

CUADERNO 01

Un estado del difícil
arte de ser cada vez
más humanos. Pasado,
presente y futuro de
los niños y sus
derechos

SILVINA ALEGRE

ISSN 1999-6179 / Febrero 2013



Organización
de Estados
Iberoamericanos

Para la Educación,
la Ciencia y la Cultura



Organización
de las Naciones Unidas
para la Educación,
la Ciencia y la Cultura



Instituto Internacional de
Planeamiento de la Educación
Sede Regional Buenos Aires

SITEAL
SISTEMA DE INFORMACION DE TENDENCIAS
EDUCATIVAS EN AMERICA LATINA

SIPI



Fundación **ARCOR**



unicef

UN ESTADO DEL DIFÍCIL ARTE DE SER CADA VEZ MÁS HUMANOS. PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LOS NIÑOS Y SUS DERECHOS



El sistema tutelar surge en Inglaterra en época de la revolución industrial. Intervino sobre aquella porción de la infancia considerada peligrosa por ser pobre o abandonada.

INTRODUCCIÓN

Este cuaderno ofrece una reseña sobre el estado actual de la discusión en torno a los niños y sus derechos, buscando identificar los puntos de tensión a los que da lugar el enfoque del derecho internacional sobre derechos humanos.

Muchas veces se ha relatado la historia de los avatares y devenires de la sanción y ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Pilotti, 2000; Bustelo, 2007). Otras tantas se ha mostrado el cambio de concepción que introduce el enfoque de derechos con respecto al sistema tutelar en los países de América Latina (Beloff, 1999). En reconocimiento al valor de los aportes realizados, e intentando organizar las ideas desde otra mirada, proponemos abordar la reflexión sobre los derechos del niño desde dos ejes centrales: el sistema jurídico y la política social.

Si en favor de la claridad expositiva estos temas se tratan por separado, se evidenciará de inmediato la estrecha vinculación entre **lo político-jurídico**, que introduce la reflexión sobre la institucionalidad democrática, la construcción de ciudadanía y la progresión hacia el Estado social, y **lo político-social** o la forma de pensar y hacer la política social desde la cultura de los derechos humanos (a partir de los principios de responsabilidad, participación, acceso a la información, control de los actos de gobierno, exigibilidad).

Esta imbricación suscita una aclaración adicional. Si bien el foco está depositado sobre los derechos del niño, este sistema se inscribe en el más amplio de los derechos humanos, por un lado, y de los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro. En este sentido resultará difícil circunscribir ciertos planteos a los derechos de los niños, en la medida que conciernen a sus derechos como personas.

SOBRE EL ALCANCE Y LOS EFECTOS DEL SISTEMA DE DERECHOS

El impacto sociopolítico de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN), al igual que el de los demás tratados internacionales sobre derechos humanos, radica en el compromiso que asumen los Estados de reformar sus sistemas jurídicos internos conforme a las disposiciones internacionales. Esta premisa no implica el desconocimiento de la trama política –en el sentido amplio de poder– que subyace a la institucionalización de derechos, obligaciones y sanciones, en referencia a la tensión entre la función conservadora-disciplinaria o potencialmente transformadora de la ley. Sin pretender dirimir esta cuestión, entendemos que resulta conveniente pensar en términos de progresividad o niveles de avance hacia la juridización de los derechos en los distintos países de la región, aun cuando los magros alcances en algunos de éstos han llevado a cuestionar la efectividad misma del sistema jurídico para instaurar un orden en que el bienestar de los niños esté garantizado.

De la vigencia supranacional de los tratados internacionales a la necesidad de adecuar la ley interna

La inquietud que se plantea con respecto a este punto es si aquellos países que conceden entidad supranacional a los tratados internacionales por medio de la Constitución Política se encuentran eximidos de adecuar sus leyes internas. “La necesidad de la reforma legislativa ha sido puesta en duda por aquellos que defienden la auto-ejecutabilidad de los tratados y su aplicación directa por los Tribunales, sin reconocer la necesidad de una regulación por ley interna.” (Cillero Bruñol, 2003:74)

Las implicancias de esta discusión no son menores. En casos extremos esto ha dado lugar a la definición de la injudiciabilidad de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales por considerarlos **programáticos**, como condiciones de deseabilidad que nadie es responsable de garantizar. Como señala Mary Beloff (op.cit.), la no aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos bajo el argumento de programaticidad no ha sido poco frecuente entre los tribunales latinoamericanos.

Para evitar estas situaciones, Miguel Cillero Bruñol (op.cit.:74) sugiere:
...“argumentos de tipo pragmático recomiendan, sin negar el deber de los jueces de aplicar directa e interpretativamente las normas internacionales vigentes en el país, dictar normas legales internas que desarrollen los mecanismos de exigibilidad de los derechos contenidos en las convenciones. En mi opinión, es éste el mecanismo más efectivo para promover que el ejercicio de la jurisdicción tenga como objetivo la protección de los derechos fundamentales.”

Nivel de adopción legal de la Convención Internacional de los Derechos del Niño

Más allá de esta recomendación, la situación real en cada uno de los países de la región se muestra fragmentada. La explicación se encuentra, como señala Gladys Acosta Vargas (s.f.:11), en que el Estado...“es un conjunto de relaciones sociales que establece un cierto orden y lo respalda con una garantía centralizada”... de manera que la dinámica del impacto de los acuerdos internacionales dependerá de las condiciones nacionales particulares, y su efectividad estará sujeta a la capacidad de la autoridad central de imponer su cumplimiento por medio de la ley.

En esta línea de argumentación, Beloff (op.cit.) distingue tres niveles de impacto de la CIDN sobre las normas del derecho interno: retórico, formal y sustancial. El primero hace referencia a la incorporación de un lenguaje en el discurso, principalmente oficial, sin correlato normativo, institucional, ni práctico. En estos casos el impacto político de la Convención es, eventualmente, superficial. El impacto formal tiene que ver con cambios normativos que chocan contra una institucionalidad que continúa enmarcada en el sistema de protección tutelar. Finalmente, al nivel sustancial se distingue entre los países que han sancionado códigos o leyes integrales –que regulan sobre todos los derechos reconocidos en la Convención y contemplan la reforma institucional impuesta por una ley fundada en la protección integral–, de aquellos que han adoptado leyes específicas –leyes sobre la responsabilidad penal adolescente o leyes de reorganización institucional–.

En definitiva, para que puedan implementarse y consolidarse avances en este sentido es necesario que se produzca un refuerzo de la relación entre el derecho internacional y nacional, y a nivel interno, entre un tipo particular de leyes e instituciones: aquellas con una clara orientación democrática. “Sólo una profunda articulación estrecha entre un orden internacional de protección, normativas nacionales inspiradas en los derechos humanos, Estados realmente democráticos respetuosos de una pluralidad de culturas internas y de la diversidad social, así como sistemas de justicia principistas, cercanos a la población y renuentes a la corrupción, pueden garantizar

una ciudadanía plena para mujeres y hombres de todas las edades.” (Acosta Vargas, op.cit.:19)

Ni retórica ni realismo mágico

La persistencia de situaciones, humillantes para la humanidad entera, de vulneración de los derechos fundamentales de los niños y niñas a casi un cuarto de siglo de sancionada la Convención provoca la incredulidad de muchos. Las leyes no satisfacen las necesidades primarias de la población –alimento, educación, salud–, pero generan un ámbito más propicio para que esto ocurra. Este nudo crítico se resuelve cuestionando la (sin) razón tanto de los detractores como de los apologistas del sistema internacional de derechos humanos. Ni pura retórica, ni realismo mágico.

Contra las críticas dirigidas a la incapacidad del derecho de transformar por sí lo real, Emilio García Méndez (2007) defiende una perspectiva por la cual el derecho se asume como “instrumento para conseguir lo que todavía no es”, como programa de acción hacia otro futuro. Según su visión, aquellas posiciones que descalifican al derecho por no ofrecer soluciones responden a sociedades que están preparadas para “enfrentar problemas pero no soluciones”.

