

**Ramiro Ávila Santamaría**  
 Doctor en Jurisprudencia, por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Máster en Derecho por Columbia University (New York), Profesor de Constitucionalismo Contemporáneo y Teoría General de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), Profesor de Filosofía de Derecho en la PUCE. Entre libros que ha escrito y editado se encuentran *Estado y el Derecho Internacional Humanitario* (junto con Valeria Amores CCR, 2006), *Neonacionalismo y Sociedad* (MIDH, 2008), *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de doctrina y derecho comparado* (junto con Agustín Grijalva y Rubén Marín, MIDH, 2008), *Drafting Constitucionalismo, la Constitución Ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (MIDH, 2008), *Los derechos sociales y su exigibilidad social* (junto con Christian Courts, MIDH, 2009), *El género en el derecho. Ensayos críticos* (junto con Judith Salgado y Lola Villalobos, MIDH, 2009). Coordinó la Serie de Justicia y Derechos Humanos. Neonacionalismo y sociedad y actualmente se desempeña como docente de la UASB.

**María Belén Corredores Ledesma**  
 Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Máster en Seguridad y Defensa (O por el Instituto de Altos Estudios Navales de la Armada Española) y Doctora en Filosofía por la Universidad Nacional de Educación a Distancia del Departamento de Filosofía de la Universidad de Salamanca. Es autora de los capítulos de la Prisión Preparatoria en el libro "Ejecución Penal y Derechos Humanos". Coordinadora del Libro *Los derechos colectivos. Hacia su efectiva comprensión y protección* (MIDH 2009). Parte del equipo consultor en el Proyecto de Ley de Ejecución de Penas elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Consultora de UNICEF en la propuesta de reforma al Libro IV del Código de la Niñez y Adolescencia propuesta por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.



# Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral

Ramiro Ávila Santamaría  
 y María Belén Corredores Ledesma  
 (Editores)

18

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS  
 NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

# Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral

Ramiro Ávila Santamaría  
 María Belén Corredores Ledesma  
 (Editores)

Roque Abujía  
 Ramiro Ávila Santamaría  
 Edgardo C. Baeza Manríquez  
 María Inés Ballesteros  
 Juan Pablo Bustamante  
 Miguel Cillero  
 Emilio García Méndez  
 Ricardo G. Pérez Manríquez  
 Luis Pasara  
 Edson Sola  
 Fermi Simón  
 Juan Villalobos  
 Margarita Velasco Abard  
 Gayne Villagómez

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos  
 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF - Ecuador  
 Alto Comisionado de Naciones Unidas

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS  
 NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

1. Neonacionalismo y Sociedad
2. Drafting constitucional
3. Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis comparado
4. Uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia
5. Ejecución penal y derechos humanos, una mirada crítica a la privación de la libertad
6. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional
7. La transformación de la justicia
8. Globalización y Derecho
9. Entre el control social y los derechos humanos
10. Diálogos sobre la reparación
11. La protección judicial de los derechos sociales
12. El Género en el Derecho, ensayos críticos
13. Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional
14. Los Derechos en la movilidad humana: del control a la protección
15. Derechos Acumulados, Vertidos y Contornos Plurinacionales
16. Los Derechos Colectivos: Hacia su efectiva comprensión y protección
17. Aneproyecto de Código de Garantías Penales. La Constitucionalización del derecho penal



www.minjusticia-dhh.gov.ec



Enfoques doctrinarios

---



## Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia\*

Emilio García Méndez

---

### Sumario:

I. La Convención y el retorno de la democracia en América Latina. II. Los procesos de reforma legislativa. III. Derecho y realidad: el “aporte” del “sustancialismo”. IV. Derecho y Pedagogía: de la discrecionalidad a la justicia. V. Derecho y autoritarismo. VI. Infancia y democracia. VII. Derecho y realidad: el “aporte” del masoquismo institucional. VIII. Globalización, infancia y derechos humanos. IX. Memoria del futuro: la infancia una cuestión de justicia. X. Bibliografía.

---

\* Nota de los editores: texto publicado originalmente en el libro colectivo “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”, García Méndez / Beloff, compiladores, editorial Temis –Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá– Buenos Aires, 1998. A este libro deben entenderse hechas las alusiones del autor a lo largo de su artículo.

*Mis propuestas de clarificación de lo que llamo la comprensión paradigmática de fondo del derecho y de la Constitución han de entenderse como una contribución polémica, que se dirige, sobre todo, contra el creciente escepticismo jurídico que parece difundirse entre mis colegas juristas y, más aún, contra ese realismo, a mi juicio falso, que subestima la eficacia social de las presuposiciones normativas de las prácticas jurídicas existentes.*

Jürgen Habermas  
*Facticidad y Validez*

## I. La Convención y el retorno de la democracia en América Latina

En noviembre de 1989, al cumplirse diez años de trabajos preparatorios, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó por unanimidad la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. A la fecha, todos los países del planeta, con dos únicas excepciones –Estados Unidos y Somalia<sup>1</sup>– ratificaron esta Convención. La región de América Latina y el Caribe ha sido

1 El haber enfrentado este problema reiteradas veces este último tiempo en debates y discusiones, me sugiere aquí una nota explicadora. En el caso de Somalia, el motivo es obvio. Desde hace muchos años, la guerra civil ha hecho desaparecer todo vestigio del gobierno central y mucho más de Estado. Somalia se ha vuelto pura geografía y no logra constituirse como sujeto del derecho internacional. El caso de Estados Unidos es mucho más complejo y requiere una explicación que, a mi juicio, remite a tres motivos de naturaleza diversa: a) el primero, se vincula con una tradición jurídica del derecho anglosajón –profundamente reforzada en oposición al bloque soviético en los años de la guerra fría– que privilegia los derechos y garantías individuales, es decir, el derecho como un instrumento eficaz para restringir el área de intervención del Estado en la vida de los individuos (una tradición que se resiste a transformar en normas exigibles) aspectos vinculados al área de lo económico-social (salud, trabajo, vivienda, etc.). En este sentido, no debe olvidarse que la CIDN es, también, un catálogo de derechos económicos y sociales; b) el segundo motivo se refiere a una imagen (falsa pero eficiente en conquistar credibilidad) que grupos conservadores, generalmente de matriz religiosa, han propagado, en el sentido de que la CIDN destruye completamente la autoridad de los padres sobre los hijos. Esta percepción es totalmente falsa. Sin embargo, lo que sí es verdad es que la CIDN reduce drásticamente las relaciones de discrecionalidad entre padres e hijos. En este sentido es precisamente que la CIDN reformula radicalmente las relaciones de los niños, no sólo con el Estado, sino también con los adultos; y c) el tercer motivo, de naturaleza eminentemente simbólica, no deja por ello de ser sumamente importante y se vincula estrechamente con los temas de la seguridad urbana y la delincuencia juvenil

pionera en el proceso mundial de ratificaciones de este tratado internacional, omnicompreensivo de los derechos humanos de todos aquellos que aún no han alcanzado los dieciocho años. Más aún, todos los países de América Latina y el Caribe no sólo han ratificado la Convención, sino que además la han transformado en ley nacional mediante un trámite de aprobación parlamentaria. En América Latina, particularmente en el contexto de la tradición jurídica napoleónica de derecho codificado, el proceso de transformación de la Convención en ley nacional ha generado una verdadera situación de esquizofrenia jurídica. Esquizofrenia jurídica referida a la vigencia simultánea de dos leyes, que regulando la misma materia resultan de naturaleza antagónica: por un lado, la Convención y por el otro, las viejas leyes de menores basadas en la doctrina de la situación irregular. La inercia político-cultural, sumada a algunos problemas de técnica jurídica procesal, determinó que, en el plano judicial, se continuara con la aplicación masiva y rutinaria de las viejas leyes de menores, al tiempo que la aplicación de la Convención se convertía en un hecho excepcional y fragmentario.

Si las cosas hubieran seguido su curso “natural”, es probable que la Convención hubiera permanecido, tal vez por muchos años, como un “simpático” instrumento del derecho internacional. Sin embargo, Brasil cambió el rumbo “natural” de la historia, desatando un proceso absolutamente inédito en la tradición socio-jurídica de la región: la producción democrático-participativa del derecho, en este caso, de un nuevo derecho para la infancia. Un proceso –que dicho en palabras de Pietro Barcellona– permitió “redescubrir que el carácter estructuralmente normativo del ser social es un recurso de poder, porque la capacidad de producir normas es una competencia social difusa y no solamente una prerrogativa de los parlamentos”<sup>2</sup>. Este proceso, que ha sido en otra parte analizado en forma detallada por algunos de sus principales protagonistas<sup>3</sup> merece aquí un breve resumen, sobre todo por su enorme impacto y repercusión fuera de las fronteras del Brasil.

No parece exagerado afirmar que el proceso de transformaciones jurídicas que desembocó en la aprobación del Estatuto del Niño y del Adolescente de

2 Barcellona, Pietro, *Politica e passioni*, Bollati Boringhieri, Turin, 1997, p. 61.

3 Además de la considerable cantidad de bibliografía en portugués, para los lectores de habla castellana se recomienda muy especialmente los trabajos de Edson Seda (1992) y Antonio Carlos Gomes Da Costa (1992).

Brasil en 1990, constituye tal vez el motivo de mayor intercambio e integración que, en el campo social, Brasil ha tenido con el resto de América Latina, poniendo fin a una larga tradición de mutua ignorancia con el resto de la región.

Al descubrir, en forma empírica, la íntima conexión entre los problemas de la infancia y los problemas de la democracia y, en el marco del proceso popular de construcción de una nueva Constitución que indicaba con claridad el fin de un cuarto de siglo de autoritarismo militar, el embrionario movimiento de lucha por los derechos de la infancia se articuló en torno a la preparación de dos enmiendas populares a ser introducidas en la nueva Constitución (mecanismo previsto por la propia Convención Constituyente). El resultado fue la incorporación a la nueva Constitución brasilera, aprobada finalmente en octubre de 1988, de dos artículos claves para todo el desarrollo de un nuevo tipo de política social para la infancia: la política social pública. El artículo 227 constituye una admirable síntesis de la futura Convención, que para la época circulaba en forma de anteproyecto entre los movimientos de lucha por los derechos de la infancia. El otro artículo decisivo fue el 204 (particularmente en su inciso II) el que, legitimando la articulación de esfuerzos coordinados entre gobierno y sociedad civil, colocaba las bases explícitamente jurídicas para la reformulación de una política pública, ya no más entendida como mero sinónimo de política gubernamental, sino como el resultado de una articulación entre gobierno y sociedad civil<sup>4</sup>.

## II. Los procesos de reforma legislativa

Que una reivindicación por la mejora de las condiciones materiales de la infancia se expresara bajo la forma de una norma jurídica, nada menos que de

4 El art. 227 establece: “Es deber de la familia, de la sociedad y del estado asegurar al niño y al adolescente, con prioridad absoluta, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, a la recreación, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de colocarlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión”. Por su parte, el art. 204, establece: “Las acciones gubernamentales en el área de la asistencia social serán realizadas con recursos del presupuesto de seguridad social, previstos en el art. 195, además de otras fuentes, y organizadas en base a los siguientes principios. II. Participación de la población, por medio de organizaciones representativas, en la formulación de las políticas y en el control de las acciones en todos los niveles.

rango constitucional, significaba una doble ruptura inédita en la región. En primer lugar, una ruptura con un “sentido jurídico común” que a la época en forma abierta y hoy en una forma solapada y vergonzante, se expresa en la trillada frase: “en América Latina tenemos maravillosas legislaciones de menores que infelizmente no se aplican”. En segundo lugar, una ruptura con el acuerdo tácito de que la Constitución, muy en especial sus garantías individuales, invariablemente consagradas normativamente para **todos** los habitantes, no debían interferir en la práctica con las tareas de “compasión-represión” propias del (no) derecho y las políticas de menores. Aprobada finalmente la nueva Constitución, los artículos 204 y 227 pusieron de inmediato en evidencia el carácter flagrantemente inconstitucional de la legislación minorista vigente: el código de menores de 1979, dispositivo central en la política social del autoritarismo militar de las décadas pasadas.

Estos son, en forma muy breve y esquemática, los antecedentes del primer proceso de reforma legislativa en América Latina en el contexto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

En realidad, puede decirse que en América Latina ha habido dos grandes etapas de reformas jurídicas en lo que se refiere al derecho de la infancia. Una primera etapa, de 1919 a 1939, que introduce la especificidad del derecho de menores y crea un nuevo tipo de institucionalidad: la justicia de menores<sup>5</sup>. Una segunda etapa, de la cual este libro precisamente pretende dar cuenta, que comienza en 1990 y continúa abierta y en evolución hasta nuestros días.

Cumplida la primera etapa del proceso de reformas, desde 1940 a 1990, los pocos cambios jurídicos ocurridos han sido invariablemente intrascendentes: variaciones sobre un mismo tema para decirlo en una forma un poco más elegante. El proceso de cambio jurídico y social que los movimientos de lucha por los derechos de la infancia concretan en Brasil en 1990 (pero que reconoce antecedentes inmediatos y directos por lo menos desde 1986) constituye un ejemplo extraordinario de conjunción de tres coordenadas fundamentales: infancia, ley y democracia. En este caso, la experiencia demuestra que los diversos problemas de la infancia sólo pueden ser reconstruidos en

5 Para un análisis bastante exhaustivo de esta primera etapa, pero que sólo abarca cinco países de la región (Argentina, Colombia, Costa Rica, Uruguay y Venezuela) cfr. E. García Méndez, E. Carranza (1990). Para un análisis más global referido a toda América latina, cfr. E. García Méndez (1997a, pp. 45 y 55).



una clave distinta a la “compasión-represión” cuando se cruzan con el tema de la ley y el tema de la democracia.

Esto significa un rechazo rotundo a considerar los temas de la infancia desde cualquier perspectiva fragmentaria y sobre todo corporativista. La nueva relación infancia-ley implica una profunda revaloración crítica del sentido y naturaleza del vínculo entre la condición jurídica y la condición material de la infancia.

Pero las transformaciones de la segunda etapa de reformas legislativas (de 1990 en adelante) no se refieren solamente a un cambio profundo y sustancial en los contenidos de la ley. Se trata además, de un cambio en los mecanismos de producción del derecho; de un nuevo derecho para todos los niños, no sólo para aquellos en “situación irregular”. A partir de la experiencia del Brasil, todo el resto de las reformas legislativas (con mayor o menor nivel de participación social y con una mejor o peor técnica jurídica), dejaron de ser esotéricas y clandestinas reuniones de “expertos” que trabajan en los sótanos de los Ministerios de Justicia, para convertirse en inmensos laboratorios político-sociales de producción jurídica democrática.

La década de los ochentas para América Latina en general, y su segunda mitad para Brasil en particular, coincide con la retirada, más o menos ordenada, más o menos caótica, de las dictaduras militares instauradas en la década del setenta. En América Latina, el complejo, difícil y contradictorio retorno a la democracia coincide con el surgimiento y difusión de la Convención. Por primera vez, un instrumento con la forma de la ley capta seriamente la atención de los movimientos sociales, por otra parte, políticamente enfrentados, en general, a los gobiernos autoritarios. Sin embargo, la asimilación de este instrumento legal no fue fácil y no faltaron las críticas de distinto tipo. Desde aquellos que afirmaban que cualquier intento de juridificación de los derechos de la infancia significaba en la práctica negar o, por lo menos, poner una camisa de fuerza a sus derechos naturales, hasta aquellos que veían en la Convención otra más o menos sutil intervención del imperialismo. En realidad, los motivos profundos por los que la Convención logra finalmente imponerse con tanta intensidad esperan un análisis más detallado. Es posible, sin embargo, que su comprensión y aceptación como instrumento específico de derechos humanos haya jugado un papel fundamental en su instalación socio-jurídica definitiva. También, es probable

que haya sido decisiva la intuición de algunos grupos de activistas sociales, en el sentido de que no es sólo la democracia la que garantiza la lucha por los derechos, sino que es también, y fundamentalmente, la lucha por los derechos lo que garantiza la democracia<sup>6</sup>. Fue, precisamente, esta “intuición” la que jugó un papel determinante en la primera incorporación constitucional de la Convención. En el Brasil de fines de los ochentas, fueron juristas con sensibilidad educativa y, sobre todo, educadores con una altísima sensibilidad jurídica, los que instalaron un tipo, felizmente heterodoxo, de lucha por los derechos en el campo del derecho. Articulación esta última que abre las bases para la urgente y necesaria reformulación de las relaciones entre pedagogía<sup>7</sup> y justicia, refundación que encuentra en el texto de Antonio Carlos Gomes da Costa –contenido en este libro– su mejor ejemplo, eximiéndome aquí de ulteriores reflexiones.

