medio de la conciliación y reparación de derechos. En estos procedimientos, la facultad de iniciar una acción administrativa de protección tiene como sujeto al niño o a la niña, a cualquier miembro de su familia ampliada, a la defensoría del pueblo, a las defensorías comunitarias y a cualquier persona u entidad que tenga interés en ello.

El Código de Costa Rica también diseña un sistema liderado por un Consejo Nacional, como entidad de elaboración de políticas, diseño y control. La organización del esquema de protección integra en este organismo algunas estructuras preexistentes, como el Patronato Nacional de la Infancia, al que se encuentran adscritas las nuevas juntas de protección a la niñez y adolescencia. Pero una novedad es que en su integración participa un representante de los adolescentes de la comunidad, quien actuará con voz y voto. Luego se encuentran los Comités tutelares, cuya función principal es actuar como centro de mediación en la resolución de conflictos.

En cuanto al acceso a un sistema sencillo de reclamos y denuncias, se observa que, en las regiones, las oficinas del Patronato Nacional de la Infancia pueden tramitar en sede administrativa un proceso especial de protección y tomar medidas de garantía o reparación inmediatas, con la obligación de derivar los casos que constituyan delitos. En Costa Rica, se cuenta con una estructura judicial especializada y se les otorga derecho de denuncia a todos los niños, niñas y adolescentes. Aunque para recurrir a los tribunales, debe primero transitarse la instancia administrativa del patronato. En cuanto a El Salvador, puede observarse que su flamante LPI, sancionada en marzo de 2009, todavía no ha entrado en vigencia (una instancia que se espera para abril de 2010). (VÉASE TABLA 2.3.5)

TABLA 2.3.5
Países de América Latina, según especificidad del compomiso presupuestario orientado a la niñez

PAÍSES	RECURSOS DEL PRESUPUESTO SIN ESPECIFICAR	RECURSOS ESPECÍFICOS O FIJACIÓN DE PORCENTAJE DEL PRESUPUESTO TOTAL	NO PREVEÉ RECURSOS
Paraguay	●		
Perú			●
Guatemala	●		
Honduras	●		
Nicaragua	●		
Uruguay	●		
Argentina	●		
Colombia	●		
México			●
República Dominicana		●	
Bolivia	●		
Ecuador		●	
Costa Rica		●	
Panamá	●		
El Salvador	●		

FUENTE: SITEAL.

Otro punto especialmente relevante para evaluar la calidad de la creación o transformación institucional es el grado de compromiso presupuestario, adquirido con nivel legal. En este sentido, sólo tres países, todos ellos del segundo grupo, son capaces de precisar porcentajes de su presupuesto para sufragar los sistemas. Estos países son República Dominicana, Ecuador y Costa Rica.

4. LAS LEYES DE PROTECCIÓN INTEGRAL Y LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN O PROTECCIÓN

Las medidas de protección y restitución de derechos son disposiciones provisionales y excepcionales, emanadas de la autoridad competente, que tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños y niñas que se encuentren en condiciones de amenaza, vulneración y/o violación flagrante de sus derechos. Esta amenaza, vulneración o violación de derechos puede provenir de la acción u omisión de cualquier persona física, moral, pública o privada. En principio, las medidas de protección y restitución de derechos constituyen una modalidad de sentencia alternativa de conflictos sociales, orientada a la desjudicialización, en el ámbito administrativo, de estos casos, siempre que las acciones de los actores involucrados no constituyan delitos. Esta concepción varía levemente según los esquemas judiciales y administrativos de los distintos países, y aún existe gran cantidad de ellos que asigna la adopción de estas medidas al Poder judicial.

La Tabla 2.4.1. muestra las principales órdenes o medidas de protección y restitución de derechos que se utilizan en las LPI de la región. Algunos países no incluyen en sus Códigos de niñez o LPI las sanciones, órdenes o medidas protectivas, pero esto no quiere decir necesariamente que la legislación no contenga tales medidas, ya que éstas pueden encontrarse en códigos de procedimiento ante los tribunales o en leyes de asistencia o violencia familiar.

Tampoco se puede afirmar que el hecho de contener una lista detallada de medidas protectivas torne más efectivo o flexible un sistema, simplemente las medidas constituyen una muestra de cuáles son las principales herramientas que los legisladores de cada país han estimado como más valiosas. La mayor parte de las leyes y códigos contiene una cláusula o artículo que prevé la flexibilidad en la adopción de estas medidas o una expresión equivalente que afirma que la no inclusión de una medida en la lista no significa que el juez no pueda tomarla, siempre que se considere el interés superior del niño.

En este sentido, para la imposición y ejecución de las medidas de protección y restitución de derechos, el denominador común de las leyes de protección integral es tomar como parámetro ineludible la consideración del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, así como el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios.