En todo caso, la CIDN puede asumirse como el marco mínimo de reconocimiento y respeto de los derechos del niño en que deben y pueden inscribirse la legalidad y la institucionalidad de los países que la han ratificado. ...“no era necesario que los derechos se formalizaran para que existieran. Lo que debemos reconocer es que la formalización internacional de los derechos, sobre todo después de 1948, establece mejores condiciones para exigir que estos derechos se cumplan en los ámbitos nacionales, que es donde los derechos se encarnan socialmente.” (Ibíd:13)

O como observa Haydeé Birgin (2003:13) “El Derecho no se agota en el texto de la ley. Otros discursos, que lo atraviesan, son también centrales: el político, el cultural, el demográfico, el geopolítico, el religioso. Advertir la historicidad del discurso jurídico, su complejidad, su opacidad estructural, los aspectos ideológicos que le son propios, sus vínculos inescindibles con la política y el poder permite leer ‘los textos’ (las leyes, los precedentes jurisprudenciales, las clasificaciones de la doctrina, etc.) con la clara conciencia de que no hay un único sentido posible que es necesario descubrir, sino que existen múltiples (aunque no infinitos) sentidos que se deben construir en cada tiempo y lugar y que, por lo tanto, tampoco existe una única, justa y definitiva solución para cada caso.” Esos otros discursos contribuyen a renovar subjetividades, a instalar demandas y a forjar reconocimientos, en definitiva, a crear nuevos órdenes.

La construcción de nuevas significaciones, identidades y órdenes a partir de la cultura de derechos

El derecho, entendido no sólo como texto sino como parte de los procesos políticos y las prácticas concretas a través de los cuales se conforma, puede ser asociado a la reproducción del orden de las cosas, atribuyéndole una vocación conservadora; o puede ser vinculado a una búsqueda de justicia, y en este sentido, identificado como campo de conflicto. ...“la historia muestra que las luchas por democratizar la sociedad se manifiestan en la crítica y en la creación de nuevos órdenes, también jurídicos, que se encuentran en pleno proceso de evolución.” (Acosta Vargas, op.cit.:3. El subrayado es nuestro.) Es así que la vigencia de un orden jurídico – (cada vez más) sustentado en principios éticos– adquiere una importancia fundamental para la acción política, como cimiento y proyección de los movimientos sociales que se orientan a modificar relaciones sociales complejas, tanto interpersonales como con el Estado. Los nuevos retos se relacionan con el impulso histórico de la ciudadanía por ampliarse a todos los individuos sin excepción.

La asignación a la ley de una función de reproducción o producción se asocia a una determinada lectura de la dinámica social. Aun cuando se le atribuya una vocación fundamentalmente conservadora, el enfoque de derechos humanos introduce un quiebre difícil de rebatir. Desde el dispositivo asistencial-punitivo orientado a la infancia, propio del capitalismo incipiente en que cobró existencia *Oliver Twist*, hasta tiempos no tan lejanos a los nuestros, como muestra Françoise Truffaut en el relato sobre el intento por disciplinar la rebeldía de Antoine Doinel (*Los cuatrocientos golpes*, 1959), el lugar otorgado en la sociedad al niño pobre o al adolescente irreverente ha cambiado. Como veremos en el apartado siguiente, la función disciplinaria y represiva da lugar gradualmente a la instalación de un sistema de protección basado en el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho.



Los cuatrocientos golpes (1959), de Françoise Truffaut.

Cabe reconocer entonces el efecto contradictorio que tiene el derecho: ...“por un lado sirve para conservar las relaciones sociales existentes, y por otro lado para transformarlas, y es por eso que se necesita que en ese lugar, en ese espacio simbólico que es el lugar de la ley, se produzcan transformaciones.” (Ruiz, 2003:55).

Alicia Ruiz destaca la dimensión simbólica del discurso jurídico y su capacidad de configurar entornos de significación, y por lo tanto, sustratos para la práctica y la constitución de nuevas identidades que favorezcan la institucionalización de una cultura de los derechos.

La transformación del contenido de las normas sólo puede efectivizarse a través de la modificación de las prácticas sociales, pero a la vez, el derecho...“tiene un papel relevante a partir del modo en que legitima algunos modelos, algunos estereotipos, y descarta otros.” (Ibíd.:55). El discurso del derecho opera fuertemente en la constitución de identidades. “En este sentido, quiero subrayar como ejemplo la importancia que en la Convención sobre los Derechos del Niño tiene el reclamo de que el niño tiene derecho a ser escuchado. Es una excelente expresión del sentido con que el derecho nos construye como sujetos. Y el derecho nos construye como sujetos en la medida en que nos otorga el uso de la palabra, porque el uso de la palabra produce efectos jurídicos: se es más sujeto de derecho como mujer, o más sujeto de derecho como niño, en tanto y en cuanto el derecho haya legitimado nuestra intervención, nuestra voz, lo que otorga un lugar reconocido no sólo en el nivel de la ley sino también por el efecto que el discurso del derecho produce, tanto en la comprensión racional del mundo social en que vivimos, como en la aparición de creencias y de mitos: es en el imaginario social donde se construye el modelo que reconocemos como hombre, como mujer, como niño.” (Ibíd.:51)

O, como sintetiza Acosta Vargas (s.f.:5), hay que...“reconocer el poder del derecho para ‘nombrar’ la realidad. Esto significa que es necesario mantener la capacidad de producir normatividad que reconozca la nueva realidad de las relaciones”...

Y reafirma Birgin (op.cit.:122): “El Derecho es un discurso social y, como tal, dota de sentido a las conductas de los seres humanos y los convierte en sujetos, al tiempo que opera como el gran legitimador del poder, que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Se trata de un discurso que, paradójicamente, al tiempo que legitima las relaciones de poder existentes, sirve para su transformación.”

Más allá de la función simbólica del derecho, Beloff (2005:74) le atribuye un efecto principalmente retórico al sistema normativo que pretende garantizar los derechos del niño en América Latina. “No estoy sugiriendo que un cambio en el nivel de los enunciados no tenga incidencia en los significados y, eventualmente, en las prácticas. Sin embargo, en nuestra región, ha tenido lugar una apropiación meramente retórica

de los derechos humanos de la infancia sin mayor impacto en la realidad de las prácticas vinculadas con la protección a la niñez”...

Esto se explicaría en gran parte por lo que García Méndez (1999) ha denominado el ‘paradigma de la ambigüedad’, en referencia a la discrepancia entre los marcos normativos y las prácticas que continúan reproduciendo viejas concepciones. Según este argumento, los operadores del sistema tutelar entablaron una defensa corporativa de la vieja institucionalidad, mientras incorporaban el discurso de los derechos fundamentales del niño. De este modo lograron perpetuar las prácticas compasivo-represivas con una narrativa diferente. Beloff propone algunas hipótesis adicionales, relacionadas con el choque entre el rápido cambio de legalidad de los dispositivos de protección a la infancia y la persistencia de una cultura arraigada. En primer lugar, identifica el impacto de la cooperación internacional en la región. Esta habría promovido la disposición de los gobiernos a modificar las leyes, aun cuando no estuvieran en condiciones de garantizar su cumplimiento. En segundo lugar, recuerda que estas reformas coexistieron con el fin de la guerra fría –inaugurado por la caída del muro de Berlín– y el renovado impulso al capitalismo –consensuado en Washington–. La progresividad de las definiciones programáticas de la CIDN se enfrentaba así a la agonía del Estado de Bienestar. Finalmente, en gran parte de los países de la región se estaba produciendo una oleada de reformas del sistema judicial, de la cual el sistema tutelar formó parte.

Aun cuando Beloff ratifica su convencimiento de que “una legalidad adecuada (buenas leyes y/o mejor jurisprudencia) es una condición necesaria para mejorar la calidad de vida de los niños”, enfatiza que “la Convención sobre los Derechos del Niño no es una varita mágica, como tampoco lo son las nuevas leyes que se aprobaron en todo el continente como consecuencia de los nuevos estándares de derecho internacional de los derechos humanos de la infancia. Ni la primera ni las segundas pueden automáticamente resolver los gravísimos problemas estructurales (de inequidad, subdesarrollo, debilidad institucional, violencia, etc.) que caracterizan a las sociedades de la región. (...) Una nota característica de las nuevas leyes latinoamericanas en esta materia es, además, la vaguedad e imprecisión en los mecanismos de exigibilidad y garantía”... (Ibíd.:79).