### III. Derecho y realidad: el “aporte” del “sustancialismo”

Como era de esperar, “sustancialistas” de diverso tipo y nostálgicos defensores del (des)orden jurídico anterior, quedaron respectivamente marginados y enfrentados a este proceso. Si los nostálgicos defensores del viejo orden jurídico –cultores varios del cadáver insepulto de la doctrina de la situación irregular– no necesitan ser ulteriormente explicados, sí me parece que aquellos que aquí denomino “sustancialistas” merecen una más detallada explicación. Denomino aquí con el término “sustancialistas” a aquellos que, desde diversas posiciones político-ideológicas, subestiman las capacidades reales, positivas o negativas, del derecho. Son los mismos que otorgan un carácter automático e ineluctablemente condicionante a lo que ellos, arbitrariamente, definen como condiciones materiales determinantes. En la práctica, son aquellos que nos alertan sobre la inutilidad de cualquier reforma que no sea “profundamente estructural”. Son los portadores, conscientes o inconscientes, de la

6 Sobre este punto específico de la relación derecho-democracia, cfr. L. Ferrajoli (1989, especialmente p. 992).

7 El concepto de “pedagogía” está particularmente referido a una necesaria reformulación crítica que, en clave garantista, deberá realizar la educación y los educadores, sobre todo –aunque no exclusivamente– en situaciones vinculadas al conflicto de los adolescentes con la ley penal.

perspectiva que produce el efecto doblemente perverso de la pobreza. Una vez como productora de situaciones concretas de profundo malestar social y pérdida de la dignidad humana (en los pobres), y otra vez (en los no pobres) en su uso instrumental como burdo comodín que explica (y sugiere) las varias formas de la resignación. “Aquí no se pueden respetar los derechos humanos hasta que la pobreza no se erradique” es la frase hecha del simplismo, que mejor sintetiza la posición “sustancialista”.

Esta posición olvida que la historia crítica del desarrollo social enseña exactamente lo contrario: que son precisamente las formas de resolución pacífica y respetuosa de la dignidad humana de los conflictos sociales e individuales, las condiciones *sine qua non* (aunque no suficientes) para un desarrollo sustentable que permita una verdadera erradicación de la pobreza. Los varios ejemplos demuestran que ha sido una inversión masiva en educación (derecho habilitante para el ejercicio de otros derechos), lo que ha permitido el desarrollo y la erradicación real de la pobreza, y no lo contrario<sup>8</sup>, deberían, por lo menos, inducir a los “sustancialistas” a una profunda revisión de sus dogmas, por otra parte, tan inútiles cuanto perjudiciales.

El proceso actual de reformas legislativas pone en evidencia que es precisamente, en esa falta de comprensión de la naturaleza compleja de la relación derecho-realidad, donde radica un elemento fundamental para explicar la fragilidad de las instituciones y la democracia en América Latina. Es sobre la base de este razonamiento que, muy en especial en el campo de la infancia, la justicia resulta sustituida por la piedad y sobre todo por aquella bondad paternalista que tanto repugnaba a Kant<sup>9</sup>.

El enfoque “sustancialista” se caracteriza por sostener, objetivamente, una tosca versión materialista del derecho, heredera del marxismo más vulgar. Así, al derecho, dimensión abstracta e ideológica, se le opone la acción concreta sobre la realidad social. El derecho, en este caso, debe ser “reflejo fiel de la realidad”. Como *Funes el memorioso*, del maravilloso relato de Borges, cuyos recuerdos de un día eran tan minuciosos que duraban exactamente un

---

8 Sobre este punto específico que explica cómo la inversión en educación, en los países hoy desarrollados, ha precedido y posibilitado el desarrollo económico, cfr. M. Weiner (1991), en especial pp. 109-151.

9 Sobre este punto que remite también a la discrepancia, gobierno de los hombres vs gobierno de la ley, cfr. N. Bobbio (1995), especialmente pp. 182 y 183.

día, el enfoque “sustancialista” exige que el derecho sea (para no ser abstracto e ideológico) un fiel reflejo de la realidad. Desde esa perspectiva, no es de extrañar que se perciba al derecho como algo en realidad superfluo. Para seguir con Borges, es la historia de aquel emperador chino que quería un mapa perfectamente fiel de su imperio. Miles de cartógrafos trabajaron durante años en la confección del mapa que acabó teniendo el mismo tamaño que el imperio y en consecuencia se transformó en completamente inútil<sup>10</sup>.

En lugar de ser un programa de acción futura, y un instrumento para conseguir lo que todavía no es, si el derecho debe reflejar la realidad, entonces sólo puede y debe existir cuando ya no es más necesario. El resultado de este razonamiento (incorrecto y falso), consiste en confirmar la subestimación de la función del derecho: otra profecía en la cual los “sustancialistas” trabajan incansablemente para su autorrealización. Así, un derecho a la educación que refleje la “realidad” debe concluir, por ejemplo, que la educación de calidad es un derecho de aquellos niños cuyos padres tienen un nivel de ingresos que permita dicho tipo de educación.

Ningún derecho “refleja mejor la realidad” que aquellos “derechos especiales” que parten, paradójicamente, del reconocimiento de la imposibilidad de universalizar en la práctica las políticas sociales básicas (salud y educación para todos).

La conquista de beneficios sociales para los niños<sup>11</sup> trabajadores constituye el mejor de los ejemplos. Con la excusa y supuesta legitimidad de su protección, algunas personas o instituciones promueven la obtención de beneficios sociales para los niños trabajadores (seguro médico, por ejemplo). Esta posición constituye un triple y gravísimo error. En primer lugar, desde un punto de vista que podría denominarse inmediateista pragmático, porque normalmente los recursos que se canalizan por medio de las políticas asistenciales se deducen o sustraen de las políticas sociales básicas. Más “beneficios” para los niños trabajadores significa (a corto o mediano plazo) menos recursos para los niños en las escuelas. En segundo lugar, porque la transfe-

10 Sobre este punto, y muy especialmente sobre el uso de la metáfora de la cartografía, cfr. B. de Souza Santos (1991, pp. 55 y 213).

11 Se utiliza aquí el término “niño” en el preciso sentido jurídico que le otorga el nuevo derecho de la infancia en América Latina para designar a los menores de 12 ó 13 años. Por encima de este límite, las nuevas leyes los reconocen como adolescentes.

rencia de beneficios sociales de las políticas universales a las asistenciales, implica un aumento geométrico de la discrecionalidad en el manejo de estas últimas, que es el mejor caldo de cultivo para aumentar y, sobre todo, legitimar las mil variables de las peores prácticas del clientelismo político. En un proceso similar pero inverso al que transformó a los súbditos en ciudadanos, las protecciones “especiales”, cuando innecesarias como en este caso, tienden a transformar –involucionando– a los ciudadanos en clientes. En tercer lugar, estas “conquistas” van consolidando y confirmando una cultura de *apartheid* que percibe el trabajo infantil como una solución<sup>12</sup> y a los niños trabajadores como una realidad inmodificable, equiparable a una catástrofe natural.

De este pensamiento inconexo, pero que tiene la fuerza de la inercia de las cosas y el apoyo del “sentido común”, ha ido surgiendo un nuevo paradigma: el paradigma de la ambigüedad<sup>13</sup>.

Frente a los paradigmas instalados y enfrentados de la situación irregular y la protección integral, el paradigma de la ambigüedad se presenta como una síntesis ecléctica, apropiada para esta época de “fin de las ideologías”. El paradigma de la ambigüedad se encuentra muy bien representado por aquellos que, rechazando de plano el paradigma de la situación irregular, no consiguen acompañar –tal vez por la disminución significativa de las prácticas discrecionales y paternalistas en el trato con los niños– las transformaciones reales y potenciales que se deducen de la aplicación consecuente del paradigma de la protección integral, que considera al niño y al adolescente un sujeto de derechos, y no menos, de responsabilidades. En este punto me parece importante arriesgar una explicación que permita entender mejor el porqué de la aparición (y difusión) del paradigma de la ambigüedad.

Si consideramos el carácter de revolución copernicana del cambio de paradigma de la situación irregular a la protección integral, sobre todo en el sentido de disminución radical de la discrecionalidad en la cultura y prácticas de la “protección” (recuérdese que la historia es muy clara en mostrar las pe-

---

12 En forma brillante, Antonio Carlos Gomes da Costa señala que uno de los principales problemas del trabajo infantil radica justamente en no ser socialmente percibido como tal. Gomes da Costa continúa afirmando que las sociedades están preparadas, en el mejor de los casos, para enfrentar problemas y no para enfrentar “soluciones”. Aunque suene paradójico, para enfrentar el tema del trabajo infantil todavía debemos realizar más esfuerzos, sobre todo en el plano político-cultural, para que la sociedad la perciba como un problema.

13 Sobre este punto, cfr. el trabajo de Antonio Carlos Gomes da Costa (1998).

ores atrocidades contra la infancia cometidas mucho más en nombre del amor y la protección, que en nombre explícito de la propia represión), es necesario admitir que el derecho (la Convención) ha jugado un papel decisivo en la objetivación de las relaciones de la infancia con los adultos y con el Estado<sup>14</sup>.

Esta objetivación (entendida como la tendencia opuesta a la discrecionalidad), que se expresa no sólo por un nuevo tipo de derecho, sino también por un nuevo tipo de institucionalidad, así como por novedosos mecanismos de cumplimiento y exigibilidad, transforma sustancialmente el sentido del trabajo de los especialistas “tradicionales”; desde los juristas hasta los pedagogos<sup>15</sup>, para abarcar toda la variada gama de estos operadores sociales. Estas transformaciones se refieren, especialmente, a la reducción de la capacidad omnímoda para diagnosticar discrecionalmente la existencia y características de la “disfunción” social o individual; y muy especialmente, el sentido y características de las medidas, sean éstas jurídicas, terapéuticas o sociales. Las metáforas de la medicina cada vez dan menos cuenta de la nueva situación. El paso de considerar a los adolescentes en conflicto con la ley penal, de una vaga categoría sociológica que comete hechos antisociales (situación irregular), a una precisa categoría jurídica que comete infracciones penales, típicas, antijurídicas y culpables (protección integral), constituye un ejemplo bien representativo de esta situación<sup>16</sup>.

El nuevo derecho de la infancia reduce drásticamente los niveles de discrecionalidad, no sólo jurídica sino también pedagógica. En este contexto es que se produce el rechazo abierto o solapado de los viejos especialistas al nuevo derecho y su adhesión más o menos espontánea y objetiva al paradigma de la ambigüedad (es obvio, que el concepto de viejo y nuevo se refiere aquí a una categoría político-cultural y no a una categoría cronológica).

14 Sobre el nuevo derecho de la infancia y, particularmente la CIDN, entendido como una reformulación radical de las relaciones entre los niños y los adultos, y, los niños y el estado, cfr., el excelente trabajo de Miguel Cillero sobre “El Interés Superior del Niño”, contenido en este libro.

15 Me refiero aquí al educador, entendido éste en su sentido más amplio.

16 Cfr. García Méndez, Emilio, 1997a, pp. 209-227.

#### IV. Derecho y Pedagogía: de la discrecionalidad a la justicia

Conviene recordar que en la historia de la “protección de los menores”, los eufemismos de la bondad no conocen límites. Bernardo, la figura más relevante en el campo de la “protección” de los “menores de la calle y abandonados” en la Inglaterra de fines de siglo XIX, lo expresa con una claridad que no precisa de mayores comentarios. La práctica de arrancar (es el único verbo que da cuenta literalmente de las verdaderas metodologías de “protección”) a niños de sus familias “inadecuadas” y otorgarles mejores condiciones de vida, emigrando masivamente al Canadá, eran denominadas con el término de “secuestro filantrópico”<sup>17</sup>. Con estos precedentes, no caben dudas de que el paradigma de la situación irregular fue indiscutiblemente hegemónico durante siete décadas en América Latina (1919-1990).

A los escépticos, respecto de las capacidades del derecho para influir sobre la política social, debe recordárseles que las leyes de menores otorgaron a los jueces (de menores), la capacidad real de diseñar –y parcialmente ejecutar– las políticas para la infancia pobre durante todo el período de vigencia plena de la doctrina de la situación irregular.

La prueba del carácter hegemónico durante por lo menos setenta años del paradigma de la situación irregular, resulta del hecho de que las discusiones y enfrentamientos entre los intérpretes de la ley (jueces) y los aplicadores de sus consecuencias (psicólogos, asistentes sociales, pedagogos, etc.), se daba invariablemente en los moldes y en el estrecho ámbito del paradigma hegemónico. El viejo derecho y la vieja pedagogía constituían, apenas, variaciones temáticas (y complementarias) de la cultura de la discrecionalidad<sup>18</sup>.

Lo que sucede es que si, por una parte, resulta obvio y evidente que el nuevo derecho exige una profunda renovación en las filas de los operadores jurídicos (jueces, fiscales, defensores), no resulta tan clara la extensión y profundidad de la renovación, necesaria en el campo de los operadores sociales (pedagogos, asistentes sociales, psicólogos, etc.). En este sentido, este libro (mucho más que este artículo) debe ser entendido también como una invitación a la refundación de un diálogo, articulado y respetuoso, entre los ope-

---

17 Cunningham, Hugh, *Storia dell'infanzia, XVI-XX Secolo*, IL Mulino Bologna, 1997, p. 183.

18 Cfr. E. García Méndez, 1997b, pp. 27-32.

radores sociales y los juristas. El “pacto de caballeros” entre la corporación médica y la jurídica que en la década de los veinte y treinta concluyó con una institucionalidad híbrida y ecléctica –la justicia de menores– está absolutamente agotado. Una justicia con las apariencias objetivas y abstractas de la ley, pero, con los contenidos y el funcionamiento real de la discrecionalidad médica, se encuentra en proceso de extinción. Pero como en la hermosa metáfora de Gramsci para describir a la crisis, también aquí lo viejo no ha terminado de morir y lo nuevo no ha terminado de nacer. Sin embargo, me permito aquí una (única) indicación referida a la dirección que implica la nueva relación entre el derecho y la pedagogía. Históricamente, y amparado en el concepto de interdisciplinariedad, la “vieja pedagogía” ha permeado cada milímetro del (no) derecho de menores. Psicólogos, psiquiatras y asistentes sociales, entre otros, han transitado y transitan con naturalidad en las instancias de la vieja (y nueva) justicia para la infancia. Tal vez ha llegado la hora de que operadores de la defensa técnica (abogados públicos o particulares) comiencen a transitar con la misma naturalidad en los espacios de tratamiento y rehabilitación. Para una pedagogía de las garantías (que es la única forma que puede asumir la pedagogía en el contexto del nuevo derecho de la infancia), la pertinencia jurídica del sujeto de una medida socio-educativa constituye el primer requisito para considerar, sólo posteriormente, la bondad o maldad intrínseca de la medida pedagógica.

En la refundación de las relaciones entre el derecho y la pedagogía caben a la perfección las palabras de Antonio Machado en el período inmediatamente posterior a la Guerra Civil Española: “tenemos que inventar hasta la verdad”.

## V. Derecho y autoritarismo

El proceso de reformas legislativas que comienza a mediados de la década de los ochenta en el Brasil, y se extiende hasta nuestros días a todos los países de América Latina, debe ser también entendido como un inmenso laboratorio para la democracia y para el derecho.