(VÉASE TABLA 2.4.1)

Las medidas pueden, habitualmente, ser aplicadas de manera aislada, acumulativa o sustitutiva. Los motivos más usuales para su implementación son los siguientes: a) por acción u omisión de las instituciones públicas y privadas; b) por falta, omisión o abuso de los padres, tutores, encargados o responsables; c) por acciones u omisiones contra sí mismos; y d) por acciones u omisiones o abusos de particulares.

Las medidas varían según los países pero, en general, las leyes de protección integral establecen las siguientes sanciones o multas: órdenes a los padres, madres, encargados, funcionarios públicos y funcionarios privados, para que éstos cumplan con sus deberes y obligaciones o bien para que cumplan con sus deberes y obligaciones respecto de la salud y educación; órdenes para que se restituya el derecho a ser criados en una familia, incluyendo la ubicación en una familia sustituta (como medida provisional); órdenes para la protección y restitución de los derechos por razones de abuso, maltrato y explotación laboral, sexual y comercial, o de orientación para que participen en programas de

TABLA 2.4.1

Países de América Latina, según principales órdenes o medidas de protección y restitución de derechos que se utilizan en las LPI

PAÍSES	SANCIONES O MULTAS	ÓRDENES A LOS PADRES, MADRES, ENCARGADOS, FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y FUNCIONARIOS PRIVADOS					
		PARA QUE CUMPLAN CON SUS DEBERES Y OBLIGACIONES	PARA QUE CUMPLAN CON SUS DEBERES Y OBLIGACIONES DE SALUD Y EDUCACIÓN	SER CRIADOS EN UNA FAMILIA, INCLUYENDO LA COLOCACIÓN EN FAMILIA SUSTITUTA (COMO MEDIDA PROVISIONAL)	PARA QUE RESTITUYAN LOS DERECHOS POR RAZONES DE ABUSO, MALTRATO Y EXPLOTACIÓN LABORAL, SEXUAL Y COMERCIAL	PARA QUE PARTICIPEN EN PROGRAMAS DE APOYO FAMILIAR O PROGRAMAS DE AYUDA SOCIAL	PARA QUE ACCEDAN A SERVICIOS Y/O PROGRAMAS DE TRATAMIENTO FÍSICO, CLÍNICO Y SICOLÓGICO
Rep. Dominicana	●	●	●	●	●	●	●
Venezuela	●	●	●	●	●	●	●
Brasil	●	●	●	●	●	●	●
México	●	●	●	●	●	●	●
Paraguay	●	●	●	●	Sólo judicial	●	●
Perú	●	●	●	●	●	●	●
Guatemala	●	●	●	●	●	●	●
Honduras	●	●	●	●	●	●	●
Nicaragua	●	●	●	●	●	●	●
Argentina	●	●	●	●	●	●	●
Uruguay	●	●	●	●	●	●	●
Colombia	●	●	●	●	●	●	●
Bolivia	●	●	●	●	●	●	●
Ecuador	●	●	●	●	●	●	●
Costa Rica	●	●	●	●	●	●	●
Panamá	●	●	●	●	●	●	●
El Salvador	●	●	●	●	●	●	●

apoyo familiar o programas de ayuda social o para que accedan a servicios y/o programas de tratamiento físico, clínico y psicológico.

Luego, las LPI cuentan con medidas predominantemente judiciales, entre ellas: declaración de responsabilidad de los padres o responsables, abrigo, colocación en entidad de atención, adopción, advertencia, pérdida de la guarda, destitución de tutela o suspensión de patria potestad, exclusión del hogar del agresor y resolución alternativa de conflictos para la prevención y erradicación de la violencia intrafamiliar.

En la implementación de estas medidas, se destaca Venezuela, con un sistema que “castiga” la falta de diligencia de las autoridades competentes para tomar medidas de protección o para aplicar procesos de judicialización que son innecesarios. Su LPI sanciona con la pérdida de su condición de integrante del Consejo de Protección a todos aquellos miembros que, por abstención o inhibición de intervenir en dos o más oportunidades en casos de medidas de protección, favorezcan la intervención de la Justicia, quien deberá asumir la protección de los derechos de la infancia. En el caso de Costa Rica, también puede destacarse la vigencia explícita del rol activo de los jueces en esta materia así como la ausencia de todo ritualismo.