IMPLICANCIAS DEL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

En este apartado nos interesa detenernos en la consideración de tres nudos conceptuales que subyacen a los cambios jurídicos resultantes de la transición del modelo de protección tutelar al enfoque de derechos: de la situación irregular al

reconocimiento del niño como sujeto de derechos, de la condición minorizada a las garantías jurídicas, de la discrecionalidad del juez a la abstracción y universalidad de la ley de menores.

Minoridad: desigualdades entre niños

En contraposición a lo que se denominó ‘la doctrina de la situación irregular’, la Convención hace referencia a los derechos de ‘el niño’. Con esto, el sujeto de la Convención adopta un carácter genérico, universal. No se reconocen desigualdades entre niños, sobre todo aquellas fundadas en el origen étnico, de género o social. Esto implica un cambio radical de concepción con respecto al dispositivo anterior. En éste, ‘menores’ eran los niños que se encontraban en situación anómala, fuera de la familia y de la escuela: niños huérfanos, abandonados por ilegítimos, o marginados. Hijos de una sociedad convulsionada por el incipiente capitalismo en la que todo intento ordenador se pensaba en términos conservadores.

Así la tutela se justificó en una definición negativa basada en lo que estos niños no tenían y, por lo tanto, no eran. Tal vez por temor a una reciprocidad equilibrada, la asistencia se hizo policía. ...“el llamado ‘complejo tutelar’ se organizó como un sistema interconectado de intervenciones públicas y privadas de control/represión (menores peligrosos) y asistencia (menores en peligro), con un marcado predominio de las competencias judiciales, que sin embargo se organizaron de tal modo que los conflictos de que se ocupan y los procedimientos utilizados poco tienen que ver con lo que en derecho público es conocido como función jurisdiccional. Los tribunales de menores eran radicalmente diferentes a otros tribunales, incluso los especiales, y esta diferencia fue justificada y defendida por los minoristas sobre la base de la existencia de un derecho adjetivo de menores de carácter autónomo.” (Cillero Bruñol, op.cit.:71)

Inimputabilidad: desigualdades entre niños y adultos

Esta desigualdad horizontal era reforzada por otra vertical, entre niños y adultos (todavía vigente, pero en un sentido conceptualmente distinto). Infancia proviene del latín *infantia*, cuyo significado es ‘incapacidad de hablar en público’. Los niños, ya no sólo los marginales, no tienen voz frente a los adultos. Los adultos deben responder por los menores porque ellos son ‘inimputables’.

Si bien la inimputabilidad pretende favorecer al inculpado, el argumento que la respalda es la incapacidad, en este caso, propia de la minoría de edad. Esto significa que los procedimientos legales no se seguirán con las mismas garantías que tienen los adultos. Lo que se penaliza no es el hecho cometido sino la condición minorizada. Como observa Beloff, si en el derecho penal general la manifestación de

inimputabilidad es considerada la peor defensa por las consecuencias que trae aparejadas para la vida del adulto, entonces ¿por qué adquiere valor positivo cuando se trata de menores?

Cillero Bruñol (op.cit.:79) no sólo aboga por la igualdad jurídica entre niños y adultos, sino que va más allá: ...“a los niños, niñas y adolescentes se les deben reconocer todos los derechos que les corresponden a los adultos, a no ser que exista un derecho fundamental específico de los niños que resulte más favorable.” (El subrayado es nuestro.) Esta especificidad tiene que ver con el reconocimiento de la infancia como una etapa de la ciudadanía que se corresponde con un estadio madurativo en el que son necesarias medidas especiales de protección. Los niños y adolescentes constituyen sujetos jurídicos especiales a los que se les reconoce autonomía progresiva. ...“la Convención se hace cargo de la particularidad de la infancia y la adolescencia, les asigna el carácter de un sujeto jurídico especial, reconoce una ‘autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de acuerdo a la evolución de las facultades del niño’ (artículo 5), y establece un principio de garantía y prioridad de los derechos del niño con el principio de interés superior (art 3.1) y un deber especial de protección (artículo 3.2).” (Ibíd.:75)

De la discrecionalidad del juez a la garantía del debido proceso

Los juristas coinciden en denunciar el carácter casuístico de los procedimientos judiciales propios del sistema tutelar e, incluso, en atribuir a este factor su declinación e insostenibilidad. La existencia de categorías difusas como las de ‘situación irregular’ (¿la del niño o de la sociedad?) o ‘de riesgo’ (¿para quién?) habilitaban la discrecionalidad del sistema de justicia especializado, mientras que la falta de separación entre las competencias asistenciales y penales provocaba la criminalización de la pobreza. El hecho de que el juez de menores se ocupara tanto de cuestiones típicamente judiciales como sociales afectaba la función jurisdiccional. (Beloff, 1999)

El surgimiento del derecho penal juvenil implica la separación de las competencias penales de las asistenciales. Se diferencia así la función del juez, que debe ocuparse ahora de cuestiones de derecho público (penal) o privado (familia). Además su intervención queda limitada por garantías procesales. Por otro lado, los Estados asumen la obligación de brindar el apoyo necesario para que las familias puedan desempeñar sus funciones, de modo que la decisión de separar al niño o adolescente de su seno constituya la última opción, y sea tomada en función del interés superior que proclama la Convención.

Mientras que las leyes de menores tratan sobre las condiciones potencialmente disruptivas del orden social, “La Convención separa adecuadamente la atribución de

consecuencias por infracciones a la ley penal de la protección de la amenaza o vulneración de derechos. Las leyes de menores confunden estas situaciones.” (Cillero Bruñol, op.cit.:72-73).

La nueva legalidad promovida por la Convención

El principio fundamental del nuevo derecho de la infancia es que reduce los niveles de discrecionalidad. En el sistema tutelar tradicional el delito era el síntoma de un trastorno del menor, de una situación de **riesgo para la sociedad** sobre la cual el Estado debía intervenir. Pero la situación de **riesgo en que se encontraba el menor**, aun cuando el delito no fuera más que una profecía por realizar, justificaba la intervención del Estado en los mismos términos. Ese fue el núcleo de la crisis de legitimación de los sistemas tutelares. (García Méndez, 2007)

Esta semiótica casuística, definida por su orientación a grupos o personas pertenecientes a ciertas categorías, determinaba la forma autoritaria del derecho. En el caso de los niños y adolescentes: de la calle, trabajadores, etc. Por el contrario, para que el derecho realizara su potencial emancipatorio hacía falta que la ley tuviera un carácter abstracto y universal.

“Si el derecho de menores cumplió un papel (regresivo) fundamental, entre otras cosas por legitimar las excepciones a las garantías que el derecho constitucional ofrece a todos los seres humanos, un nuevo tipo de derecho constitucional inspirado en la Convención abre las puertas para una reformulación del pacto social, con todos los niños y adolescentes como sujetos activos del nuevo pacto.” (Ibíd.:37)

El avance histórico hacia la ampliación de la base de sustentación del pacto social que inauguró la modernidad es producto de dos bastiones: la movilización social y las acciones por el reconocimiento de los derechos. La vigencia del derecho internacional de los derechos humanos permite concebir proyectos alternativos de sociedades configuradas sobre el recorrido hacia una vida buena, bajo el amparo de una **legalidad legitimada** para todos.

En este sentido, los innegables progresos en la disminución de toda forma de discrecionalidad contribuyen a ampliar los espacios de la democracia. Sin embargo, el proceso de reformas legales e institucionales encaminado a cerrar la brecha entre niños y menores está todavía lejos de ser concluido.