En la Europa de los años ochenta, muy particularmente en Italia y en menor medida en Francia, surge un movimiento de uso alternativo del de-



recho que proyectó en América Latina una cierta influencia en el plano intelectual y académico, aunque no en el plano de lo político. El ambiente político en el que nace y se desarrolla el movimiento del uso alternativo del derecho (en Europa) podría en forma esquemática sintetizarse como sigue. En un contexto de bloqueo de la situación política caracterizado por la inmovilidad del porcentaje electoral de los partidos progresistas, de una creciente producción intelectual crítica en el campo del derecho y de la profesionalización democrática de los operadores de la justicia (concursos públicos y carrera judicial), surge la propuesta de utilizar en una clave distinta a la tradicional, el derecho existente. La falta de una mayor base de sustentación política y la incapacidad o imposibilidad de políticas de alianzas, determinaron la inexistencia de condiciones para la transformación legislativa. Se trataba, en otras palabras, de usar, con un contenido progresista y transformador, la discrecionalidad propia de la función judicial. Es el intento de utilización crítica de un derecho –muchas veces–, razonablemente, democrático o el rechazo a las interpretaciones regresivas de las normas jurídicas procesales, impuestas y legitimadas por las varias caras de la emergencia (mafia, terrorismo, etc.).

Sin embargo, y probablemente como consecuencia no deseada, la utilización crítica del derecho por parte de sus operadores (los jueces) condujo a reforzar los niveles de discrecionalidad judicial. Resulta por lo menos paradójico que Pietro Barcellona, uno de los inspiradores del movimiento del uso alternativo del derecho hace veinte años, se exprese en los siguientes términos en un escrito muy reciente: “la universidad ha elaborado teorías legitimadoras de un inadmisibles poder de los jueces. Basta pensar en la cada vez más frecuente afirmación sobre la función creativa del juez y en el énfasis sobre un derecho viviente como alternativa a la primacía de un legislador confuso y contradictorio”<sup>19</sup>.

Muy distinta es la situación en el contexto latinoamericano. En la América Latina de los ochentas, no sólo carecíamos de un derecho “razonablemente democrático”, sino que contábamos con un derecho explícitamente autoritario y antidemocrático. Esta situación era, particularmente, evidente en las áreas del (no) derecho constitucional y del derecho penal. El derecho

---

19 Barcellona, Pietro, 1997, p. 40.

de menores, basado en la doctrina de la situación irregular, no constituye, por supuesto, un subproducto de las dictaduras militares de los setentas, pero se adaptó maravillosamente a su proyecto “social”. La discrecionalidad omnímoda del derecho de menores legitimada en la bondad protectora de sectores débiles y sobre todo incapaces, constituyó una fuente preciosa de inspiración para el derecho penal y constitucional del autoritarismo. Por eso si hoy el proyecto de construcción de ciudadanía de la infancia descansa en la constitucionalización de su derecho, el proyecto regresivo del autoritarismo, de los setentas y los ochentas, de convertir a ciudadanos en súbditos, descansaba en la “menorización” de todo el derecho, muy especialmente el penal y el constitucional.

De las múltiples consecuencias negativas, producto de los autoritarismos de los años setentas y ochentas, una de ellas se refiere a su impacto negativo sobre la ya frágil cultura del derecho en América Latina. Sin lugar a dudas, el autoritarismo y sus secuelas exacerbaron todas las tendencias negativas que, sobre todo en el plano de las relaciones derecho-realidad, derecho-democracia y derecho-ciudadanía, imperaron e imperan desde la colonia hasta nuestros días.

Aún con el objetivo de destruir la democracia y la condición de ciudadanía, los gobiernos autoritarios no subestimaron las capacidades técnicas del derecho como instrumento eficiente de dominación<sup>20</sup>.

El derecho de menores, particularmente en su carácter de eficiente instrumento de control social, especialmente mediante su conocida “vocación” para la criminalización de la pobreza, convivió cómodamente con toda la política del autoritarismo y no sólo con su política social. La discrecionalidad omnímoda del derecho de menores, en la cual la legalidad consistía en la mera legitimación de lo “que crea más conveniente” el responsable de su aplicación, constituyó una fuente preciosa de inspiración para el derecho penal y constitucional del autoritarismo.

El uso proficuo del derecho por parte de los gobiernos autoritarios confirmó a los “sustancialistas”, en el momento de retorno a la democracia, la necesidad de relativizar las capacidades transformadoras del derecho y, sobre

20 Para un análisis más detallado sobre las funciones específicas del derecho en el contexto de los autoritarismos de los setentas y los ochentas, cfr., entre otros, E. Garzón Valdés (1993), E. García Méndez (1987), N. Lechner (1977).

todo, relativizar la calidad del vínculo entre derecho y democracia. La necesidad de que el derecho sólo refleje la realidad parece ser la reacción de los que niegan por meramente ideológico un derecho distinto a la realidad; en otras palabras, de los que explícitamente niegan las posibilidades del derecho como instrumento pedagógico y propuesta democrática de transformación social.

## VI. Infancia y democracia

El nuevo derecho de la infancia-adolescencia en América Latina constituye en los hechos (y valga el juego de palabras, en el derecho) una desmentida rotunda a las profecías del realismo “sustancialista”. Desde el Estatuto de Brasil de 1990, hasta la nueva ley de infancia de Nicaragua aprobada en el parlamento en marzo de 1998, todas las leyes gestadas por los movimientos de lucha por los derechos de la infancia han sido profundamente negadoras de la realidad. Si se hubiera realizado el “*check reality*” pregonado por el “realismo sustancialista”, las recurrentes políticas de ajuste estructural y las erráticas políticas de seguridad producto de la alarma social por la delincuencia juvenil, hubieran determinado que todas estas leyes fueran no tanto (y sólo) inútiles sino además imposibles. En este libro se encuentran, también para desmentir al “realismo sustancialista”, las leyes, proyectos y anteproyectos “imposibles” de dieciséis países que se atrevieron a construir normas jurídicas que no reflejan la realidad, sino que son mucho mejor que la realidad misma (se excluye de esta afirmación al Código de Menores de Colombia, y por eso el número de países se reduce a dieciséis). Leyes que, si bien nadie piensa como instrumentos mágicos, ni mucho menos suficientes para cualquier cambio profundo en las condiciones materiales de la infancia, han servido para ser entendidos como condición *sine qua non* de la mejora de la situación de niños y adolescentes y sobre todo de la calidad de nuestra vida democrática. Proyectos de ley que acabaron siendo, en la feliz expresión de Antonio Carlos Gomes da Costa, verdaderos proyectos de sociedad. Tal vez sea conveniente recordar aquí que, en este continente de paradojas, los que menos hacen son precisamente los hombres “prácticos y pragmáticos”, y no hacen nada porque emplean todo su tiempo en explicarnos “científicamente” el carácter ineluc-

table de lo existente; porque lo que es, es lo único que puede ser y lo que no es, lisa y llanamente no puede ser. Tal como lo afirma Alessandro Baratta, en este desprecio de la utopía, entendida particularmente en su dimensión de lo que “todavía no es”, se encuentra la explicación de una parte no poco importante de los problemas de nuestra democracia. De los niños –continúa afirmando Baratta– que no han perdido esta capacidad, porque todavía su mundo de vida, no ha sido colonizado por la razón cínica; tenemos, sin exageraciones ni demagogias, muchísimo que aprender<sup>21</sup>.

El movimiento del nuevo derecho de la infancia no sólo espera un balance crítico (que ojalá sea externo a su lógica, a su cultura y a su funcionamiento), sino además una profunda reflexión relativa a sus potenciales consecuencias y a su carácter contaminante positivo (y si fuera el caso negativo) sobre el resto del derecho.

## VII. Derecho y realidad: el “aporte” del masoquismo institucional

Si en algún lugar el pensamiento regresivo tuvo (y en buena parte tiene todavía) un carácter hegemónico es en el campo del derecho. Hace ya algunos años (cuando imperaban en América Latina gobiernos abiertamente autoritarios), me ocupé específicamente del tema sosteniendo que la hegemonía jurídica constituía (también) para los grupos dominantes, una forma de recuperar el desgaste, consecuencia de las relaciones abiertas de dominación que se ejercían en el plano de lo político<sup>22</sup>. Pero si la afirmación anterior explica en parte las causas de la hegemonía jurídica, dice en cambio muy poco acerca de su contenido y manifestaciones concretas.

En pocas áreas de la vida social la hegemonía jurídica regresiva se ha manifestado con más fuerza (y eficacia) que en el área de la “política social para los más necesitados”. Más aún, no me parece exagerado reiterar que desde 1919, las leyes de menores han conducido, ideológica y materialmente, la política para los niños pobres en América Latina. Aunque resulta paradójico, la hegemonía jurídica del pensamiento regresivo se manifiesta (también) en

21 Cfr. El artículo de Alessandro Baratta sobre “Infancia y Democracia”.

22 E. García Méndez, 1987, pp. 231-242.

la subestimación que del derecho y lo jurídico hacen sectores que políticamente se autoperciben como progresistas y –sin duda alguna– como modernizadores. Esta perspectiva, pero sobre todo este problema en América Latina, remite a la muy poco explorada con seriedad y detenimiento, relación entre derecho y realidad. Es así que la cultura garantista y democrática encuentra un obstáculo político-cultural considerable en algunas manifestaciones –recurrentes– del pensamiento “sustancialista” propio del paradigma de la ambigüedad.

La formulación de políticas, o lo que es peor, de propuestas legislativas en función de las deficiencias, de las omisiones, de las violaciones, en definitiva, de lo que no es, en vez de en función de lo que debería ser, ha tenido y tiene consecuencias negativas gravísimas sobre la cultura de los derechos y sobre la propia democracia (*mutatis mutandi* algo bastante similar puede decirse de las leyes y políticas que sólo se refieren a los excesos intolerables). Las leyes “protectoras” del niño trabajador constituyen, como ya se ha mencionado, un buen ejemplo de un error elevado al rango de política jurídica y social. De hecho, las leyes “protectoras” tienden objetivamente a legitimar, consolidar y, sin duda, también a reproducir en forma ampliada las violaciones y omisiones que la propia ley protectora pretende paliar.

Relativizar también normativamente, una violación a los derechos consagrados en una norma jurídica de rango superior (ejemplo, la Convención o la propia Constitución), implica objetivamente renunciar al derecho como un instrumento eficaz que señale el camino para reducir y eliminar injusticias flagrantes y desigualdades intolerables. En este contexto, flexibilizar en forma “realista” la legislación para “proteger” al niño trabajador, por ejemplo, no se diferenciaría política o conceptualmente en nada, de suavizar las normas que castigan la violencia policial, utilizando el argumento de su alta frecuencia.

De modo similar que la relación derecho-pedagogía, también la percepción social de la relación derecho-realidad en América Latina exige un análisis crítico renovado.

La percepción social dominante respecto de la relación derecho-realidad es, sobre todo, la historia de sombrías profecías que –generalmente– se autorrealizan. La percepción “popular” proporciona algunos ejemplos que merecen una atención mucho más seria que la dispensada hasta ahora. Del “se acata pero no se cumple” al “para los amigos todo, para los enemigos la ley”

(frase esta última que se atribuye a Getulio Vargas, pero que en realidad podría ser de tantos otros), existe una maciza continuidad negativa que, curiosamente, casi nunca se pone de manifiesto en los análisis que explican los problemas y fragilidad de nuestras democracias. Al análisis de las funciones específicas del derecho como mecanismo coactivo de integración social en el contexto de los gobiernos autoritarios<sup>23</sup> no le ha seguido, hasta ahora, un análisis similar en condiciones democráticas.

El pensamiento “sustancialista” ha contribuido a consolidar la visión de una relación perversa entre derecho y realidad. La percepción dominante de la relación entre condiciones materiales y condiciones jurídicas de la infancia, ofrece un ejemplo que merece una mención más explícita y profunda.

La experiencia de los procesos de reforma legislativa de estos últimos años (cuya historia y análisis crítico está contenido por primera vez en forma completa en esta publicación) demuestra que mientras en un país conviven condiciones materiales de la infancia graves y preocupantes (desnutrición, mortalidad infantil, detenciones ilegales y arbitrarias, etc.) con condiciones jurídicas similares, es decir, con leyes viejas y desprestigiadas (negadora del derecho, carentes de garantías o incluso técnicamente vergonzosas), la “opinión pública” (que como se sabe, muchas veces es la menos pública de las opiniones), tiende a ignorar, en este caso, la correspondencia entre derecho y realidad. Sin embargo, apenas un país donde las condiciones materiales de la infancia son graves aprueba una ley democrática en su proceso de producción y garantista en su contenido, comienza un proceso brutal de exigencias de naturaleza casi milagrosas a la nueva ley.

El hecho de que la nueva ley proponga condiciones materiales mucho mejores que las existentes es suficiente para su condena como utópica. Pero utópica, no en el sentido positivo de E. Bloch, quien entiende la utopía como “lo que todavía no es”, sino utópica en el sentido de despreciablemente imposible. Utopía negativa que se refiere –generalmente– a la impracticabilidad de la ley por la ausencia (total) de recursos de todo tipo, especialmente financieros. Como si las asignaciones presupuestarias, por otra parte casi siempre “sensibles” al clientelismo electoral, fueran inmunes a cualquier tipo de presión social.

23 Cfr., entre otros (N. Lechner, 1977, E. Garzón Valdés, 1993).

En este contexto, hay un “sentido común latinoamericano” que se aproxima mucho a lo que –con una cierta ironía, aunque no mucha– podría denominarse masoquismo institucional. La reacción inmediata frente a una buena ley se expresa, muchas veces, en la frase “esta ley es demasiado buena para nosotros, esa es una ley para Suiza o para Suecia”.

Una visión como esa comete –como mínimo– un doble error. En primer lugar, subestima tanto el potencial carácter pedagógico de la ley, cuanto su condición de instrumento decisivo en la construcción de ciudadanía, sobre todo cuando es utilizado como herramienta técnico-política de cambio. En segundo lugar, este “realismo” antiutopista da por descontado el carácter inmodificable que ha asumido el capitalismo salvaje del ajuste estructural: desmonte de la política social y control férreo de las consecuencias del darwinismo social instaurado. Esta percepción no sólo es incorrecta. Desde cualquier perspectiva consecuente con la consolidación plena de una verdadera democracia, además es falsa. La subestimación del papel estratégico del derecho en un proceso positivo de cambio social no es principalmente consecuencia de la fragilidad de la democracia y sus instituciones. Es la fragilidad de la democracia y sus instituciones que son el resultado de la subestimación de las capacidades del derecho como forma democráticamente privilegiada de asegurar la justicia y la paz social. Por ello no me parece exagerado afirmar que, si no detenemos en el plano político, jurídico y cultural, los avances “realistas” del “sustancialismo”, corremos el riesgo de regresar a la situación imperante antes de la Revolución Francesa, cuando el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales dependía –explícitamente– de las condiciones materiales<sup>24</sup>. Es decir, a una situación (ideal para los “sustancialistas”), en la que el derecho reflejaba fielmente la realidad.

### VIII. Globalización, infancia y derechos humanos

La década de los noventa, ha sido una década de cambios muy profundos en todos los ámbitos imaginables. El proceso de globalización ha modificado radicalmente el compromiso histórico entre Estado y mercado<sup>25</sup>; más preci-

<sup>24</sup> Sobre este punto en especial, cfr. S. Rodota (1997), especialmente pp. 130-131.

<sup>25</sup> Pietro Barcellona, 1997, p. 49.

samente, se ha roto la inserción en el mercado de trabajo como fundamento de la ciudadanía, base esta última del funcionamiento de la democracia moderna<sup>26</sup>.

Pero si por un lado el fundamento de la ciudadanía no está más primordialmente referido a un cada vez más volátil mercado de trabajo, en el ámbito de la democracia su fundamento –sobre todo luego del descrédito con el que las democracias “populares” marcaron a cualquier proyecto de soberanía popular– se ha ido desplazando cada vez con más fuerza al plano de los derechos fundamentales del hombre<sup>27</sup>.

La comprensión de los efectos reales de la globalización, sobre todo en el plano social, exige el abandono de cualquier forma de aproximación maniquea al problema. Además, si las bases de la ciudadanía y la democracia se encuentran en un proceso profundo de reformulación, la categoría infancia está lejos de ser una variable independiente o pasiva respecto de dichas transformaciones. La Convención no es sólo una carta magna de los derechos humanos de la infancia-adolescencia; es además, la base jurídica concreta para refundar un concepto de ciudadanía más acorde con los tiempos.

Si por un lado, la “mano invisible del mercado” se encargó de destruir la “certeza” del trabajo como fundamento de la ciudadanía, por el otro, “la mano visible del derecho”, se está encargando de destruir la otra “certeza” que equiparaba y restringía el concepto de ciudadanía al mero ejercicio de algunos derechos políticos. Baste por ahora este ejemplo para mostrar el carácter profundamente contradictorio de las tendencias que emergen del proceso de globalización.