5. SOBRE LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS DE LA PRIMERA INFANCIA

Gran parte de la tradición constitucional iberoamericana en materia de derechos sociales, alineada con el denominado Constitucionalismo Social, sostiene que las normas que

PREDOMINANTEMENTE JUDICIALES

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES O RESPONSABLES	ABRIGO	COLOCACIÓN EN ENTIDAD DE ATENCIÓN	ADOPCIÓN	ADVERTENCIA, PÉRDIDA DE LA GUARDA, DESTITUCIÓN DE TUTELA O SUSPENSIÓN DE PATRIA POTESTAD	EXCLUSIÓN DEL HOGAR DEL AGRESOR	RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS, EDUCACIÓN PARA PADRES / PREVENCIÓN Y ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR
●	●	●	●	●	●	●
●	●	●	●	●	●	●
●	●	●	●	●	●	●
	●	●	●	●		●
●	●	●	●	●	●	
●	●	●	●	●	●	
	●	●	●	●	●	
	●	●	●	●	●	
●	●	●	●	●	●	
●	●	●	●	●	●	●

FUENTE: SITEAL.

establecen derechos sociales son sólo normas programáticas, que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término o que no resultan justiciables. Abramovich y Courtis (2008) afirman que, de este modo, se traza una distinción entre el valor normativo de los denominados derechos civiles, que efectivamente se consideran derechos plenos, y los derechos sociales, a los que se asigna un mero valor simbólico o político.¹

El debate se apoya en la visión de los derechos civiles, los que se caracterizarían por establecer obligaciones “negativas” para el Estado (por ejemplo, abstenerse de matar, de torturar, de imponer censura, de violar la correspondencia, de afectar la propiedad privada), mientras que los derechos sociales exigirían obligaciones de tipo “positivo” (por ejemplo, dar prestaciones de salud, educación o vivienda).

Según el argumento tradicional, en el primer caso, el Estado cumpliría su rol por la mera abstención, sin que ello implicara erogación de fondos y, por lo tanto, el control judicial sería posible, dado que se limitaría en cada caso a anular los actos realizados en violación de aquella obligación de abstención. Mientras que, contra la exigibilidad de los derechos sociales (aun cuando éstos tengan reconocimiento constitucional), como se trata de derechos que establecen obligaciones positivas, su cumplimiento depende de la disposición de fondos públicos y, por ende, debería existir un impedimento para que el Poder judicial pudiera imponer –y el titular demandar– el cumplimiento de conductas de dar o hacer (Abramovich y Courtis, 2008).²

1. Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en Roberto Gargarella (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II Derechos, Abeledo Perrot, p. 973 y ss.

2. Víctor Abramovich y Christian Courtis, ob. cit.

Contrariamente a este argumento, autores como Fried van Hoof o Asbjorn Eide³ (citados en el trabajo de Abramovich y Curtis, 2008) señalan que la distinción entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales no es tan tajante, ya que la efectividad de ambos tipos de derechos requiere de los Estados obligaciones positivas y negativas, y proponen un esquema interpretativo consistente en el señalamiento de “niveles” de obligaciones estatales. Así, podrían identificarse cuatro niveles de obligaciones: obligaciones de respetar, de proteger, de asegurar y de promover el derecho en cuestión. Las obligaciones de respetar se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de asegurar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.

Según esta teoría, van Hoof afirmaría que existe unidad entre el concepto de derechos civiles y políticos y el de los derechos económicos, sociales y culturales, pues los distintos derechos conllevan obligaciones de varios tipos o niveles por parte de los Estados. Si ello es así, este obstáculo a la demandabilidad de los derechos sociales por lo menos se relativiza. Otro argumento usualmente utilizado en contra de la exigibilidad de los derechos sociales es la división de poderes del Estado. Según este argumento, el Poder judicial excedería su competencia si le ordenara al Congreso o al Poder ejecutivo que cumpla con derechos sociales comprometidos constitucionalmente.

Sin embargo, el rol de los jueces ha adquirido en los últimos decenios un perfil más activo, que ha logrado evitar parcialmente los obstáculos que este tipo de argumentos acarrean a la efectiva vigencia de los derechos. En este sentido, se pueden resaltar como avances: la creación del amparo colectivo, la acción de clase, las acciones declarativas de certeza, la acción civil pública en materia de medio ambiente y los mandados de *segurança* y de *injunção* brasileños, y la legitimación del Ministerio Público o del Defensor del Pueblo para representar intereses colectivos.

Mucho resta por hacer para que resulte incontestable la vigencia de los derechos sociales como derechos plenos, cuyo cumplimiento por parte de los Estados no puede asegurarse tan sólo observando si éstos cumplen con algunos de los intereses tutelados por un derecho social sino desentrañando si la población de ese país puede, en caso de incumplimiento de ese derecho, establecer un reclamo, queja o demanda, que dé lugar al dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación debida. En esto consiste la verdadera existencia de un sujeto de derecho, pues si no existe demandabilidad o exigibilidad, no existe derecho pleno y el titular del mismo no es sujeto de un derecho sino de una “gracia estatal”. ■

3. Fried van Hoof, “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views”, en P. Alston y Tomasevski (eds.), *The Right to Food*, Utrecht, Martinus Nijhoff, 1984, pp. 97-110 y Asbjorn Eide, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, en A. Eide, “Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estrategia de nivel mínimo”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, N° 43, 1989.