El reconocimiento de los derechos del niño como ruptura epistémica

Como señala García Méndez (2007), la Convención da lugar a reformas legislativas que no se refieren sólo a un cambio sustancial del contenido de la ley. Se produce un

cambio en los mecanismos de producción del derecho: de un derecho represivo para la minoridad al reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, como personas con iguales derechos que los adultos, más una consideración especial de acuerdo con el momento de desarrollo en que se encuentran.

La Convención busca superar todo tipo de discriminación de los niños entre sí. Los titulares de los derechos son todos los niños, niñas y adolescentes (con la obligación de los adultos de respetarlos). La Convención tiene por fin la realización del principio de igualdad, en el sentido en que lo define Acosta Vargas (s.f.:12-13): “Las diferentes identidades (por edad, sexo, nacionalidad, cultura, etc.) hacen de cada persona un individuo diferente a los demás y al mismo tiempo, de cada individuo una persona como todas las demás. Este elemento sustantivo es el que ordena el respeto a todas las diferencias que conforman la identidad de las personas, y al mismo tiempo, sustenta la inadmisibilidad de todo aquello que viole tal respeto. Pero, las diferenciaciones sociales determinadas por el orden económico y social, en lugar de conformar parte de la identidad humana, se convierten en privilegios o discriminaciones sociales deformadoras de la misma.”

La idea de la niñez dependiente, objeto de protección y cuidados, se relaciona con su concepción como momento de pasaje hacia la vida adulta. “La relación adultos-infancia coloca a esta última en una posición de dependencia, a partir de la paradoja de que debe ser ‘protegida’ pero a la vez, ‘controlada’.” (Méndez, 2005:72) En cambio, en el enfoque de derechos, “Ya no se trata de incapaces, medias-personas o personas incompletas, sino de personas completas cuya única particularidad es que están creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen todas las personas, más un plus de derechos específicos precisamente por reconocerse el hecho de que están creciendo.” (Beloff, 1999:19).

De esta manera, la Convención redefine la relación entre el niño y el adulto. El niño deja de ser objeto pasivo de intervenciones familiares y estatales. Eduardo Bustelo (op.cit.:131-132) sugiere que en la disposición del adulto a transformar al niño de objeto en sujeto, en el reconocimiento de su ‘eleidad’, también el adulto se transforma en un sentido democrático. ...“los derechos de niños, niñas y adolescentes son los derechos de ‘ellos’, de aquellos que están más allá de mí, de aquellos que me sobrevivirán. Por eso, son derechos relacionados con la ‘otredad’, con una ‘otredad’ que se niega a volver sobre el ‘yo’ retrayéndose a lo mismo. Son ‘otros’ más allá de nos-otros. Los derechos de la infancia y la adolescencia corresponden en realidad a la ‘eleidad’, a ellos y, por lo tanto, son pura negación de nuestra ‘mismidad’, pura generosidad sin esperar reciprocidad. Son derechos fuera del cálculo, sobre todo del cálculo utilitarista de lo que me conviene.”

ADECUACIÓN DE LA POLÍTICA PÚBLICA AL ENFOQUE DE DERECHOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO SOCIAL

“La historia del nacimiento de los Estados Sociales es la historia de la transformación de la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de la autoridad pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos.” (Víctor Abramovich)

Más allá de los desencuentros entre las estrategias nacionales e internacionales de desarrollo y el derecho internacional sobre los derechos humanos, Víctor Abramovich considera que el enfoque de derechos otorga un marco conceptual capaz de orientar el proceso de formulación, implementación y evaluación de las políticas de desarrollo, guiar la cooperación internacional y definir el alcance de la participación ciudadana. Este marco conceptual contribuye a definir las obligaciones de cada Estado frente a los derechos económicos, sociales y culturales involucrados en su estrategia de desarrollo, así como frente a los derechos políticos y civiles que remiten al empoderamiento, la responsabilidad y la participación.

El enfoque de derechos no sólo exige al Estado que vele porque no se infrinjan las libertades civiles y políticas, sino que le demanda acciones positivas a favor de la realización los derechos económicos, sociales y culturales. En este sistema de compromiso activo del Estado con el bienestar de los ciudadanos,...“los individuos no quedan abandonados a su propia suerte, sino que, desde este punto de vista, el Estado, además de crear el marco adecuado para el libre ejercicio de los derechos individuales y de castigar todas las violaciones de esos derechos, está obligado a proveer a los titulares de los derechos las condiciones necesarias para su ejercicio y a obligar a los particulares a contribuir con tal provisión.” (Birgin, op.cit.:118)

El principio fundante del enfoque de derechos es el reconocimiento de los sectores marginales o excluidos como titulares de derechos que obligan al Estado. Desde esta perspectiva, el punto de partida para la elaboración de políticas no es el reconocimiento de carencias, de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino de sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones. Esto no implica desconocer o ignorar la existencia grupos o de sectores de la población que requieren medidas especiales de protección, sólo para gozar de una equiparación de oportunidades de realización de sus derechos. En estos casos, “la igualdad de trato supone coartar o empeorar el acceso a un servicio o bien, o el ejercicio de un derecho.” (Abramovich, 2006:44).

Este reconocimiento de derechos da origen a obligaciones jurídicas y al establecimiento de mecanismos institucionales –judiciales o extra-judiciales– de garantía, que permitan al titular de derecho reclamar toda vez que el sujeto obligado

no cumpla con su obligación. “Los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos para hacerlas exigibles y darles cumplimiento.” (Ibíd.:36)

Sin embargo, la clasificación tradicional de los derechos en negativos¹ y positivos² introduce ciertos problemas para la judiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales³. A partir de esta división, sólo el incumplimiento de los derechos negativos daría lugar a procesos judiciales. Para superar esta limitación, Abramovich procura mostrar la dimensión negativa de los derechos positivos –como la libertad de evitar el hambre, la enfermedad y el analfabetismo– y la positividad de los derechos negativos –por ejemplo, de no ver impedido el acceso a la información que sustenta la participación, de no ver restringida la libertad de asociación y manifestación, en tanto dispositivos garantes del contexto democrático indispensable para la vigencia de un Estado social–. Propone entonces una taxonomía alternativa, definida por los niveles de obligaciones del Estado de respetar, proteger, garantizar y promover el derecho en cuestión.

La obligación de respetar hace referencia al deber del Estado de no obstaculizar o impedir el goce del derecho; la de proteger consiste en no permitir que otros obstaculicen o impidan el goce del derecho; la de garantizar, en asegurar que el titular del derecho acceda al bien objeto del mismo, cuando no puede hacerlo por sí mismo; y la obligación de promover se define por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien. De esta manera, se establece una relación directa entre el derecho, la obligación a la que da lugar y la garantía; relación que define la impronta de las políticas públicas desde una perspectiva de derechos.

En definitiva, aunque el poder judicial carezca de medios compulsivos para la ejecución de una sentencia que condene al Estado a cumplir con una prestación omitida, los dictámenes judiciales pueden erigirse en medios para que el poder político defina la agenda pública, construyendo de esta manera una ‘semántica de los derechos’. En última instancia, estas limitaciones del sistema judicial se explican por la falta de adecuación de la filosofía jurídica tradicional al ‘ethos’ inaugurado por el reconocimiento de los seres humanos como sujetos de derechos. Pero...“la falta de

¹ Las obligaciones negativas definen aquello que el Estado no debe hacer. Recuérdese que el arraigo de los derechos humanos en la región se encuentra vinculado a la resistencia contra las dictaduras militares, como medio de imponer límites a formas abusivas de uso del poder estatal.

² El derecho positivo define aquello que el Estado debe hacer para lograr la plena materialización de los derechos civiles y políticos (también denominados de primera generación) y los económicos, sociales y culturales (o de segunda generación). Así la función restrictiva de los derechos humanos se vuelve proactiva, configurando el marco para el afianzamiento de la institucionalidad democrática y la programación de políticas de desarrollo social.