En el extraordinario artículo contenido en este libro, Alessandro Baratta explica cómo la Convención constituye al mismo tiempo causa y efecto de una nueva refundación del pacto social. Si, como es sabido, el pacto social de la modernidad se basó, muy particularmente, en la exclusión de los no ciudadanos (no propietarios, extranjeros, mujeres y niños), con cada crisis y ruptura de dicho pacto original, la presión social y el derecho jugaron un papel fundamental en la ampliación de sus bases de sustentación. Me parece importante recordar aquí que el “derecho” que ha jugado un papel fundamental en los movimientos de refundación del pacto, no ha sido sólo el de-

26 U. Beck, 1997, pp. 21-25.

27 Este es el planteo realizado por A. Touraine (1992), citado por S. Rodota (1997), p. 7.



recho constitucional, sino también el civil y el de “menores”, término este último con el que en realidad todavía se denomina a los diversos estatutos de incapacidad de la infancia.

Del mismo modo que para la mujer<sup>28</sup>, también la incapacidad política de la infancia está precedida por una incapacidad civil, la que a su vez se basa y legitima en una larga serie de incapacidades “naturales”, que el derecho de menores sólo se tomó el trabajo de “reconocer” y otorgar estatus “científico”.

Pero si el derecho autoritario cumplió un papel fundamental en la legitimación de las técnicas de exclusión, es necesario conocer ese derecho un poco más, no sólo en su contenido sino también en su forma. Si el contenido del derecho autoritario se deja reconocer por cualquiera en forma clara y explícita, no sucede lo mismo con su forma.

La forma autoritaria del derecho remite a su casuismo concreto, que en el caso del derecho de menores se refiere a la protección específica de personas pertenecientes a determinadas categorías (niños abusados sexualmente, maltratados, de la calle, trabajadores, privados de libertad, etc.)<sup>29</sup>. Por el contrario, la forma emancipatoria y constructora de ciudadanía para todos hace referencia al carácter abstracto y general de la ley.

Norberto Bobbio expresa en forma meridianamente clara esta “sutil” diferencia entre forma y contenido cuando afirma:

Que la función igualadora de la ley dependa de su naturaleza de norma general que tiene por destinatarios no sólo un individuo sino una clase de individuos que puede ser constituida de la totalidad de los miembros del grupo social, está fuera de discusión. Justamente a causa de su generalidad una ley, cualquiera que esta sea, y por lo tanto independientemente de su contenido, no consciente, al menos en el ámbito de la categoría de sujetos a los cuales se dirige, ni el privilegio, es decir las disposiciones a favor de una sola persona, ni la discriminación, es decir las disposiciones en contra de una sola persona.

28 Para un análisis detallado sobre este problema pero en relación a la mujer véase el excelente libro de G. Zincone, 1992.

29 Ver la tendencia a juridificar categorías como estas, en el libro segundo del Código de la Familia y el Menor de Panamá.

Que luego existan leyes igualitarias y leyes inigualitarias es otro problema: un problema relativo no a la forma de la ley, sino a su contenido<sup>30</sup>.

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 nueva reformulación del pacto social, con todos los niños y adolescentes como sujetos activos del nuevo pacto. Valga como ejemplo técnico jurídico el histórico artículo aprobado hace muy pocos meses –marzo de 1998– por la Convención Constituyente del Ecuador, consagrado en la nueva Constitución Nacional. Desvinculando el concepto de ciudadanía de la estrecha comprensión que lo reduce a un mero sinónimo de derecho al sufragio, el artículo 13 de la Constitución Política del Ecuador establece:

Son ciudadanos todos los ecuatorianos y como tales gozan de los derechos establecidos en esta Constitución, que se ejercerá en los casos y con los requisitos que determine la ley.

Estoy convencido de que la importancia de esta nueva refundación del concepto de ciudadanía difícilmente pueda ser subestimada.

De su sentido original, revolucionario en relación al viejo orden feudal que sólo reconocía súbditos, pero excluyente de toda categoría distinta del macho, blanco, propietario y no extranjero, el contenido real del concepto de ciudadanía puede ser entendido también como un termómetro de la democracia. Tal como acertadamente lo sugiere Luigi Ferrajoli<sup>31</sup>, la idea y práctica de los derechos humanos constituye sin duda el instrumento más eficiente para cerrar progresivamente la brecha que separa a los derechos de (todos) los hombres de los derechos de (algunos) ciudadanos. Precisamente por ello, no es ocioso –ni mucho menos “ideológico”– entender la Convención y toda la serie de leyes y proyectos que en este libro se analizan, como instrumentos específicos de derechos humanos de todos los niños y los adolescentes. En este caso, la tarea de reconstrucción de la dignidad humana es

30 Cfr. Norberto Bobbio, 1995, pp. 176-177.

31 Cfr. Luigi Ferrajoli, 1994, pp. 263-292.

doble. No se trata sólo de cerrar la brecha entre “hombres” y ciudadanos; se trata además de cerrar la brecha –para comenzar jurídica– entre niños y “menores”. En este sentido y sin ninguna exageración, este segundo proceso de reformas legislativas debe ser entendido (también) como la Revolución Francesa que con doscientos años de atraso llega a todos los niños y adolescentes.

### **IX. Memoria del futuro: la infancia una cuestión de justicia**

Durante siete décadas (1919-1990), las leyes de menores fueron mucho más que una epidermis ideológica y mero símbolo de un proceso de criminalización de la pobreza. Las leyes de menores fueron un instrumento determinante en el diseño y ejecución de la política social para la infancia pobre. Las leyes de menores fueron un instrumento (legal) determinante para legitimar la alimentación coactiva de las políticas asistenciales. La policía –en cumplimiento de las leyes de menores y simultáneamente en flagrante violación de los derechos y garantías individuales consagradas en todas las Constituciones de la región– se convirtió de hecho en el proveedor mayoritario y habitual de la clientela de las llamadas instituciones de “protección” o de “bienestar”.

Hasta la aparición del Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil en 1990, la “legalidad minorista” y las políticas asistencialistas caminaron en la misma dirección. Es sólo a partir de 1990, que la ley y el asistencialismo tomaron caminos opuestos. También por este motivo es que las nuevas leyes de la infancia no reflejan simplemente la realidad, sino que son mucho mejor que ella.

En los últimos años asistimos en América Latina a una disminución considerable en la calidad y cantidad de las políticas sociales básicas (salud y educación), que incluso ciertos formalismos no logran disimular. Para dar sólo un ejemplo, el acceso prácticamente “universal” a la educación primaria se ha obtenido mediante dos “variables de ajuste” que, por otra parte, a mediano plazo sólo han contribuido a agravar ulteriormente la situación: la reducción de las horas de clase y el salario de los maestros. A la disminución de las políticas sociales básicas le ha seguido un aumento de las llamadas políticas asistenciales o compensatorias, fenómeno que en forma equivocada algunos (yo mismo entre ellos) han atribuido apresuradamente a la mera disminución

del volumen del gasto social. Pero si por un lado asistimos a esta tendencia preocupante y negativa desde el punto de vista de construcción de ciudadanía, por el otro, el nuevo derecho para la infancia ha tendido invariablemente (para decirlo en forma esquemática y resumida) a la separación neta entre problemas sociales y problemas específicamente vinculados a la violación de la ley penal. De un (no) derecho de la compasión-represión, se ha avanzado hacia un derecho de las garantías.

Es precisamente en este último punto donde se interseca el tema de la infancia, no sólo con el tema de la ley, sino muy especialmente con el tema mayor de la democracia.

Lo que sucede es que el deterioro y disminución de la calidad y cantidad de las políticas sociales básicas no se deja explicar por meros motivos económicos. Mas allá de las dificultades crecientes para la determinación del volumen real del gasto social, la tendencia señalada anteriormente se verifica incluso en la –paradójica– situación de aumento del gasto social. “El gasto social se ha vuelto sumamente sensible a los ciclos electorales” se afirma elegantemente en un excelente artículo sobre el tema<sup>32</sup>. Es que el aumento de la cobertura de las políticas asistenciales y la disminución de las políticas sociales básicas parece explicarse con una lógica mucho más política que económica. También aquí el concepto de discrecionalidad resulta central para entender este fenómeno. Mientras las políticas sociales básicas tienden a ser percibidas como una obligación del Estado de las cuales los ciudadanos, en cuanto tales, se sienten acreedores de un derecho, las políticas asistenciales resultan mucho más percibidas como prerrogativas de un gobierno (cuando no de un partido) frente a las cuales el ciudadano se transforma en cliente y el servicio en dádiva.

Posiblemente resulta más claro ahora entender que cualquier reducción de los ámbitos de la discrecionalidad resulta directamente proporcional al aumento de los espacios reales de la democracia. La historia y la experiencia confirman que no existe un solo ejemplo consistente que demuestre que la discrecionalidad (predominio de cualquier tipo de condición subjetiva) haya efectivamente funcionado (tal como debería ser, si nos atenemos a su discurso declarado) en beneficio de los sectores más débiles o vulnerables. En conclu-

---

32 Cfr. Bustelo, E-Minujin, A., 1997.

sión, la focalización, que es la forma “técnicamente natural” que asumen las políticas asistenciales, cuando no resulta estrictamente necesaria, se convierte no sólo en parte de los problemas que aquejan a la política social sino, lo que es aun mucho peor, en un serio problema para el propio desarrollo democrático.

Sólo si tomamos en consideración los siglos transcurridos en la historia de la “protección” de la infancia, no resulta difícil darse cuenta de que el proceso de construcción de su ciudadanía apenas está comenzando con ejemplos que sería un grave error subestimar, como el de la reciente Constitución ecuatoriana. El enfoque esquizofrénico de la compasión-represión perdura todavía hoy en muchas cabezas y en algunas pocas leyes; de lo que no cabe duda en cambio es que el presente y el futuro de la infancia ya son una cuestión de justicia.

## X. Bibliografía

- Baratta, Alessandro, “La niñez como arqueología del futuro”, en *El Derecho y los Chicos*, Ed. Espacio, Buenos Aires, 1995.
- Barcellona, Pietro, *Politica e Passioni*, Ed. Bollati Boringhieri, Turin, 1997.
- Beck, Ulrich, “Kinder der Freiheit: Wider das Lamento ueber den Werteverfall”, en *Kinder der Freiheit*, Ulrich Beck (ed.), Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997.
- Bobbio, Norberto, *Il futuro della democrazia*, Ed. Einaudi, Turin, 1995.
- Bustelo, Eduardo y Alberto Minujin, *La política social esquivada*, Oficina Regional de Unicef para América Latina y el Caribe, Santafé de Bogotá, 1997.
- Cunningham, Hugh, *Storia dell’Infanzia*, Ed. Il Mulino, Bolonia, 1997.
- Ferrajoli, Luigi, “Diritto e Ragione. Teoría del garantismo penale”, Ed. Laterza, Bari, 1989.
- , “Dai diritti del cittadino ai diritti della persona”, en *Cittadinanza*, Danilo Zolo (ed.), Ed. Laterza, Bari, 1994.
- García Méndez, Emilio, *Autoritarismo y Control Social*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

- , *Derecho de la Infancia Adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*. Ed. Forum Pacis, 2ª. Edición, Ibagué, 1997a.
- , “Ciudadanía da Crianca: A Revolução Francesa com 200 años de atraso”, en *Inscrita*. Revista del Consejo Federal del Serviço Social, Rio de Janeiro, Brasil, 1997b.
- García Méndez, Emilio y Elías Carranza, *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990.
- , *Del Revés al Derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina*, Ed. Galerna, Buenos Aires, 1992.
- Garzón Valdés, Ernesto, “Las funciones del derecho en América Latina”, en *Derecho, Ética y Política*, Ernesto Garzón Valdés (comp.), Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Gomes da Costa, Antonio, “Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente”, en *Del Revés al Derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina*, Emilio García Méndez y Elías Carranza, Organizadores, Ed. Galerna, Buenos Aires, 1992.
- Rodota, Stefano, *Libertà e Diritti in Italia, dall'unità ai giorni nostri*, Ed. Donzelli, Roma, 1997.
- Seda, Edson, “Evolución del derecho brasileño del niño y del adolescente”, en *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina*, Emilio García Méndez y Elías Carranza, Organizadores, Ed. Galerna, Buenos Aires, 1992.
- Souza Santos, Boaventura de, “Una cartografía simbólica de las representaciones sociales: prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho”, en *Estado, Derecho y Luchas Sociales*, Boaventura de Sousa Santos, Ed. Ilsa, Bogotá, 1991.
- Weiner, Myron, *The Child and the State in India*, Princeton, Ed. Princeton University Press, 1991.
- Zincone, Giovanna, *Da Sudditi a Cittadini*, Ed. Il Mulino, Bolonia, 1992.



## Infancia en indefensión\*

Eduardo Bustelo Graffigna

---

### Sumario:

I. Introducción. II. La biopolítica de la infancia. III. La pobreza y los niños/as y adolescentes. IV. Tanatopolítica. V. Biopolítica y subjetividad. VI. La compasión. VII. La “Inversión”. VIII. La infancia y los derechos. IX. Infancia y derechos humanos. X. El Estado y los niños/as. XI. Infancia y la democracia. XII. Conclusión: Luchar por la infancia es denunciar el mundo. XIII. Bibliografía.

---

\* En diciembre del año 2004 fui invitado por las autoridades de UNICEF a formar parte del panel de presentación del “Estado Mundial de la Infancia 2005” en la ciudad de México y cuyo sugestivo título era “La Infancia Amenazada”. A partir de ese evento decidí realizar las reflexiones que componen este trabajo. Deseo no “externalizarme” de las afirmaciones de estas notas: así, no me considero “el” sujeto emancipado que habla desde la libertad ni me siento inmune ante el fetichismo del consumo. No puedo engañar ni ocultar y presentarme como un “Yo” sujeto sano en una “sociedad enferma”; el “buen héroe” que batalla contra la “mala” sociedad. El capitalismo nos impregna a todos en diversas formas y el análisis que realizo no trata de ser un análisis “iluminado” que “se eleva” por sobre el combate sino, simplemente, una modalidad –tal vez “menor”– de inserción de la existencia en la lucha política. Y también una afirmación de que tanto el análisis como la reflexión son parte de la práctica cotidiana por alcanzar la dignidad.



*En el principio es el grito. Nosotros gritamos.  
Cuando escribimos o cuando leemos, es fácil olvidar que en el principio no es el  
verbo sino el grito. Ante la mutilación de vidas humanas provocada por el ca-  
pitalismo, un grito de tristeza, un grito de horror, un grito de rabia, un grito  
de rechazo: ¡NO!*

John Holloway

## I. Introducción

Como todo *campo*<sup>1</sup>, el de la infancia está compuesto por enfoques, análisis, estudios y conceptos; por la práctica que incluye un conjunto de acciones, programas y políticas y, finalmente, por una amplia gama de actores intervinientes. Aun siendo un *campo* que uno podría presumir “definido”, es propenso a ambigüedades que ocultan relaciones sociales de dominación lo que conduce a imprecisiones que uno podría afirmar que no son “inocentes”. Esta aseveración tiene aún más fuerza dada la expansiva difusión mediática y la “preocupación” pública que el tema de la infancia cubre en la industria cultural.

En la dimensión temporal de la infancia y la adolescencia pueden reconocerse tres instituciones que dejan “marca” en su desarrollo: la familia, la escuela y los medios de comunicación. Las dos primeras son las que tradicionalmente han recibido más atención. En este trabajo, pretendo concentrarme —aunque no exclusivamente— en la forma más general e ideológica de transmisión de las diferentes relaciones de dominación que se establecen sobre la infancia y la adolescencia. Allí sin duda tiene mucha incidencia la familia y todavía la escuela, aunque de una forma creciente están asociados los medios de comunicación que “amplifican” los discursos explícitamente distorsionados que pretenden ocultar esas relaciones de dominio. Intento avanzar en la localización y revelación de las “obscuridades” que considero más relevantes y en la envergadura que revisten las instituciones estatales en la protec-

---

1 Utilizo la palabra *campo* en el sentido de Pierre Bourdieu y como será precisada más adelante.

ción de la infancia y la adolescencia como categoría social. Discuto asimismo el estatuto de los derechos de niños/as y adolescentes centralizando el *campo* de la infancia en el contexto de la lucha política. Por otro lado, recalco la importancia del Estado como un espacio público significativo en la lucha política por los derechos dadas las dificultades que la infancia y la adolescencia tienen para auto representarse como actores en un escenario democrático. Desde estas dimensiones, procuraré explicitar los puntos más sobresalientes que determinan la producción de lo que en este *campo* denomino **estado de indefensión** en que se encuentran niños, niñas y adolescentes<sup>2</sup>.