³ Como las ya referidas acerca del carácter programático de los derechos económicos, sociales y culturales; la falta de competencia del poder judicial sobre la planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha de la política pública; o la limitación de la inversión social al máximo de los recursos estatales disponibles. Más allá de estas discusiones, se impone a los Estados la obligación de no regresividad. Dado cierto nivel de implantación de los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados no pueden adoptar políticas y medidas que empeoren la situación de bienestar alcanzada por la población.

mecanismos o garantías judiciales adecuadas no dice nada acerca de la imposibilidad conceptual de hacer justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, sino que más bien exige imaginar instrumentos procesales aptos para llevar a cabo estos reclamos.” (Abramovich et al., s.f.:16).

Por otro lado, la exigibilidad no se restringe a lo jurídico, sino que se extiende al ámbito político. Si bien los sistemas de administración de justicia tienen un rol importante, existen otros dispositivos que hacen a una institucionalidad estatal que permita achicar la brecha entre exclusión social e inclusión política, como los procedimientos administrativos de fiscalización ciudadana de las políticas, los espacios de reclamo para usuarios y consumidores, las instancias parlamentarias e instituciones especializadas.

La institucionalidad necesaria para la implementación de una política pública con enfoque de derechos

La cuestión de la institucionalidad estatal recorre toda la obra de Nuria Cunill Grau. Su contribución al tratamiento de la relación entre esta problemática y la posibilidad de instalar políticas públicas con enfoque de derechos, parte de la identificación de los atributos que deben tener las instituciones encargadas de su implementación. Algunos de estos atributos son ampliamente reconocidos por la literatura especializada: universalidad, participación social, integralidad y progresividad. Repasaremos brevemente los principios que orientan a cada uno de ellos, para detenernos después en los aportes conceptuales que la politóloga chilena hace para el diseño de instituciones consistentes con la garantía de derechos.

Cunill Grau (2010) resuelve la tensión entre universalidad y focalización planteando que las políticas con enfoque de derechos deben poner a los pobres en una línea de igualdad con respecto al resto de la población. También deben atender a los sectores medios que experimentan los efectos de la pobreza, sin hacerse acreedores de las compensaciones otorgadas a los pobres. El acierto pasa, entonces, por proveer servicios de calidad para todos.

Con respecto a la exigibilidad, considera que los responsables de la provisión oportuna de servicios de calidad para todos deben asumir obligaciones reales frente a la ciudadanía. “La real fuerza del enfoque de derechos está dada por el principio de la exigibilidad puesta al servicio, directa o indirectamente, de la ciudadanía.” (Ibíd.:3) Estas obligaciones se vinculan, por un lado, con la participación social activa e informada de los sujetos de las políticas en la formulación, implementación y evaluación de las políticas y, por el otro, con el deber de la ciudadanía de demandar la rendición de cuentas.

Finalmente, la interdependencia de los derechos –no sólo económicos, sociales y culturales, sino también civiles y políticos– introduce el requerimiento del máximo esfuerzo conjunto (integralidad y progresividad de las políticas), que fuera abordado con detenimiento en el apartado anterior.

A partir de estos consensos, Cunill Grau enfatiza que la posibilidad de ejecutar plenamente una política con enfoque de derechos dependerá del grado en que la institucionalidad pública reúna aquellos atributos mínimos relacionados con los valores que dan sustento a los derechos: *accountability* como expresión de la **exigibilidad**, *gobernanza sistémica* como manifestación de la **integralidad**, y espacio público como efecto de la **participación**. “La cuestión clave es que una política con enfoque de derechos no puede ser implementada por unas instituciones que contradicen su sustrato normativo basado en la búsqueda de la equidad, la cooperación, la participación y la construcción de ciudadanía.” (Ibíd.:6)

Para posibilitar la **exigibilidad**, las instituciones deben contar con mecanismos de *accountability*:

- Mecanismos judiciales, como la revisión judicial de los actos y omisiones del ejecutivo.
- Mecanismos cuasi-judiciales, como instituciones de defensa de los ciudadanos (ombudsman, superintendencias de salud o educación).
- Mecanismos políticos, como el proceso parlamentario.
- Mecanismos administrativos, como la preparación y publicación de informes sobre el impacto de las acciones ejecutadas para garantizar los derechos.

“El diseño de mecanismos que permitan a la ciudadanía el acceso a una justicia independiente y eficaz es, pues, clave en el enfoque de derechos. No obstante, el hecho de que deban existir también mecanismos cuasi-judiciales y administrativos de *accountability* impone una demanda de creación de institucionalidad independiente, no sólo judicial, para asegurar la exigibilidad del derecho concernido toda vez que sea lesionado. (...) La propia institucionalidad prestadora de los servicios requiere cambios para que su responsabilización ante la ciudadanía pueda hacerse efectiva. Destacan, en este sentido, la definición de procedimientos y reglas administrativos que acoten la discrecionalidad de los prestadores de los servicios públicos –incluso los que están en manos privadas–, al menos en relación con dos asuntos que en la práctica pueden implicar una lesión a un derecho no obstante esté instituido: la calidad y oportunidad de las prestaciones.” (Ibíd.:8) Como se percibe, la rendición de cuentas no se restringe a la publicidad de las cuentas públicas.

La *gobernanza sistémica* parte de la concepción del Estado como arena de poder (Oszlak y O'Donnell, 1981) y de la hechura de las políticas como resultado del

enfrentamiento de intereses (quien define es quien decide, porque la definición dada al problema condiciona su solución, como explica Aguilar Villanueva, 1993), apelando a la posibilidad de gestar acuerdos sobre la base de interacciones comunicativas (Habermas, 1999). “La imposición ‘top-down’ resulta en una casi espontánea emergencia de ‘identidades de resistencia’. Sin embargo, una subsecuente introducción de políticas interactivas entre los diversos actores suele transformar esas identidades de resistencia en ‘identidades con el proyecto’. Ello porque, en general, el lenguaje moldea la realidad permitiendo que los actores, a pesar de portar intereses diversos y conflictivos, pueden construir significados compartidos alrededor de un problema, percibir su interdependencia y estar dispuestos a cooperar para su solución.” (Ibíd.:10)

La idea de **integralidad**, en vinculación a la *gobernanza sistémica*, se manifiesta en el sentido de buscar soluciones que comprometan a diversos actores (gubernamentales, señala Cunill Grau, pero no solamente, agregamos). “Ella [la gobernanza sistémica] remite al alineamiento e integración en torno a una visión común de los diversos actores gubernamentales, cualquiera sea su adscripción, actuando así como un sistema para la efectiva protección de un derecho instituido. Bajo esta perspectiva, existe gobernanza sistémica toda vez que al menos los actores gubernamentales concernidos directa o indirectamente en el ejercicio de un derecho ciudadano, mantienen relaciones orgánicas y sostenidas de cooperación para aportar y producir soluciones integrales a las problemáticas que el derecho interpela.” (Ibíd.:11)

Tres dimensiones interrelacionadas deben ser atendidas para que la estrategia de gobernanza se constituya en un atributo de la institucionalidad:

- **Dimensión espacial:** remite a la metáfora de la reunión como ámbito de cooperación basada en la confianza, la horizontalidad de los vínculos por encima de la autoridad, y el diálogo entre los actores con incidencia política. ...“el tipo de políticas públicas que supone soluciones integrales estaría exigiendo el desarrollo de arreglos institucionales de diálogo sostenido, que devengan en visiones compartidas y en la articulación de los recursos y saberes entre sectores y niveles gubernamentales; por tanto, no bastaría el mero perfeccionamiento de la coordinación entre ellos.” (Ibíd.:12)
- **Dimensión instrumental:** en referencia a los instrumentos de gestión para la articulación entre actores. Los procesos de planificación, presupuestación y evaluación deben ser multilaterales y asentarse sobre la contractualización de relaciones de responsabilidad, es decir, sobre compromisos negociados. ...“los mecanismos de influencia mutua en los procesos de decisión (...) pueden balancear las diferencias reales o percibidas de poder, diferencias que

constituyen uno de los principales obstáculos al trabajo intra e intersectorial.” (Ibíd.:12)

- **Dimensión valórica:** los valores modelan a las instituciones, con el riesgo de que ...“cuando el acento se pone sólo en la búsqueda de eficiencia, y los resultados son juzgados con base en ella, se pueden crear incentivos perversos tanto hacia la equidad como a la cooperación mutua.” (Ibíd.:13)

Por último, la construcción de un nuevo *espacio público* exige volver a definir la relación entre el Estado y la Sociedad Civil, de modo de contrabalancear los desequilibrios en la distribución del poder a partir de la creación de arreglos institucionales que promuevan la “participación ciudadana deliberativa y autónoma – particularmente para quienes no tienen voz– sobre las instancias y procesos de formación, control y evaluación de la políticas y decisiones públicas, para producir decisiones y resultados más justos, equitativos y racionales.” (Ibíd.:15)

La **participación ciudadana** así planteada se traduciría en más democracia y más eficiencia en la provisión de servicios públicos, desarrollando una relación virtuosa entre derechos sociales y derechos políticos de ciudadanía.