## II. La biopolítica de la infancia

La infancia y la adolescencia son identificables con la vida como iniciación. La infancia es nacimiento y epifanía. El filósofo italiano Giorgio Agamben explica bien cómo los griegos no tenían una sola palabra sino dos para denotar la vida. Por un lado estaba la *zoé* que expresaba la vida pura, el simple hecho de vivir, *la nuda vita* (vida desnuda) como vida fuerza o vida biológica, y por otro lado el *bios*, la vida relacional que implica el lenguaje, la política y la ciudadanía. En el caso de la infancia uno podría resumir la *zoé* en sobre vivencia y el *bios* en la ciudadanía y la política.

Foucault, a su vez, ha planteado la palabra biopolítica para analizar la relación del poder con el cuerpo viviente y al mismo tiempo con la construcción de subjetividad. La biopolítica define el acceso a la vida y las formas de su permanencia y asegura que esa permanencia se desarrolle como una situación de dominación. En las instancias iniciales de la vida, la biopolítica designa la situación en donde la política suprime el *bios* para despojar todo lo humano de los humanos dejándolos sólo como *zoé*. Según Foucault, en la antigüedad el hombre tenía una existencia destinada a la vida política, en cambio esa relación se invierte en la actualidad en donde la política tiene como objeto al mismo ser viviente<sup>3</sup>. Foucault abandona así el enfoque clásico del poder jurídico institucional, para pasar a visualizarlo como el modo es-

2 Infancia, niñez, niños, niñas y adolescentes serán términos utilizados indistintamente como todos los menores de 18 años como lo define la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

3 Foucault, M., *Historia de la Sexualidad*, vol. 1, p. 173.

pecífico en que el poder penetra en el cuerpo mismo de las personas, en su subjetividad y en sus formas de vida. En un principio se trataba de un poder externo de castigo que generó la sociedad disciplinaria. Pero también Foucault llegó a conceptualizar el paso de una sociedad disciplinaria a una sociedad de control en la que los mecanismos y dispositivos de dominación se distribuyen y difunden más sutilmente en la sociedad logrando que cada vez más los ciudadanos internalicen las pautas y códigos adecuados de integración o exclusión. El poder se entretreje con dispositivos muy fuertes que organizan la vida y el cerebro humano mediante las poderosas máquinas de comunicación social, de las redes informáticas y de una amplia gama de sistemas de control. El poder se ejerce ahora desde adentro justo cuando muchos creen que desarrollan una subjetividad propia y autónoma. En otras palabras: el biopoder define las condiciones de ingreso en la fuerza laboral, las relaciones de “filialidad” en la familia, controla la individuación y la heteronomía en el proceso educativo, sistematiza su inserción en el mercado de consumo y regula su comportamiento por medio de la ley.

La infancia es la instancia de la inauguración de la vida y en la cual la aparición del biopoder aparece en su forma paroxística. Y aquí distingo dos niveles. Uno es propiamente la vida sobreviviente, la *zoé* de niños y niñas que está relacionada con la materialidad del existir, a su mera sobrevivencia. Y lo que expresa esa situación es la infancia en situación de pobreza<sup>4</sup>.

### III. La pobreza y los niños/as y adolescentes

Muchos y variados son los conceptos de pobreza y sus dimensiones asociadas. La expansión teórica y metodológica que ha tenido el concepto es admirable y ha contribuido tanto a la concomitante confusión de sus usos y desarrollos programáticos, como a su incapacidad para inspirar una práctica transformadora ante una realidad que, en el caso de niños/as y adolescentes, resulta intolerable<sup>5</sup>.

4 Incluyo aquí la indigencia o lo que otros denominan pobreza absoluta.

5 Una muy buena sistematización, análisis y discusión entre varios autores figura en las compilaciones hechas por Julio Boltvinik en *Comercio Exterior*, Volumen 53, nos. 5 y 6 de mayo y junio del 2003, México. Los artículos de Peter Townsend, Amartia Sen, Jonathan Bradsahw, David Gordon y los

Ahora bien, esta “producción” intelectual no es “cándida” y, precisamente por ello, la mayor parte de ella tiene como objetivo ocultar aquello que “describe”. Es que los discursos sobre la pobreza llevan embutidos los argumentos que derivan en acciones o modalidades de entender el problema que no son conducentes a su superación. Como afirmaré, en la biopolítica existen poderosos dispositivos ideológicos que proceden a legitimar una situación de dominación por medio de la ocultación de la relación social primaria que la expresa, en este caso, es la de los ricos sobre los pobres. La pobreza de propuestas sobre la pobreza consiste principalmente en “empobrecer” su discurso focalizando el análisis sólo sobre los pobres ignorando la dominación de los ricos. Y es en esa tensión dominante-dominado en la que la situación de pobreza de la infancia debe ser entendida y localizada como relación social.

No pretendo aquí amplificar esta discusión con argumentos que he dado hace bastante tiempo<sup>6</sup>. La pobreza y la riqueza no son sólo una distribución estadística. Esa relación tiene que ver principalmente con la igualdad, esto es con el entendimiento de que la pobreza se da al interior de relaciones sociales asimétricas asociadas en última instancia a la distribución del poder económico y a las modalidades en que este influye y/o determina la práctica política. Para una política por y con la infancia, también el centro de la cuestión es el poder: esto es, si este puede ser determinado en una dirección opuesta a la opresión que genera la pobreza y/o puede producirse un contrapoder que emancipe las víctimas de su opresión. La cuestión de la infancia pobre es entonces una cuestión biopolítica mayor. No hay políticas para la infancia “fuera” de la política que, por lo tanto, no pasen por la construcción de relaciones sociales más simétricas. En otras palabras, todo discurso que plantee la pobreza por fuera de relaciones sociales de dominio y, sobre todo, como una situación que requiere “soluciones” externas a la práctica política, concebida ésta como proceso colectivo emancipador, está asociado directa o indirectamente a ejercicios argumentativos para justificar el *statu quo*. O di-

---

propios de Bolvinik son altamente recomendables. Más recientemente, Minujin y Delamónica (2005) publicaron un excelente trabajo sobre pobreza y los niños en el que se analizan los conceptos, la medición y las políticas. También puede consultarse el libro compilado por Julio Boltvinik y Araceli Damián sobre *La Pobreza en México y el Mundo*, Siglo XXI Editores, México, 2004.

6 Consúltese Bustelo, E., *Pobreza Moral: Reflexiones sobre la política social amoral y la utopía posible*, capítulo VI, 2000.

gámoslo sin eufemismos: analizar el hecho “social” del ser pobre, o más particularmente, la situación niño/a adolescente pobre, no relacionándolos a los procesos económicos de concentración de ingresos, riqueza y poder, es como trabajar por y para su reproducción.

En el caso de los niños/as y adolescentes no hay más que una simple y transparente constatación: la mayoría de los niños son pobres y la mayoría de los pobres son niños. Uno de cada dos niños/as es pobre en el mundo. Ellos/as permanecen en el mundo de la *zoé*. La desigualdad de las relaciones sociales afecta profundamente la situación de la infancia<sup>7</sup>. El análisis de los determinantes de la pobreza de los niños y niñas es por demás conocido. El impacto de sus consecuencias de todo orden están ya sobre argumentadas y nuestra responsabilidad como adultos es moralmente inconmensurable.

Pero siguiendo con mis argumentos, la cuestión no es sólo “analítica” sino sobre todo biopolítica pues hablamos de poder. Afirmo entonces que la cuestión central en la relación pobreza-infancia es el poder puesto que niños/as y adolescentes son por autonomía “los que no tienen poder”. La biopolítica de la infancia consiste en mantenerla en la *zoé* como sólo sobrevivencia e inhibir o regular el desarrollo de la ciudadanía y su acceso a la política. Aún más, deseo enfatizar que la biopolítica implica la regulación de la vida pues en esta instancia de la edad temprana es cuando se define quién accede a ella, quién no y quién permanece en ella “reglamentando” las condiciones de esa permanencia. Y esto es lo que trataré a continuación.

#### IV. Tanatopolítica

La biopolítica puede ser pensada como la capacidad regulatoria del poder sobre la vida pero también como “tanatopolítica” o sea la negación de la vida o la política de expansión de la muerte. La mortandad de niños, niñas y adolescentes es la forma más “silenciada” de la tanatopolítica moderna. Denomino entonces forma superior de biopolítica a la que se “aplica” a las nuevas

7 Minujin, A. y Delamonica, E., “¡Mind the Gap! Widening Child Mortality Disparities”, *Journal of Human Development*, Volume 4 Number 3, November, 2004.

generaciones. En este caso, la muerte masiva y cotidiana de 30.000 niños/as y adolescentes por día, lo que aparece completamente “naturalizado” y nadie podría ser condenado por esta situación.

Por eso, parangonando a Agamben<sup>8</sup>, existe desde el inicio de la vida un “Niño Sacer” cuya muerte sagrada y ofrendada ha sido mostrada desde la antigüedad como gratitud o generosidad a los dioses. Desde el derecho romano, la vida del niño/a ha sido definida paradójicamente como contrapartida de un poder que puede eliminarla. *Vitae necisque potestas* designa ya en el hecho de “nacer” la *potestas* del padre de dar vida o muerte al hijo varón<sup>9</sup>. También en un principio, como explica Foucault, el soberano que convocaba a la guerra reclamaba la vida de sus súbditos: más que la vida exigía la muerte como el derecho de dejar de vivir. Esta situación adquiere hoy otras formas como veremos, pero todavía persiste una forma tanática “moderna” que consiste en la naturalización del horror de millones de niños/as y adolescentes que mueren todos los años en el silencio (10,6 millones), en una muerte verdaderamente “silenciada” y cuya responsabilidad sospechosamente, no puede ser atribuida a nadie.

Entran también como forma tanatopolítica, los niños/as y adolescentes que son reclutados para ir a la guerra, proceso de enrolamiento que comprende su instrucción para matar. En la última década más de 1,6 millones de niños han muerto en conflictos armados. Y el número de niños que han tenido que abandonar sus hogares debido a conflictos y violaciones de derechos humanos llega a más de 20 millones. Los mecanismos de inducción al odio, a la demonización del “otro” y la dinámica de intransigencia que se desata se asocian al exterminio<sup>10</sup>. En la dimensión de la muerte, el biopoder de los que dominan no tiene dudas: “se educa a poblaciones enteras para que se maten mutuamente en nombre de la necesidad que tienen de vivir”, y también Foucault lúcidamente expresa: “si el genocidio es por cierto el sueño de los poderes modernos, ello no se debe a un retorno, hoy, del viejo derecho

8 Agamben habla del *Homo Sacer* que “es precisamente aquél a quien cualquiera puede matar sin cometer homicidio” (pp. 243 y 244 del *Homo Sacer*). Los llamados pobres, indigentes y “desechables” entran en esta categoría ya que su muerte no tiene casi ninguna consecuencia jurídica. Así es la nuda vida, la vida “desnuda”, a la que cualquiera puede anular impunemente y al mismo tiempo, ni siquiera puede ser “condenada” de acuerdo con los rituales establecidos.

9 Véase Agamben, G., *Medios sin fin*, p. 14.

10 Recordemos que en Rwanda en sólo 90 días fueron muertos más de 300 mil niños en 1990.

de matar; se debe a que el poder reside y ejerce en el nivel de la vida, de la especie, de la raza y de los fenómenos masivos de población”<sup>11</sup>.

Es un dato más que evidente que también los niños y las niñas son las primeras víctimas de la guerra. Desde 1990, se estima que el 90% de las muertes relacionadas a conflictos armados en todo el mundo han sido civiles y un 80% de las víctimas han sido mujeres y niños. En el lenguaje militar esto se denomina depravadamente “colateral damage”<sup>12</sup>. Y a lo anterior debe añadirse, las escuelas destruidas, los hospitales dañados, los insumos escolares y en salud básica inutilizados, y los sistemas de agua potable sin funcionar.

## V. Biopolítica y subjetividad

El segundo dispositivo de la biopolítica está relacionado propiamente al *bios* esto es, los dispositivos destinados a la construcción de la subjetividad puesto que se trata de controlar la vida desde adentro mismo del sujeto. Es la sociedad de control de la que hablamos anteriormente. En el caso de la infancia y la adolescencia, esta construcción abarca tanto la visión de los adultos sobre los niños como la propia de los niños/as y adolescentes y su relación con los adultos y el mundo.

Deseo hacer aquí algunas precisiones conceptuales puesto que, en el caso de la infancia y la adolescencia, estamos muy lejos del “fin de las ideologías”. Muy por el contrario, las comunicaciones distorsionadas forman parte de los mecanismos mediante los cuales el poder sobre niños/as y adolescentes legitima un sistema de dominación. Jürgen Habermas ha puntualizado que la ideología desactiva la forma comunicativa del lenguaje para servir a los intereses del poder. Y si las formas de comunicación son sistemáticamente distorsionadas se producen dos cuestiones cruciales para entender su vigencia en la lucha política: la apariencia de normatividad y la imparcialidad. La normatividad hace alusión a un “deber ser” cuyo “deber” se impone como prác-

11 Foucault M., *Historia de la Sexualidad*, vol. 1, pp. 165 y 166.

12 Muchos niños no mueren pero sufren otros padecimientos como quedar huérfanos, tener mutilaciones y padecer todo tipo de complicaciones sicosociales debido a la exposición directa a la violencia, al rapto, al desplazamiento, el abandono y la pérdida de sus seres queridos. Según la OIT, 12 millones de personas están bajo el régimen de trabajo “forzado” en el mundo la mayoría de ellos niños y niñas.

tica discursiva de poder. En el caso de la infancia y la adolescencia es un “deber” despótico al que todo “se debe”. Es un deber, sin apelativos, a los adultos. La imparcialidad a su vez se refiere a su supuesto carácter “objetivo”: coincidencia “pura” y plena con una “realidad” ante la cual sólo cabe someterse. En esas condiciones, la distorsión sistemática de mensajes consigue abolir incluso las propias dimensiones mediante las cuales puede juzgarse su “deformación” y de ese modo volverse invulnerable a la crítica. La ideología que puede ser expresada en la forma de un discurso, de una política o de un programa alcanza así su máxima potencia al invalidar su exterioridad. Como lo ha explicado Terry Eagleton, la ideología llega a su punto máximo de eficacia cuando niega la posibilidad de un “afuera”<sup>13</sup>.

Pero la ideología también está relacionada al sujeto pues penetra en el desarrollo mismo de la subjetividad: es una estructura que se impone sin pasar necesariamente por la conciencia<sup>14</sup>. Es por esto por lo que Bourdieu piensa en el concepto de *habitus*<sup>15</sup>, con lo que designa la inculcación en hombres y mujeres de un conjunto de disposiciones duraderas que generan lo que domina “inconsciente cultural”. Se “naturaliza” así un orden social por medio de estructuras objetivas y subjetivas. Particularmente agudas son sus observaciones de cómo opera una ideología en términos de “campos”<sup>16</sup>. Estos son sistemas de relaciones sociales que funcionan respecto a un área en donde se compite por lo mismo y que funcionan con su propia lógica interna. En los *campos*, particularmente en el de la infancia, se juega el máximo de dominio cuando los agentes que detentan el poder se legitiman con un discurso distorsionado que otorga “legitimidad” a los participantes dóciles, y al mismo tiempo consiguen dejar de ser reconocidos como lo que son: esto es poder y dominación.

13 Este aspecto es de una efectividad impresionante. Por ejemplo, es altamente probable que las críticas como las de este trabajo serán tratadas como impiadosas o “desalmadas” y caracterizadas como carentes de objetividad. La crítica queda entonces “externalizada”, los argumentos que quedan “de lado interior” legitimados y la visión del *campo* que impone el biopoder se hace aparentemente inviolable.

14 El poder mediático que determina en la mayoría de los casos las “prioridades” políticas de la democracia representativa hace crecientemente imposible, a su vez, diferenciar entre tecnologías políticas y tecnologías para la construcción de la subjetividad. Ellas son siempre políticas.

15 Bourdieu, P., *Razones Prácticas*, España, 1997, pp. 129 y 130.

16 *Ibidem*, p. 49.



### Recuadro No. 1

#### Silla eléctrica para que jueguen los niños



En un centro comercial de la ciudad de Rosario en Argentina (que puede significar “muchos lugares en el mundo”), se instaló en un patio de juegos infantiles una silla eléctrica para que “jueguen” los niños. La silla era una emulación de la que se utiliza para ejecutar a los condenados a muerte. Se manejan microvoltajes para “recrear” la horrosa situación previa a la instancia final que clausura la vida.

El empresario que la instaló, declaró que era como cualquier juego; que él “no veía” la diferencia con otros “entretenimientos” infantiles y que los padres traían a los hijos “libremente” para que jueguen con este instrumento macabro. Esta situación tiene muchos ángulos para reflexionar que son apropiados a los puntos que trato en este trabajo.

La silla puede ser tomada como la metáfora tradicional del castigo biopolítico definitivo que aguarda a la infancia si no se siguen las normas aceptadas. La vida sagrada puede ser dada y puede ser quitada y el “matarás” forma parte de la ley desde la infancia temprana.

A su vez, la silla puede ser tomada como la simbolización del orden disciplinario del que representa la instancia final máxima mostrada a los niños como “juego”. El mensaje se naturaliza pues el empresario no “ve la diferencia” ni tampoco los padres parecen captar el mensaje implícito de la “ley” que les espera a sus hijos. El instrumento se ofrece al entretenimiento con toda su “inocencia”.

Como lo ha expresado Foucault en *Vigilar y castigar*: “se trata de reincorporar las técnicas punitivas –bien se apoderen del cuerpo en el ritual de los suplicios, bien se dirijan al alma– a la historia de ese cuerpo político”. Y sugería que las prácticas penales sean consideradas menos como una consecuencia de la teorías jurídicas que como un capítulo de la anatomía de la política. La silla en

su carácter “inofensivo” e “inocente” es una ilustración del Estado de Indefensión: todos podemos defender los “derechos” de los niños/as, pero al final la metáfora “electrizante” nos enseña que ni la tortura, ni el sufrimiento y la muerte podrían ser descartados en el proyecto de una humanidad inconclusa.

En el *campo de la infancia*, estas prácticas discursivas distorsionadas y manipuladoras se han constituido en un orden “natural” en el cual los factores de poder conocen que es en el “tiempo” de la infancia cuando se inicia el proceso constructivo de su situación de dominio y en el cual el ocultamiento de la relación de dominio se hace más evanescente. Como afirmé, se cumple en este *campo* como quizás en ningún otro, aquel primado que establece que una relación de dominación para ser efectiva debe permanecer oculta.

Funciona así como una inmensa máquina de captación de incautos o de “lavar” conciencias o como un “analgésico” de amplio espectro para aquellos que sinceramente se comprometen y creen hacer “el” bien.

Pero también en el *campo* de la infancia existen rivalidades y luchas para obtener poder simbólico y prestigio entre diferentes grupos, organismos civiles, religiosos, sindicales, organizaciones sectoriales y empresas comerciales. Lo anterior implica que al interior del *campo* como manifiesta Foucault, existe una microfísica del poder y analizarla sería como descubrir la anatomía del mismo. “Se trataría en él del *cuerpo político* como conjunto de los elementos materiales y las técnicas que sirven de armas, de relevos, de vías de comunicación y de puntos de apoyo a las relaciones de poder y de saber que cercan los cuerpos humanos y los dominan haciendo de ellos unos objetos del saber”<sup>17</sup>.

Ampliando, podemos afirmar que el poder que se ejerce en este *campo*, más que una propiedad o un atributo, es una estrategia de dominación y está compuesto de tácticas, subterfugios, tergiversaciones conceptuales, manipulaciones y de dispositivos que se aplican no como una prohibición a quienes están “adentro” del *campo*, “sino que los invade, pasa por ellos y a través de ellos; se apoya en ellos (...)” para lograr en el caso de la infancia y la adolescencia sujetos obedientes, sumisos y ordenados (véase Recuadro No.1).

<sup>17</sup> Foucault, M., *Vigilar y Castigar*, pp. 35 y ss.

Hechas estas reflexiones, veamos ahora con más detenimiento los dos enfoques que considero hegemónicos respecto a la relación social que involucra a niños/as y adolescentes. Digamos desde el inicio, que ambos no son excluyentes sino funcionalmente complementarios.

## VI. La compasión

El primer enfoque prevaleciente respecto de los niños es ciertamente el basado en la compasión. Siendo seres indefensos e inocentes son moralmente no imputables. Entonces: ¿Cómo no movilizar los sentimientos, cómo no ayudar, cómo no entregarse a su “causa”, cómo no asemejarse a los niños/as? Los medios de comunicación masiva abusan en la presentación de este discurso mediante la promoción de situaciones de ayuda social “meritoria” y personas “ejemplares” con avisos y campañas publicitarias. También se apela a temas que crean escenarios de expectación perversa mostrando situaciones y casos límite de abuso, trata y explotación de niños/as y adolescentes. Esta “exageración” está intencionalmente presentada más allá de la situación “objetiva” de esos niños/as oprimidos puesto que se “produce” este ambiente mediáticamente exasperante con el propósito principal de vender espacios publicitarios. Igualmente, esta estimulación se presume que está directamente asociada a la sensibilización de la población que es la base de la construcción de un contexto “compasivo” (véase Recuadro No. 2).

Aunque se apela al niño/a pobre, lo fascinante es cómo se evade el problema de la redistribución de los ingresos y la riqueza que es la “base” de la explicación de la infancia pobre: se plantea que lo que les sobra a unos es exactamente lo que necesitan otros y que, por lo tanto, sería sólo suficiente poner en contacto al donante y al necesitado. Dar lo que “sobra” implica además soslayar la relación de dominación en que se hallan inmersos los niños/as pobres pretendiendo que hay una solución que se deriva por un lado, de un compromiso individual al que se le atribuye la solidaridad (benefactor) y, de otro lado, a la aceptación pasiva de una “generosidad” que anularía la dominación.

**Recuadro No. 2 (\*)**  
**El “Buen” Samaritano**

La publicidad social de las organizaciones sociales del *establishment*, del Banco Mundial y más particularmente de las empresas con “responsabilidad” social, usa a personas ejemplares y a su compromiso con niños/as y adolescentes. Pero mediante este artilugio se “invierte” la significación de ejemplaridad y se pretende “demostrar” un camino cuyo sentido invoca en primer lugar, que los temas asociados a la lucha contra la pobreza y la igualdad son un compromiso personal y que nada tienen que ver con la emancipación de relaciones sociales de dominación y, por tanto, con la política. Lo “personal” a su vez, quiere decir una disposición interna en la cual “hacer el bien” coincide con “el propio” bien: se trata de una “solidaridad” egoística. Y además, socialmente “no cuesta nada”: se trata solamente de “dar una mano”. En segundo lugar, en esta lucha nada tiene que ver lo público-estatal sino que implicaría simplemente un compromiso que queda encapsulado en el ámbito privado. Y cuánto mejor si ese compromiso es “voluntario”, es decir, enraizado en las actitudes cotidianas de todas las personas durante todos los días. ¡Así de simple!

En tercer lugar, la “amoralidad” de la publicidad disfraza una intención legitimadora que busca hacer aparecer como idénticos la “bondad” del capital y las organizaciones sociales que lo representan, con el compromiso respetable y sincero de una mujer con la causa de los niños/as y adolescentes. Este testimonio personal podría por supuesto ser cuestionado, pero en ningún caso banalizado.



(\*) Publicidad aparecida en múltiples medios de comunicación nacionales y provinciales. Véase como ejemplo, Revista Noticias, Año XXI, No. 1339, 24 de agosto del 2002, Buenos Aires, Argentina.

Asimismo, dicha “generosidad” coincidiría con el atributo de ser gratuita, ya que eliminar la pobreza depende sólo de un gesto, apenas una actitud que en el fondo “no cuesta nada”<sup>18</sup>. El supuesto “no costo” a su vez está pensado por un lado, como contrapartida a lo “costoso” y corrupto de las políticas estatales y, por otro lado, al voluntariado social al que se le asocian las características de seriedad, generosidad y altruismo<sup>19</sup>.

Digamos que los sentimientos son imprescindibles pero ciertamente no suficientes. Una cosa es “con-padecer” y otra es esparcir gas lacrimógeno para neutralizar una conducta pro-activa por una efectiva implementación de los derechos de la infancia. Asimismo afirmo que el paternalismo/maternalismo reproduce una relación “protectora” descaradamente asimétrica. El que protege es dueño del poder y la voluntad sobre “el desprotegido”. Además, no es una relación que “hace” el bien o que busca hacer el bien en el otro, sino principalmente que “me hace bien” en el sentido de una actitud narcísica<sup>20</sup>. No provoca creciente autonomía como fuente para la expansión de una subjetividad responsable, origen de ciudadanía. Y fundamentalmente, porque el problema no es de índole particular y no se resuelve desde un compromiso personal con un niño o un proyecto, sino en un espacio colectivo construido

18 Es impresionante el surgimiento de redes de solidaridad, proyectos y fundaciones solidarias y hasta los más audaces que anuncian el advenimiento de una “revolución” solidaria. Todas estas fundaciones tienen, en general, un sitio web en donde anuncian sus propósitos. Son muy ilustrativas aquellas en donde “la protección” que dan está arancelada. Por ejemplo: 1 niño USD 30 por mes; 1 niño HIV positivo USD 35 por mes; una familia pobre USD 40. Véase como ejemplo: Help a Child to Escape the Tidal Wave of Poverty. Sponsor a Child Today!!! [www.worldvision.org](http://www.worldvision.org). En los aspectos “conceptuales”, se han producido muchas publicaciones sobre la “solidaridad” algunas de una insustancialidad supina como el libro de Pacho O’Donnell (2001) u otras, que parecen sugerir como Marcos Aguinis (2001), un verdadero despropósito como creer que: ¡La “salida” de Argentina está en el voluntariado!

19 El tema del voluntariado como práctica social ha sido bien estudiado desde hace mucho tiempo (recuérdense los análisis de Marcel Mauss sobre la economía del “don”) y su fundamento “generoso” y altruista ha sido seriamente cuestionado. Véase Bourdieu, P. (1997), capítulo 6 dedicado a la economía de los bienes simbólicos. Con respecto al voluntariado católico al que también muchos cuestionan su “entrega” y generosidad, consúltese en el mismo texto “La Risa de los Obispos”, páginas 186 a 198, en donde el autor se expone sobre lo que denomina la economía de la “ofrenda”.

20 Sugiero consultar aquí una obra señera y pionera que describe y explica el narcisismo en la cultura moderna: Lasch, Christofer (1999). Este autor sugiere que participar en una ONG donando tiempo libre para “purificar” la conciencia y sentirse “bien”, es equivalente para muchos a concurrir a un gimnasio para mantener el cuerpo sano y bello. Allí después del esfuerzo, uno también se siente “bien”.

como política pública. La dependencia y la cautividad de los niños de una relación de “padrinazgo” los hace víctimas del despotismo de la benevolencia<sup>21</sup>. Y cuando con este enfoque se responde con programas del sector público se promueve una ciudadanía “tutelada” que termina bajo los argumentos del amparo, en la criminalización, opresión y represión de los niños, niñas y adolescentes.

El enfoque “compasivo” tiene además –en su evocación de una supuesta “responsabilidad social”– una práctica recaudatoria. En realidad se promueve la sensibilización presentando situaciones límite, en las cuales movilizar sentimientos, tiene también como objetivo promover donaciones (pecuniarias, en bienes o en tiempo del “donante”). Y la donación da “prestigio”. Más perversa y tergiversada en su fingida intencionalidad es la organización de shows benéficos, rifas o “cenas” recaudatorias en las que los dueños del poder, además de disfrutar y “pasar un buen momento”, recaudan dinero para los niños y niñas pobres<sup>22</sup>. La crónica mediática es explícita en presentar una riqueza obscena como espectáculo que “divierte para beneficiar” a los niños. En este sentido, el discurso no tiene ninguna pretensión de distorsión comunicativa: los niños son un motivo más para mostrar la riqueza y la pertenencia a los círculos distintivos del poder.

El problema comienza cuando el niño/a entra en “conflicto con la ley”. Allí es donde naufraga este enfoque ya que “convierte” la compasión en feroz represión: el poder termina sin piedad imponiéndose a los que no tienen poder. El despotismo se hace explícito pues el “niño-amenaza” debe ser sometido y a estos afectos, considerado “adulto”. En el momento de la “internación”, que coincide con la abolición efectiva de la voz y libertad del sujeto, es cuando se hace concreta “la verdadera” responsabilidad de una subjetividad que ahora se considera “autónoma y plenamente responsable”. La relación

21 Los temas de las relaciones de patrimonialismo y patronazgo en las ONG, así como, el ya “clásico” de las “primeras damas” y su asociación a la infancia los he tratado en el artículo “El abrazo”, capítulo VII, Bustelo (2000). Un caso “tipo” de despotismo ilustrado en el desarrollo de la política social fue el de Octavia Hill como presidenta de la National Charity Organization en Inglaterra. No menos importante, deseo destacar que hay frecuentes ejemplos de abuso flagrante de niños/as y adolescentes por parte de sus “benévolos” protectores.

22 Hay una “rentabilidad” de estos eventos que tienen como una escala en donde casi siempre tiene primacía la “dis-capacidad” pues es lo más convocante y en principio menos sospechoso. Aunque el marketing de estos espectáculos puede “convertir” en importante cualquier banalidad.

se “invierte”: de “protegido” se pasa a ser responsable y los “protectores” se convierten así en la fuente de la desprotección más inhumana.

La soberanía de esta relación de dominio termina finalmente expresándose en el poder de policía. No sólo en la institución policial, sino también en los mecanismos de control y de poder que aseguran el “disciplinamiento” de la infancia y la adolescencia. Los niños/as y adolescentes terminan conformando lo que Robert Castel denomina “clases peligrosas”. De este modo, puede percibirse en muchos países respecto a la infancia y la adolescencia, un paulatino deslizamiento de un Estado Social a un Estado de la Seguridad en donde se proclama sin eufemismos “tolerancia cero”.

## VII. La “Inversión”

El segundo enfoque prevaleciente es el de la infancia y la adolescencia como inversión económica que produce una determinada rentabilidad. Se trata de una colonización conceptual del lenguaje expansivo de la economía profusamente propagada por los Bancos Internacionales. Esta es la versión utilitarista e individualista más perversa: es conveniente en términos económicos “invertir en capital “humano” una paradoja para la más inhumana de todas las lógicas opresivas: la lógica del capital que ahora se hace “humana”. Educar a un niño me conviene y nos conviene aunque no sabemos si a ellos “les conviene” puesto que no conocemos de qué “educación” se trata. Y esta conveniencia, es una conveniencia económica que en términos monetarios se mide como “tasa de retorno”. Con este argumento, que implica la introducción de la razón utilitaria por sobre los derechos, se pretende convencer al poder (los bancos codiciosos, los empresarios corruptos y los gobernantes ineptos) de que los niños son buenos para la lógica de la ganancia. Así tenemos hoy los bancos y las grandes corporaciones “trabajando” y haciendo promociones por los niños/as. Mercantilización de la infancia es así negocio para las ahora “buenas” empresas y los bancos que mejoran así su “imagen” institucional<sup>23</sup>.

23 Los Bancos Internacionales y los Fondos de Inversión también utilizan frecuentemente la imagen de niños y niñas incentivando a los padres a efectuar “ahorros” en el presente para poder darles a “sus” hijos un futuro mejor. En ese contexto, colocan al niño “dentro de la familia” y ocultan en ese apelativo sus verdaderas “ganancias”. El Banco Mundial usa en su publicidad programas de in-

Igualmente, la lógica de la ganancia argumenta que la inversión en educación determina a mediano plazo el crecimiento económico, y que éste a su vez, derrama generosa y equitativamente sus beneficios. Y si esto no alcanza a los niños/as para ello existen “redes de seguridad” o “redes de contención” o “solidaridad privatizada”, un eufemismo para calificar el camino de la no inclusión. O el voluntariado como una modalidad para expresar inescrupulosamente el carácter gratuito de los servicios de bienestar infantil.