La existencia de un nuevo espacio público se expresa en:

- Arreglos institucionalizados de deliberación sobre las decisiones públicas y sus resultados.
- Gestión de la información para la ciudadanía.
- Arreglos de coproducción público-privada, en el sentido de “lo público no estatal”, como lo ha definido la autora junto a Luiz Bresser Pereira (1998): arreglos que pueden contribuir a desarrollar una institucionalidad pública que trascienda los límites del Estado, teniendo como referente la construcción de ciudadanía desde la dimensión de los deberes.
- Valores de los directivos y agentes públicos consistentes con la construcción de ciudadanía.

Las cuestiones tratadas hasta aquí ponen de manifiesto que, para avanzar en la realización de los derechos del niño, hace falta un dispositivo jurídico que extraiga su legitimidad de acuerdos sociales fundados democráticamente. Sólo así será posible crear y afianzar la institucionalidad necesaria para el desarrollo de intervenciones públicas orientadas al bienestar de los niños. Sobre esta base material, el reconocimiento de los derechos del niño contribuirá a la concreción de una ciudadanía plena para todos.

CONTRIBUCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO A LA CIUDADANÍA Y LA DEMOCRACIA

“La revolución social por una sociedad mejor está, hoy en día, paradójicamente confiada a la lucha por la legalidad.” (Alessandro Baratta)

Alessandro Baratta (1998, 2007a) ha destacado la importancia del concepto de democracia, entendida como “la auto-organización de la respuesta pública a las necesidades reales de sus portadores”, para la realización de los derechos del niño. El jurista y sociólogo italiano retoma la afirmación de James Grant⁴ *‘la democracia es buena para los niños’*, destacando la importancia de la participación de la sociedad civil en la cosa pública, y la respuesta especular dada por García Méndez *‘los niños son buenos para la democracia’*, enfatizando su capacidad de desencadenar, a partir de su condición y situación, el movimiento social desarrollado en torno a la defensa de sus derechos.

La democracia como medio de realización del interés superior del niño

El desarrollo de la democracia participativa es un requisito para la implantación de las políticas de protección de los derechos de la infancia. Esta necesidad es introducida por el principio del ‘interés superior del niño’ que define la orientación general de la Convención. Sin desconocer la observación (Bustelo, op.cit.) acerca del retroceso político que implicó el reemplazo del interés supremo (*the paramount interest*) por el mejor interés (*the best interest*), debemos aceptar que la centralidad del interés del niño da lugar a la transnacionalidad de los esfuerzos y a la transversalidad de las políticas públicas. “Esto quiere decir que la protección de estos derechos no es necesariamente sólo la tarea de instituciones particulares con una competencia específica, sino de una estrategia general que potencialmente interesa a cualquier institución pública o privada y a cualquier órgano del Estado o de sus entidades territoriales y de la comunidad internacional.” (Baratta, 2007a:1) Desde esta perspectiva, la transversalidad se convierte en protección integral.

Por su parte, el reemplazo del interés supremo por el interés superior tiene implicancias sobre el alcance de las políticas públicas. La noción de ‘economía’ pone en relación las necesidades humanas con la escasez de recursos, subordinando el mejor interés al alcance del presupuesto nacional. Pero una interpretación distinta de

⁴ Director ejecutivo de UNICEF entre 1980 y 1995, quien contribuyó a impulsar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

la progresividad de las acciones estatales traspasa las fronteras nacionales para responsabilizar a la comunidad internacional por la garantía de los derechos positivos (económicos, sociales y culturales) de los niños.

Estas dos dimensiones primordiales del interés del niño (integralidad y progresividad) involucran a todas las instituciones de la sociedad –tanto a las empresas privadas como a las organizaciones sociales y a los ciudadanos orientados por una responsabilidad democrática– que interactúan en el escenario estatal instituyendo determinada legalidad. Si esta legalidad se encuentra éticamente fundada y logra ser consensuada, adquiere legitimidad, dando lugar a interacciones política y socialmente democráticas. “Una clase de sujetos está en una relación de democracia social o política con otros sujetos cuando el consenso de los miembros de la clase resulta determinante para la producción o para la validez de las reglas que disciplinan las decisiones en nombre colectivo, en una determinada institución de la sociedad civil, en el Estado o en otro ente político territorial y pueden participar en la toma de decisiones, directamente o por representación.” (Baratta, 1998:6)

Sin embargo, la titularidad de derechos humanos no es suficiente para que las reglas de la democracia se extiendan a los niños, niñas y adolescentes. Ellos constituyen un sujeto político especial, en la medida en que la realización de sus derechos exige la intervención de los adultos. Esto introduce ciertos problemas de orden político-filosófico: si los niños han sido históricamente sometidos al arbitrio de los adultos –padres, tutores, maestros, etc. – ¿Es posible delegar en ellos el reconocimiento de su subjetividad? ¿Estarán los adultos en condiciones de darles voz, de escucharlos y de respetar su voluntad? ¿Hasta dónde se extenderá el reconocimiento de esta autonomía? ¿El momento de la negación de la discrecionalidad adulta dará lugar a la instauración de una nueva tiranía, esta vez de los niños? ¿Cómo se superan dialécticamente los momentos particulares en pos de una relación adultez-infancia verdaderamente democrática?

Como señala Baratta, los niños no son protagonistas de las luchas por sus derechos sino meros destinatarios, de manera que han quedado dependiendo del discurso y acción de los adultos. No se han erigido en un sujeto colectivo, en un movimiento político.⁵ “Los adultos han reformulado las reglas del juego y los procedimientos a través de los cuales pueden ser tomadas decisiones de las que dependen directa o indirectamente las condiciones de los niños, pero no han admitido compartir con ellos el poder de formular las reglas del juego y los procedimientos... (Ibíd.:10) Por otro lado, la lucha de los niños por su derecho a la igualdad ha quedado desvinculada

⁵ La Convención reconoce como niños a las personas de hasta 18 años de edad. Tomando en cuenta esta definición se impone exceptuar el caso de los estudiantes secundarios chilenos, que con su demanda de una educación pública y de calidad para todos, contribuyeron a sacar de su letargo a una sociedad resguardada en la Concertación.

de la lucha por el reconocimiento de su diferencia. La infancia como tránsito hacia la adultez impide reconocerla como una etapa distintiva del desarrollo humano.

Dada la particular condición de los niños (más pequeños) como sujetos políticos, han sido los movimientos de mujeres los que bregaron por sus derechos. El debate que se plantea al respecto es: ¿el interés superior del niño de alguna manera se opone a la realización de los derechos de las mujeres? En principio, el derecho internacional establece que ningún derecho puede apoyarse en la pérdida o deterioro de otro derecho fundamental. “Lo que debe quedar claro es que no se debe oponer el “interés superior del niño” a la realización de los derechos humanos de las mujeres”... (Acosta Vargas, 2003:45)

Acosta Vargas remite a la orientación particularista de la legalidad propia del sistema tutelar para advertir sobre el riesgo de volver a desplegar un tipo de derecho casuístico y fragmentario, esta vez separando la realidad de mujeres y niños. “Se trata de construir un derecho protectorio, emancipador y que propicie una ciudadanía amplia, para todos.” (Acosta Vargas, s.f.:18)

En este sentido, el movimiento de mujeres ha encausado su acción política a la transformación de relaciones sociales e interpersonales complejas, superando la visión de los niños y las mujeres como grupos vulnerables, para reivindicar e instalar derechos universales jurídicamente amparados. “Este es uno de los elementos constitutivos de la igualdad jurídica, concepto que incluye las diferencias personales y excluye las diferencias sociales. De esta manera, la igualdad y las diferencias se implican mutuamente: entre las personas hay espacio para la libertad de ser diferentes, pero no para instituir diferencias sociales originadas por la pobreza o por la marginación de cualquier índole, las que terminan erigiéndose en barreras discriminatorias.” (Acosta Vargas, 2003:42)

Atendiendo a estas cuestiones, y como complemento del principio del interés superior del niño para la realización de la democracia, cabe profundizar en el derecho de los niños a opinar y a ser escuchados, como medio de reconocimiento de su ciudadanía.

El derecho a expresarse y ser escuchado como medio de reconocimiento de la ciudadanía plena de los niños

Si bien el derecho de los niños a formar un juicio propio, expresar su opinión y ser escuchados no tiene antecedentes previos a la Convención, los grados de libertad para el desarrollo de cada una de estas acciones son diferentes. “La libertad de formarse un juicio propio no tiene ninguna limitación de contenido, en verdad se refiere a la

total posición del niño frente al mundo. Pero el derecho de expresar la propia opinión no se extiende a toda su visión del mundo, sino que comprende solamente las situaciones que afectan al niño. (...) Aun más restringido resulta el derecho de los niños de ser escuchados. Este derecho no se refiere a todo lo que el niño puede opinar acerca de las decisiones que los adultos toman por él, sino solamente a las decisiones que los adultos toman a nivel institucional, en el caso de aquellos procedimientos judiciales y administrativos que afectan al niño.” (Ibíd.:11. El subrayado es nuestro.)

Más allá del camino que queda por recorrer, la concreción de una ciudadanía plena para los niños, y por su intermedio para los adultos, depende de que estos últimos aprendan a escuchar para comprender –en el sentido weberiano de empatía– la visión del mundo de los niños. Sólo desde esa perspectiva los adultos podrán revisar y modificar las propias disposiciones para aproximarse al horizonte de la democracia.

“Pero este deber (de los adultos de escuchar) no se puede reducir a la pura libertad del niño a expresar su experiencia a los otros niños y a los adultos, sino que significa en concreto, el deber del adulto de aprender de los niños, es decir, de penetrar cuanto sea posible al interior de la perspectiva de los niños, medir a través de ello la validez de sus propias (del adulto) opiniones y actitudes y estar dispuesto a modificarlas. Sólo configurando el derecho del niño a ser escuchado, como deber de los adultos de escucharlo y aprender de él, es que el principio contenido en el artículo 12 [de expresar su opinión y ser escuchados] se coloca como el principio central de la Convención e indica un largo camino hacia el futuro de la relación entre niños y adultos.” (Ibíd.:15)

El ejercicio del derecho a ser escuchado y del deber de escuchar parte del reconocimiento de que...“el niño, en cualquier fase de su desarrollo, incluso el niño pequeño, tiene una ciudadanía plena. Una ciudadanía plena que es compatible, con la debida consideración de su diferencia con respecto a los adultos, es decir de su identidad como niño.” (Ibíd.:12. El subrayado es nuestro). Sólo entonces el derecho a expresarse y ser escuchado podrá considerarse como una forma de participación por representación del niño, y no por delegación, como diferencia Sandra Carli (2003). La delegación sería una representación sin mandato que pierde legitimidad ante la ausencia de un vínculo comunicativo, es decir, por la resistencia de los adultos a interiorizarse en el mundo de los niños.

DE CARA AL FUTURO

La infancia como proyecto político

La constitución del Estado moderno conlleva el reemplazo de la coerción –la violencia pura– por la coacción –amenaza del uso legítimo de la fuerza–, transición civilizatoria en que el derecho asume primacía. Sin embargo, la pretendida universalidad del pacto originario imponía condiciones: ser hombre, adulto, blanco y propietario. El surgimiento de la sociedad moderna capitalista se producía sobre el principio de la exclusión. De ahí que Baratta (2007a:11) proponga: “Si la crisis es tan profunda porque su causa fue congénita al surgimiento de la modernidad, tal vez para salir de ella debamos rever, revisar el propio lenguaje y el aparato conceptual con los cuales fueron fundados el Estado y el derecho modernos.”

El nuevo programa es el de la **alianza** entre los excluidos del pacto social originario y todas las personas que quieran vivir mejor, replanteando a su vez la relación entre las personas y la naturaleza. Para dar lugar de esta manera a “Una civilización en que el potencial inmanente de violencia, es decir de represión de las necesidades, no permanece oculto sino que es revelado, articulado, para permitir, mediante esta revelación, la realización de formas no violentas de superación de la violencia.” Sería este el utópico fin de la ideología, esta vez entendida como ocultamiento o falsa conciencia.

Este programa reivindica la imaginación y el potencial de creación de los niños. “La capacidad de anticipación del futuro implica la capacidad de vivir lo posible como real y lo real como contingente, o sea, como posible pero no necesario, algo que es así pero que podría ser diferente.” (Ibíd.:14) Si los adultos hemos perdido la capacidad de construir otro proyecto de sociedad, los niños vuelven a proyectarnos al futuro. Existe en la niñez un proyecto constituyente de otra ciudadanía, que los adultos podemos abrazar para recuperar la esperanza.

En un sentido similar de transformación y esperanza se inscribe la propuesta de Bustelo (op.cit.). Según su concepción, la infancia es una categoría histórica y, por lo tanto, su identidad depende de una narración temporal y espacialmente construida e instalada. La infancia moderna se constituye como una categoría no homogénea, atravesada por las mismas diferencias que fragmentan a la sociedad. Pero entonces es posible establecer otra narración.

Como el propio origen del término infancia (sin voz pública) denota, y considerando que las palabras implican apropiaciones, resulta fundamental la participación de los niños en la construcción de los términos que los construyen. Se refuerza así la idea de autonomía, que ha acompañado al concepto de infancia en todo su recorrido. Con esto, el niño ingresa en el campo de lo que es, adquiriendo ciudadanía epistemológica. Por su parte los adultos enfrentan el desafío de desprenderse de la adultez, para ver cómo la infancia se reintroduce en el mundo adulto en sus propios términos.

La infancia como un ‘no todavía’ trae aparejada la idea de esperanza. La infancia debe ser pensada como una categoría de cambio social y la Convención como el soporte para el desarrollo de nuevas subjetividades emancipatorias. “El valor real de la CIDN en tanto ruptura cultural radica en que, aun sin eliminarlo por completo, altera sustancialmente aquello que en la historia ha sido entendido como el corazón de las relaciones entre niños y adultos y que no puede definirse de manera más precisa que mediante el concepto de **discrecionalidad**.” (Bustelo, op.cit.:12)

Para Bustelo, los derechos humanos constituyen la posibilidad más concreta de profundización de la democracia. Una política que afirme estos derechos debe conciliar una esfera estatal y no estatal en un espacio público cuya característica central sea la de estimular una lucha política transformadora. ...“se necesita una inteligencia de la indignación que abra un espacio para que la práctica de los derechos humanos pase cada vez más a concebirse como lucha política por un cambio social, lo que indefectiblemente debe hacer remitir esa práctica al inicio de la vida, esto es, a los derechos de niños, niñas y adolescentes.” (Bustelo, op.cit.:126)

La propuesta es conferir a la infancia una diacronía entendida como ruptura, como algo distinto a la pura repetición, y una autonomía que se imponga a la heteronomía planteada como sometimiento. Para esto es necesario desplazar la subjetividad definida como ensimismamiento, como un yo (adulto) que aparece como sujeto de todos los verbos, y dar lugar a los derechos de la infancia y la adolescencia a partir del reconocimiento de su ‘eleidad’.