De nuevo, el problema “realmente” aparece cuando los niños/as y adolescentes se salen del “guión” y entonces el enfoque los convierte rápidamente en “costos”; son costos ahora sí en seguridad que la sociedad tiene que pagar. Sólo cuando el niño/a se hace “delincuente” se convierte en un problema o preocupación pública. Los temas inversión y seguridad están íntimamente conectados en la lógica de esta argumentación ya que, la “supuesta” inversión significaría en realidad el pago por la seguridad de no ser agredidos por los niños y adolescentes en un próximo futuro.

En otras palabras: la versión “soft” de este enfoque afirma que la inversión en la infancia se conecta con la posibilidad de crecimiento vía el aumento de la productividad que se desprende de mayores niveles de educación. Este sería además el único camino admitido de la inclusión y la movilidad social. En la versión “hard”, sorpresivamente “la inversión se invierte” presentando la infancia desde el miedo o la amenaza potencial ya que, si no se “invierte” en la infancia, ellos terminarán en una situación de “incontención” o desborde lo que será un atentado a mediano plazo a la propia seguridad individual. Además, no “invertir” ahora significa incurrir a mediano plazo en costos mayores para toda la sociedad. En ambos casos, la conclusión es predecible: los niños/as y adolescentes terminan en la ferocidad de la represión de sus derechos.

Antecedentes de esta actitud pueden ser encontradas en el movimiento “salvadores del niño” en USA en el Siglo XIX descritas en el excelente y pio-

---

munización para niños o programas alimentarios en donde uno puede llegar a creer que es un verdadero “titán” en la lucha contra la pobreza y la defensa de los débiles. Lo que no se aclara es que esos programas: o se financian como créditos que los países devuelven con intereses más la correspondiente tasa de “riesgo país”, o son “premios” concesionales por haber realizado programas de ajuste económico aceptando con obediencia las “condicionalidades” que el Banco Mundial y el FMI imponen y que generalmente implican restricciones fiscales y monetarias con impactos socialmente regresivos.



nero trabajo de Anthony Platt. El término “salvadores del niño” se ha utilizado para denominar a un grupo de “reformadores sociales desinteresados que veían su causa como caso de conciencia y moral y no favorecían a ninguna clase ni ningún interés político particular”. Se definían como altruistas y humanitarios y “su interés en la *pureza*, la *salvación*, la *inocencia*, la *corrupción* y la *protección* reflejaba una fe firme en la rectitud de su misión”<sup>24</sup>. Sin embargo, ellos fueron los precursores de la asociación del niño con la criminalidad y de tratarlos como un grupo social diferente y peligroso, y en su actuar siempre terminaron imponiendo “sus concepciones de clase y elitistas”. El mencionado estudio concluye que dicho movimiento nunca fue una empresa humanitaria para ayudar a los obreros y los niños pobres a liberarse del orden establecido que los oprimía, sino que se trataba de personas pertenecientes a las clases media alta y alta que contribuyeron a crear nuevas formas de control social para proteger su poderío y defender sus privilegios<sup>25</sup>. Los “salvadores del niño” fueron los que terminaron “justificando” la delincuencia.

Pero lo que es realmente una paradoja entre tantas en este *campo* es que, la distorsión comunicativa pretende hacer “actuar” a los detentores del poder y el *establishment* económico (los bancos, las grandes empresas, las compañías multimédios, etc.) en favor de la infancia bajo la idea de “responsabilidad social”. Todos tienen que hacer algo y forma parte de los “nuevos” enfoques del management que estimulan la vida ejemplar de los CEO (Chief Executive Officer) a dedicar tiempo, esfuerzo y contribuciones económicas para ayudar a la infancia. El capital y su ética asociada de ganancia sin límites se esfuerza por legitimarse como “responsable” lo que lo desculpabilizaría de su responsabilidad “social” efectiva que es pagar impuestos y cumplir con sus deberes en el financiamiento y acompañamiento de una política pública. Aparece como “benévolo” disimulando su rapacidad insaciable, y al presentarse como “generoso” encubre las bases materiales objetivas en donde basa su poder opresivo (véase Recuadro No. 3).

---

24 Platt, A., 2001, p. 31.

25 Como ejemplo, Platt comenta la lucha por la abolición del trabajo infantil entre los industriales de clase alta de Nueva York, que era vista como un medio para excluir a los comerciantes marginales y los trabajadores a domicilio, aumentando así la consolidación del poderío de sus negocios, p. 22.

### Recuadro No. 3 “Yuppismo social” o ciudadanía

Una nueva forma de legitimación del capitalismo pareciera que pasa por mostrar la emergencia de un moderno empresariado preocupado con los temas sociales. Esa “preocupación” mostraría un compromiso real con la sociedad y sus problemas.

Aunque continúan haciendo la clásica filantropía, los empresarios contratan ahora profesionales y “arman” equipos que estudian y proponen soluciones concretas para los problemas sociales desde un punto de vista “objetivo”. Aparecen así jóvenes profesionales, preferentemente de apariencia atlético-deportiva, y empresarios “innovadores” ahora también “voluntarios” de acciones sociales. Modernos ejecutivos especializados (CEO) en “gerencia social” y preparados para transformar un aparato público anquilosado y carente de transparencia con las novedosas técnicas “objetivas y eficientes” de la gestión privada.

Pero nada de lo anterior está exento de la intención expresa de construcción de poder y de dominio, sea comercial o político. Así no se puede ignorar la creciente aparición de “empresarios” (eufemismo para decir “hombres/mujeres de negocios, muchos de ellos sin empresas) que se hacen ahora “visibles” en la política, ni mucho menos, operativos de “social marketing” para hacer un verdadero “lifting” de las empresas presentándolas ahora con un “rostro” bueno y socialmente comprometido. En este contexto, es significativo recordar que paradójicamente, fue un empresario el que primero estudió y midió la pobreza. Su nombre fue Charles Booth y perteneció a la tercera generación de una familia de exportadores de Liverpool. Fundó la compañía naviera The Booth Steamship Company con la que fue tremendamente exitoso.

Simultáneamente a su actividad empresarial, Booth emprendió un estudio en el que por primera vez se midió la pobreza y que concluyó en un libro publicado en 1902: *La Vida y el Trabajo de la Gente de la Ciudad de Londres* que comprendió 17 volúmenes. Se le atribuye haber inventado el concepto “línea de pobreza” metáfora que tomó observando los barcos de su firma: la línea que marcaba en el casco de la nave, el nivel de sumersión de la misma. Pero Booth pensaba que la pobreza no era sólo la cuestión de su medición y estudio.

Su compromiso social no era algo que practicaba “afuera” de su empresa, sino que comenzaba con la misma. En tiempos en que casi no existía ninguna legislación laboral, Booth estableció un plan de pensiones para los empleados de su firma; un plan para compartir las ganancias de la compañía y bonos anuales que se daba a los trabajadores, especialmente en los períodos de recesión para incentivar la productividad. Esos bonos, pagaban una alta tasa de interés y se acreditaban cuando el trabajador se jubilaba. Booth se adelantó por varios años en la idea de que la ética empresarial era sobre todo una responsabilidad social y pública.

Tampoco su compromiso social era una cuestión meramente empresarial, sino también una ética personal. Así, Booth calculó que le hacía falta para vivir –tanto a él como a su familia– 1 000 libras por mes en tanto que ganaba 2 000. Analizó que gastaba en alimentación 150 libras pero como creía que los trabajadores estaban mal pagos por lo menos en un 50%, consideraba que tenía que “devolver” de algún modo 75 libras. Igualmente, examinando otros rubros de su consumo familiar encontró un “excedente de explotación” equivalente a 500 libras que entregaba a los que necesitaban, simplemente “para que la humanidad volviese a ser lo que tenía que ser”.

El estudio que realizó sobre la pobreza y del cual él mismo escribió 8 volúmenes, demoró 17 años pero no por ello abandonó sus actividades empresariales: escribía a la noche, en los fines de semana, durante sus viajes a Europa continental y los Estados Unidos de América. Tampoco pagaba a otros para que levantasen los datos de su estudio. Aunque tenía ayudantes, él mismo convivía en la casa de las familias pobres estudiando su vida y sus hábitos. Llegaba a pasar semanas completas viviendo en los barrios más pobres de la ciudad de Londres. Presentando los resultados de su trabajo cuantitativo y cualitativo en la Real Academia Estadística de Londres, afirmó que “en la vivencia con los pobres (...) y no en la estadística, radica el poder de cambiar el mundo”.

Booth no organizó ninguna Fundación para su empresa, ni financió museos artísticos para que los visiten los ricos, ni aceptó subsidios públicos, ni pidió exenciones impositivas por las actividades que realizaba. Fue un simple practicante del concepto de “empresa ciudadana” que implicaba tanto titularidad de derechos como de obligaciones. Pensaba que la responsabilidad social de la em-

presa no consistía en una “ética post-ganancia” ni en una “façade” para mejorar sus ventas ni mucho menos, en la construcción de un espacio público para el prestigio personal o para conquistar poder político.

### VIII. La infancia y los derechos

Considero ahora la principal fuente legitimadora de la protección de la infancia que es la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN). Este es el instrumento político y jurídico más importante que supuestamente regula el campo de la infancia y la adolescencia. Ha sido llamada “la primera” ley de la Humanidad ya que es el tratado internacional que más ratificaciones ha tenido a lo largo de la historia<sup>26</sup>. Su relevancia pedagógica ha sido y es fundamental como lo explica Gomes da Costa<sup>27</sup>. Su importancia política, jurídica y programática es incuestionable. Sus debilidades también.

La CIDN corresponde a un momento del desarrollo de la categoría infancia en la cual su objetivo es constituir al “niño” como “sujeto de derechos”: derechos que serían emulables a los de los adultos. Ahora este proceso no es tan simple y puede ser visualizado desde ángulos muy diferentes.

Así, por un lado, hay una “visión” que promueve un concepto de infancia en la que ésta se aproxima a la idea de una completa autonomía despojándose de la heteronomía que la “domestica” por intermedio de la familia, o la “socializa” mediante la escuela. El niño/a de acuerdo con su edad adquiere progresivamente derechos, y en la medida que accede a su subjetividad, conquista su plena autonomía. El punto final de ese viaje sería un mundo en el cual el niño es visto como un continuo y no introduce ninguna fractura generacional: la niñez es un tiempo de preparación para la adultez, para repetir “la adultez” de los adultos.

26 Esta expresión fue formulada por James P. Grant, entonces Secretario Ejecutivo de UNICEF. Grant fue un luchador ejemplar y militante comprometido con la causa de los niños/as y adolescentes en el mundo y el principal artífice político de la Convención.

27 Véase Gomes da Costa, A.C., 1998.

Por otro lado, y en una visión opuesta, el niño es visualizado también como un ser en evolución pero esa evolución culminaría en un proceso autónomo que se define por su diferencia y oposición al mundo de los adultos y, más particularmente, su emancipación (la construcción de su subjetividad), consistiría en superar el mundo adulto de manera que se trata de un proceso que se hace discreto y discontinuo.

El primer camino describe tal vez una posibilidad idealizada pero bien próxima a la imagen de la infancia “neoliberal”, que cuenta la historia de niños y niñas que se encaminan con certeza hacia un destino marcado por el consumo y la competencia en donde se asegura el triunfo de los “más aptos”. Aquí lo más importante es el acceso a la libertad y los derechos individuales. No existe la infancia, existen niños/as individualizados cada vez más tempranamente. La igualdad que implica la sustentación de una relación simétrica con otros, es sólo considerada como igualdad de oportunidades. El niño/a es un adulto “menor”.

En la segunda visión en cambio, se sigue sosteniendo una subjetividad individual desde que no se promueven las instancias institucionales heterónomas que colocan al niño/a en su relación e ingreso a la sociedad: se trata de un niño/a, esta vez distinto del adulto, pero su evolución hacia la adultez termina en una especie de “alternativismo individualista”. Se plantea una fractura sólo intergeneracional y, en consecuencia, se produce una individualidad “sin sociedad”.

Ahora bien, en medio de las dos versiones descritas, corre una tercera visión, en la cual la autonomía y la heteronomía son definidas como dimensiones constitutivas en tensión continua. Pero en este proceso, los elementos heterónomos que sitúan al niño/a y al adolescente como parte de una sociedad y de su historia no son una imposición, sino un diálogo entre la generación adulta y la generación más joven sobre cómo construir y direccionar el proceso emancipador, ya que ambas son igualmente categorías histórico-sociales que en el caso de la pobreza, quedan de lado de las víctimas. Si bien hay una tensión insalvable entre el adulto y la infancia, la principal contradicción radica en este caso, en que ambas categorías se corresponden en una relación social en la cual ambas son oprimidas.

Prosiguiendo con esta reflexión deseo introducir ahora una definición que considero crucial: *todos los derechos de los niños/as y adolescentes son derechos*

“*sociales*” en el sentido de que su garantía es esencialmente política y, por lo tanto, corresponde a la sociedad en su conjunto implementarla. No son esencialmente derechos subjetivos puesto que no se corresponden con derechos civiles individualizados. Ellos existen y por supuesto no deberían ser dejados de lado. Pero los derechos definidos en la CIDN deben ser considerados como derechos “sociales” en el sentido que corresponden al ámbito de lo público y al de una categoría social. Defino a la infancia y la adolescencia como categoría social al valor y ubicación relativa que se da a ese período del desarrollo humano en la cultura. En este contexto, son derechos que una generación busca fundar en una nueva generación emergente como parte de un proceso emancipador. Y al definirlos como sociales, trato asimismo de re-situar esos derechos en el más alto posicionamiento ético de la cultura. En este sentido, los derechos de la infancia y la adolescencia se corresponden con una responsabilidad indeclinable de los adultos, a esto llamo “eleidad”: hacernos cargo definitivamente de “ellos”. La “eleidad” de los niños/as y adolescentes demanda una responsabilidad sin amenazar con un castigo y más allá de prometer una recompensa. Es esa fragilidad que revela nuestra capacidad de actuar moralmente como pura responsabilidad sin esperar nada de ellos. Como afirma ciertamente Bauman<sup>28</sup>, la responsabilidad hacia los niños/as puede ser pensada como la ética de una caricia: “la mano que acaricia siempre se mantiene abierta, nunca se cierra para asir”, jamás demanda posesión. Y este es el sentido más profundo de lo que llamamos “derechos”.

Lo anterior tiene una significación sustantiva en el ámbito de una tensión estructural en el desarrollo de la infancia; esto es el eje autonomía-heteronomía. Como afirmé, el niño/a en su desarrollo no parte de una subjetividad pre-constituida pero evoluciona en búsqueda de su autonomía y en lo que los psicólogos denominan “identidad”. La visión liberal considera que es en el período de la infancia y la adolescencia cuando se van constituyendo los derechos como parte de la construcción del individuo, y que estos derechos serán “individuales” llegados a su fase “adulta”. En este sentido no hay derechos “sociales” atribuibles a la infancia y la adolescencia. Por otro lado, sostengo que los derechos de la infancia deben ser garantizados por toda la sociedad, por lo tanto son derechos heterónomos. En otras palabras, se trata

28 Bauman, Z., 2004, pp. 99 y 107.

de derechos transindividuales que relacionan una autonomía en desarrollo que simultáneamente está relacionada con un ser parte de una sociedad, de su historia y de los dilemas en la representación de su futuro. Y deliberar sobre el futuro de una sociedad es nada menos que discutir la infancia y la adolescencia hoy. Entonces, como no son derechos individuales, los derechos de niños/as y adolescentes son los derechos de “ellos”, de aquellos que están más allá de mí, de aquellos que me sobrevivirán. Por eso son derechos que van más allá de la “otredad”, o sea de una “otredad” que se niega a volver sobre el “yo” retrotrayéndose a lo mismo. Son “otros” más allá del 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<sup>29</sup>.

Hechas estas consideraciones cruciales cuyas implicancias son decisivas en cómo analizo la CIDN, deseo recordar algunos puntos decisivos en su desarrollo para contextualizar y calibrar su importancia, y luego tratar la cuestión no menor de su estatus jurídico<sup>30</sup>. Es importante aquí levantar al menos cuatro puntos que son imprescindibles recordar.