El porvenir como responsabilidad de los adultos

Reafirmando el propósito de interactuar discursivamente con las contradicciones que atraviesan la subjetividad y la sociedad, creemos posible articular una síntesis de lo dicho poniendo el énfasis en los principales quiebres y tensiones que introducen los derechos humanos del niño con respecto a la definición de la niñez y la relación niñez-adulthood hegemónicas en el diagrama de poder anterior.

- El recorrido epistemológico de la noción de infancia es indisociable de la interacción entre autonomía / subordinación (del niño en relación al adulto) y obligatoriedad / discrecionalidad (del adulto hacia el niño). La cultura de los derechos humanos contribuye al progresivo reconocimiento de la autonomía de la niñez y de la obligatoriedad de las leyes hacia la infancia. El logro primordial de la concepción jurídica que supone el reconocimiento de los derechos humanos de los niños es el destierro de una legalidad con una impronta casuística y discrecional, y la introducción en su lugar de una legalidad universal, abstracta y procedimental.

- La proclama del interés superior del niño da lugar a una integralidad definida por el involucramiento de todos los sectores de la sociedad para la consecución de los derechos del niño y a una negociación conflictiva de intereses en la arena política que deberá traducirse en una legalidad legitimada y garantizada por el Estado para la realización plena de la democracia. Por otro lado, la realización del principio de integralidad demanda una progresividad de las acciones en la que el límite de los recursos disponibles se extienda más allá de las fronteras nacionales.
- El derecho a opinar –pero sobre todo el derecho a ser escuchado– instituye a los niños como un sujeto político especial, en la medida en que no pueden afrontar por sí solos el reclamo por sus derechos. En estrecha relación con este reconocimiento vuelven a adquirir centralidad los conceptos de diferencia, autonomía y no discrecionalidad. Los niños no son adultos en tránsito sino sujetos con entidad propia. En esta atribución de una subjetividad basada en la diferencia, la noción de eleidad se ajusta mejor que la de otredad, en la medida en que permite desencadenar el proceso de comprensión del mundo por parte de los adultos desde la perspectiva de los niños. Esto habilitará su representación, diferenciándola de la delegación. En este proceso de reconocimiento de la ciudadanía plena de los niños los adultos se redefinirán a sí mismos en un sentido democrático.
- Mediante el juego, los niños transforman su realidad inmediata y hacen factible el futuro tal como lo imaginan. Esta disposición constituye una enseñanza para la práctica política de los adultos.
- El reconocimiento de derechos frente a la atención de carencias introduce un vínculo inexorable entre derechos, obligaciones/garantías y demandabilidad. En este sentido, la falta de justiciabilidad de los derechos positivos se relaciona con el estado incipiente de implantación de los derechos humanos y no con una imposibilidad inherente al sistema de justicia.
- La demandabilidad política requiere de una institucionalidad que favorezca la rendición de las acciones gubernamentales y la responsabilización social de la ciudadanía; la gobernanza sistémica o democratización de los dispositivos institucionales como medio de consecución de la integralidad; y el fortalecimiento del espacio público a partir del deber ciudadano de intervenir en la construcción del bien público.

Estas definiciones ya han sido ideológicamente instaladas en el campo político. Hace falta seguir avanzando en la transformación de estas ideas en disposiciones propias de una subjetividad comprometida e involucrada; en interacciones desplazadas de las enunciaciones en primera persona del singular para la construcción de espacios de

respeto, buen trato y acciones mancomunadas; y en la institucionalización –en todas las formas conocidas y por descubrir– de las regulaciones sociales que favorezcan la integración social. Todo esto con arraigo en aquellos principios éticos que resignifican nuestra humanidad.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, V. (2006). Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. Revista de la CEPAL 88.

Abramovich, V. y Courtis, C. (2000). El acceso a la información como derecho. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI. Anuario de Derecho a la Comunicación Año 1 Vol. 1.

_____ (s.f.). Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. En

[http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/Exigibilidad de los DESC - Abramovich.pdf](http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/Exigibilidad_de_los_DESC_-_Abramovich.pdf)

Acosta Vargas, G. (2003). La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los derechos del niño: hacia la ciudadanía plena para niños, adolescentes y mujeres. En E. Faur et al. (Comp.) Derechos universales realidades particulares. Buenos Aires: UNICEF.

_____ (s.f.). Derechos de las mujeres, derechos de la infancia: renovando la ciudadanía. En [http://www.iin.oea.org/derechos de las mujeres G. Acosta.PDF](http://www.iin.oea.org/derechos_de_las_mujeres_G_Acosta.PDF)

Aguilar Villanueva, L. (1993). Estudio introductorio. En Problemas públicos y agenda de gobierno. México D.F.: Miguel Ángel Porrúa.

Baratta, A. (1998). Infancia y Democracia. En E. García Méndez y M. Beloff (comp.) Ley, Niñez y Democracia. Buenos Aires: Tamis.

_____ (2007a). Democracia y derechos del niño. Santiago de Chile: UNICEF. Colección Justicia y derechos del niño No. 9.

_____ (2007b). La niñez como arqueología del futuro. Santiago de Chile: UNICEF. Colección Justicia y derechos del niño No. 9.

Beloff, M. (1999). Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. Santiago de Chile: UNICEF. Colección Justicia y derechos del niño No. 1.

_____ (2005). Reforma legal y derechos económicos y sociales de los niños: las paradojas de la ciudadanía. Presentación en el IV Seminario “Perspectivas regionales: integración económica y una protección sin discriminación de los derechos sociales y económicos de las Américas”, Universidad de Quebec, Montreal.

- Birgin, H. (2003). Darle poder a la ley: Herramientas de acción ciudadana. Acceso a la justicia. En E. Faur et al. (Comp.) Derechos universales realidades particulares. Buenos Aires: UNICEF.
- Bresser Pereira, L. y Cunill Grau, N. (1998). Lo público no estatal en la reforma del Estado. Buenos Aires: CLAD y Paidós.
- Bustelo, E. (2007). El recreo de la infancia: argumentos para otro comienzo. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Carli, S. (2003). El problema de la representación. Balances y dilemas. Ponencia presentada en el VII Seminario Internacional “Infancias y Adolescencias: Teorías y experiencias en el borde” organizado por el Centro de Estudios Multidisciplinarios en Buenos Aires.
- Cillero Bruñol, M. (2003). Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva. En E. Faur et al. (Comp.) Derechos universales realidades particulares. Buenos Aires: UNICEF.
- Cunill Grau, N. (2010). Las políticas con enfoques de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública. Caracas: Revista del CLAD Reforma y Democracia No. 46.
- Faur, E. y Lamas, A. (2003). Los derechos de mujeres, niños y niñas. Entre la sanción y su ejercicio. En E. Faur et al. (Comp.) Derechos universales realidades particulares. Buenos Aires: UNICEF.
- García Méndez, E. (1999) Infancia, ley y democracia. Una cuestión de justicia. Santiago de Chile: UNICEF. Colección Justicia y derechos del niño No. 1.
- _____ (2003). Especificidad y universalidad del derecho. En E. Faur et al. (Comp.) Derechos universales realidades particulares. Buenos Aires: UNICEF.
- Habermas, J. (1999). Teoría de la acción comunicativa. Madrid: Taurus Humanidades. Tomos I y II.
- González, M. (2003). Políticas de vigilancia ciudadana y sistemas de seguimiento del estado de los derechos. En E. Faur et al. (Comp.) Derechos universales realidades particulares. Buenos Aires: UNICEF.
- Méndez, S. (2005). Niñez y adolescencia. En G. Di Marco (Coord.) Democratización de las familias. Buenos Aires: UNICEF.
- Oszlak, O. y O'Donnell, G. (1981). Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación. Buenos Aires: Documento G. E. CLACSO N° 4.
- Pilotti, F. (2000). Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto. Washington D.C.: Unidad de Desarrollo Social y Educación del la Organización de los Estados Americanos.

Ruiz, A. (2003). La imagen que nos devuelve el derecho. En E. Faur et al. (Comp.)
Derechos universales realidades particulares. Buenos Aires: UNICEF.