En primer lugar, habría que hacer un análisis de las “reservas” que los países hicieron a la Convención<sup>31</sup> en el momento de su ratificación pues nos encontraríamos seguramente con sugerentes sorpresas. La Convención ciertamente está desde su génesis siendo negada en importantes cuestiones rela-

29 Me baso aquí en la filosofía de Lévinas, quien exige una destrucción de la ética basada en el subjetivismo individualista de la cultura moderna. Aquí el punto de partida será el reconocimiento de la alteridad absoluta del “otro”. El “otro” en su dimensión de alteridad absoluta exige una ética de responsabilidad infinita. Y esto significa que la filosofía tendrá que realizarse en la perspectiva del ethos de la persona y la sociedad. La experiencia humana se da por la posibilidad del ser humano de “ser para otro” en una relación ética que implica el cuestionamiento absoluto del “yo”. Consúltese los textos de Emmanuel Lévinas incluidos en las Referencias Bibliográficas.

30 Es apropiado recordar aquí y tener presente desde el inicio, lo afirmado por Bobbio (citado por Baratta, p. 47) en el sentido de que los derechos de los niños están sujetos a una triple condicionalidad: 1) en forma indirecta, en el derecho de familia resultan automáticamente subordinados al derecho de los padres; 2) en forma condicional, cuando hay recursos económicos que deben ser puestos y no lo son inviabilizando el cumplimiento de los derechos; 3) la no existencia de derechos que sólo son reservados para los adultos.

31 Esta idea, la tomo de Emilio García Méndez con quien he tenido la oportunidad de discutir ésta y otras tantas cuestiones relacionadas con la filosofía del derecho y particularmente de los derechos humanos.

cionadas a la vida misma, y en esto también opera la biopolítica de los niños. No sabemos pues con precisión cuánto de su corpus sustantivo está “universalmente” vigente<sup>32</sup>.

Recordemos a su vez en segundo lugar, la discusión que se planteó respecto al “interés superior del niño” cuando se discutió la CIDN<sup>33</sup>. Es importante aclarar desde el inicio, que la CIDN en su artículo 3 inciso 1 habla del “mejor interés del niño” (the best interest of the child) y no del interés “superior” del niño<sup>34</sup>. En su versión original, la propuesta consistía en el interés “superior” del niño (the paramount interest) pero varios países se opusieron y la versión final estableció definitivamente “el mejor” interés del niño. Cambio fenomenal que introdujo un relativismo insuperable que trasunta un espíritu paternalista pues: ¿Quién define ahora qué es lo “mejor” para los niños? ¿Son los padres? ¿Es el Estado? ¿Son los códigos sociales que se han desarrollado históricamente y conforman un hábito socialmente establecido? Se dejó una verdadera y lamentable aporía.

Es también importante aclarar, siguiendo a Alston y Gilmour-Walsh<sup>35</sup>, que según el artículo 3 de la CIDN, al interés superior del niño se le debe dar “una” consideración primordial y no “la” consideración primordial lo cual indica que el denominado interés superior es una entre otras tantas consideraciones que deben tenerse en cuenta en la toma de decisiones relacionadas con los niños. Si bien el Comité de los Derechos del Niño ha declarado que el principio del interés superior del niño es “el principio rector-guía” de toda la CIDN ello no pasa de ser una afirmación entusiasta que contrasta con las reservas y aclaraciones que la jurisprudencia ha establecido en diferentes países. Más confusión añade el artículo 21 pues establece que hay que darle a este principio “la” consideración “primordial” en los sistemas de adopción. Importante, principal, primordial son términos que están referidos a situaciones en las cuales debe definirse explícitamente el contexto de su apli-

32 Pensemos simplemente en la definición de cuándo comienza la vida, punto fundamental sobre el que no existió ni existe consenso. Otra cuestión no menor es la edad de los niños para ir a la guerra.

33 Consúltense aquí el clásico análisis de Philip Alston y Bridget Gilmour-Walsh.

34 No se trata de “error” de traducción. Las ONG comprometidas con los derechos de la infancia y la adolescencia y bien intencionadas, en cierta medida han “impuesto” en sus valerosas luchas el concepto de “interés superior” pero lo que realmente corresponde es “el mejor interés del niño”.

35 Alston P. y Gilmour-Walsh, B., 2002, pp. 20 a 25.



cación. Hay por lo tanto, un amplio ámbito de interpretación y ello está lejos de ser una elucidación definitiva.

Otra dimensión importantísima de este artículo es la relacionada con lo que se define como “medidas” concernientes a los niños y si estas “medidas” alcanzan las omisiones. Está claro que en los redactores este tema no tuvo la debida consideración. Pero este es un punto central no sólo para la CIDN, sino para todo el enfoque sobre derechos humanos. La doctrina convencional establece que las personas son responsables de los daños causados por los actos que efectivamente realizaron pero no por los daños causados por omisiones. Así planteado, este enfoque implicaría una responsabilidad humana muy restringida puesto que tratamos de cuestiones muy cruciales relacionadas con la vida y la muerte, la nutrición, la salud, la educación, etc. Hay omisiones ante hechos “previsibles” como los relacionados con la infancia y la adolescencia y también hay omisiones “intencionales”. Por esta razón, la distinción moral entre actos y omisiones ha sido severamente criticada y ha dado lugar al nacimiento del concepto de “obligación positiva” con relación a actos previsibles y prevenibles tanto a nivel individual como social<sup>36</sup>. Volveré sobre este tema más adelante.

Y por último, siguiendo nuestro análisis anterior del biopoder: este artículo de la CIDN que define el interés “superior” del niño y que habla de los “niños” en plural, podría haber significado el reconocimiento político del comienzo de una transferencia de poder a las nuevas generaciones, mientras que en el caso del “mejor interés del niño”, son los adultos en general los que deciden y definen “lo mejor” y lo hacen, por supuesto, desde el poder.

En tercer lugar, está la cuestión de los derechos económicos y sociales. La CIDN reconoce en varios artículos (especialmente en su artículo 4) los

---

36 Por eso hay muchas declaraciones relacionadas al cumplimiento de los derechos que son fácilmente firmadas por las más altas autoridades pero que no son cumplidas puesto que las omisiones, entre otras causas, no son tenidas seriamente en cuenta. Como ejemplo, véase la Declaración de San José de la VI Conferencia Iberoamericana de Ministras, Ministros y Altos Responsables de la Niñez y la Adolescencia (18 a 19 de octubre del 2004) en cuyos considerandos se utilizan verbos como los siguientes: reiteramos, reafirmamos, reconocemos, resaltamos, reconocemos, preocupados, alarmados, conscientes de la necesidad, etc. Verbos que hacen alusión y reclaman compromisos anteriores previamente asumidos que ni los signatarios firmantes en su momento cumplieron. Aquí vuelve lo del Niño/a Sacer: ¿Quién se hace responsable de sus muertes? ¿Quién se compromete como obligación moral a responder por sus necesidades humanas más apremiantes?

derechos sociales, aunque en relación con su financiamiento establece que los Estados miembros deben cumplir con el “máximo de recursos posibles”. Aclaremos que los derechos económicos operan como derechos “habilitantes” del resto de los derechos sociales: si no hay financiamiento, no hay derecho que pueda implementarse de un modo plenamente efectivo. En este punto, y en el contexto de la lucha Este-Oeste, hubo un fuerte enfrentamiento cuando se discutió la Convención: por un lado, los por entonces países que constituían la URSS que levantaban los argumentos que daban primacía a los derechos sociales, y por otro lado, la oposición de EEUU, que esgrimía la idea de que los derechos sociales no existen pues no hay nada que en principio pudiese ser demandable que no sea atribuible a un individuo. La fórmula finalmente adoptada “hasta el máximo” de los recursos disponibles no implica entonces un financiamiento conminatorio para los Estados Partes, para hacer efectivos los derechos sociales, particularmente en las épocas de recesión y crisis económicas cuando los más perjudicados resultan ser los niños/as y adolescentes. Algunos economistas con realismo cruel, afirman que estos “derechos” son sólo “conditional oportunities”<sup>37</sup>, o sea son sólo una posibilidad condicionada a la evolución de la economía y la “sacralidad” de las cuentas fiscales cuyo equilibrio, por supuesto, está más allá de todo sacrificio impuesto a la infancia y la adolescencia. Y generalmente como no cabe duda suponer lo contrario, en un contexto de pugna sobre recursos escasos, no vale casi nunca aquello de “los niños primero”<sup>38</sup>.

37 Consúltense, Barbalet, J.M. (1988). Debo aquí hacer una importantísima excepción con respecto al Premio Nobel de Economía, Amartya Sen. Este economista ha realizado investigaciones pioneras demostrando las serias limitaciones que tiene la teoría económica ortodoxa para analizar las libertades fundamentales y los derechos humanos, y ha realizado sustantivas contribuciones en el análisis de las relaciones entre ética y economía. Sen ha defendido la idea de que el proceso de globalización, incluyendo sus dimensiones económicas, debe estar sujeto a consideraciones morales lo que implica tomar en consideración los principios éticos y legales que emergen de la idea de derechos humanos. Además, Sen ha sido siempre muy sensible a las necesidades de la infancia y la adolescencia, y ha propuesto al “Índice de Mortalidad Infantil” como el indicador más relevante para evaluar el desarrollo económico de un país. Es muy aconsejable en este punto, consultar el excelente trabajo de Vizard, P. (2005).

38 “No hay nada más nauseabundo que la procacidad con que los que han hecho del dinero la única razón de vivir agitan regularmente el fantasma de la crisis económica, y los ricos se revisten de austeridad para advertir a los pobres que van a ser necesarios sacrificios para todos”. (Agamben, 2001, p. 110.)

En cuarto lugar, está el punto de la adaptación de la legislación interna de cada uno de los países a los principios establecidos en la CIDN. Aquí la adaptación de la CIDN ha sido verdaderamente “invertida” en el sentido de que la mayoría de los países y particularmente los que tienen una estructura político institucional federal la han verdaderamente “adaptado” a su legislación interna y no a la inversa como era lo originalmente propuesto. Lo que no ha podido ser adaptado a las condiciones de los que tienen el poder, finalmente no se ha “adaptado” o solamente se ha incluido lo que se considera “inofensivo”; esto es, lo que no tiene consecuencias reales. La institucionalidad judicial a su vez ha salido, salvo algunas excepciones, fortalecida como órgano protector de *statu quo* legal que criminaliza a los niños/as y adolescentes<sup>39</sup>. Quiero traer como ejemplo el tema de bajar la edad de la imputabilidad de los “menores” que ha suscitado importantes y significativas discusiones en casi todos los países. Como lo afirmé anteriormente el discurso distorsionado que vincula infancia-adolescencia-seguridad ha tenido primacía en lo que constituye otra prueba contundente de cómo opera el biopoder con respecto a la represión de las nuevas generaciones. La imagen del “niño delincuente” generalmente y dolorosamente prima sobre la del “niño/a futuro” o “niño/a esperanza”<sup>40</sup>.

Las cuatro observaciones que hice me llevan a plantear en este campo el “estado de excepción” una de las categorías más profundas y originales formulada por Giorgio Agamben en la que analiza “la ambigüedad constitutiva del orden jurídico por el cual este parece estar siempre al mismo tiempo

39 Traigo de nuevo a colación los ejemplos dados en el trabajo de Platt en este caso, en referencia a los tribunales de menores en los que concluye que “es imposible concebir el sistema de tribunales para menores como un organismo de rehabilitación y de igualdad social en una sociedad donde la mayoría de los jóvenes de la clase obrera y las minorías son encarrilados hasta puestos de trabajo de salario bajo o callejones sin salida, donde el racismo y el sexismo institucionales segmentan sistemáticamente a la gente en relaciones sociales antagónicas, y donde el sistema justicia penal se utiliza descaradamente para socavar y reprimir los movimientos sociales progresistas”, p. 20.

40 Emilio García Méndez llama al sistema de “justicia” de menores argentino como la gestión de una “crueldad bondadosa” al presentar las sentencias de primera instancia condenando a cadena perpetua a personas menores de 18 años de edad (10 sentencias y 12 personas condenadas). Estas sentencias invocan que la Argentina “cumple” los principios establecidos en el artículo 37, párrafo a) de la CIDN incorporada a la Constitución Argentina en el artículo 22, en la medida que permite la excarcelación o en otras palabras acceder a la libertad condicional definida en el artículo 13 del Código Penal. Un verdadero artilugio jurídico inmoral. Véase García Méndez, E. (2003).

afuera y adentro de sí mismo, a la vez vida y norma, hecho y derecho”<sup>41</sup>. Y esta ambigüedad deja una zona vacía entre el derecho y la vida introduciendo en el caso del derecho positivo referido a la infancia, la posibilidad de la crueldad respecto a niños, niñas y adolescentes.

En el estado de excepción, el orden jurídico aparece vinculado a la guerra civil, a la insurrección y la resistencia. Serviría tanto para proteger como para anular la vida o para justificar tanto una democracia como un totalitarismo, lo que es su forma más frecuente. Igualmente, la oposición “dentro y fuera” del derecho que está implícita en las teorías del estado de excepción invalida lo que precisamente pretende explicar. En otras palabras, “si lo propio del estado de excepción es una suspensión (total o parcial) del ordenamiento jurídico: ¿cómo puede tal suspensión estar comprendida en el orden legal?”<sup>42</sup>.

Pero dejando de lado esa “vaguedad” más que sospechosa y que en muchos casos históricos sirvió para justificar los totalitarismos, es importante destacar la relación entre el estado de excepción y la necesidad. Como bien recuerda Agamben, históricamente existe una tradición que afirma que “la necesidad no tiene ley” lo cual puede significar cosas tan opuestas como “la necesidad no reconoce ley alguna” o “la necesidad crea su propia ley”<sup>43</sup>. En este caso, se crea una situación de anomia de significados que en relación con la CIDN daría tanto para justificar por ejemplo, las demandas sociales emergentes respecto a la infancia y la adolescencia como también, su supresión vía una “necesidad” de equilibrio fiscal.

La situación planteada me lleva a afirmar que el refugio de las necesidades de la infancia y la adolescencia vía el orden jurídico son muy frágiles y están lejos de ser claras. En otras palabras: *los derechos se reconocen en su condición de existencia pero se desconocen en su condición de ejercicio*. Para colmo, un análisis del biopoder diría a este respecto que hay una potente polarización entre las fuerzas que se oponen a la ley y otras que la apoyan lo que coloca el orden jurídico en una situación de casi perpetua tensión y ambigüedad. *Esto puede instalar al derecho peligrosamente en una no relación con la vida o a su inverso que es lo más frecuente: la vida sin protección del derecho*. Y esto es precisamente lo que frecuentemente sucede con la CIDN: tironeada desde su

41 Véase Agamben, G., *Estado de Excepción*, p. 14.

42 Agamben, G., *op. cit.*, p. 56.

43 *Ibidem*, p. 60.

ambigüedad, entra y a la vez no entra en el orden jurídico nacional; puede proteger o condenar con la máxima severidad. Ahora lo que sí debe quedar claro para una infancia y adolescencia que no pueden autorrepresentarse, es lo que Agamben citando a Benjamín dice: “la tradición de los oprimidos nos enseña que el estado de excepción en el cual vivimos es la regla”. Ahora si el estado de excepción es la regla aboliendo así la aplicación de la ley, ello borra dramáticamente la distinción entre violencia y derecho, entre ley y verdugo y por ende, la policía también se mueve en estado de excepción. Si esto fuese así, niños/as y adolescentes cuya constitución como categoría social reclama casualmente una consideración “especial” de la ley como lo establece la CIDN, ese estatus “especial” es un “estado de excepción” lo que en verdad los deja “fuera” de la ley y esto constituye un argumento contundente sobre su estado de indefensión.

Conuerdo por último con la situación de esquizofrenia jurídica que se produce por la vigencia de dos leyes: la CIDN incorporada a la Constitución y la vigencia de la vieja legislación basada en la situación irregular<sup>44</sup>. Aquí nuevamente aparece el estado de excepción como una estructura de ambigüedades respecto a la infancia y la adolescencia en el sentido de que la norma jurídica incluye y a la vez excluye. Coincido pese a todas las objeciones realizadas que la CIDN implica la posibilidad concreta de terminar con toda una cultura de la discrecionalidad de los padres, los funcionarios, el poder judicial y las ONG (aunque lamentablemente la Convención no dice nada respecto del principal responsable que es el sector privado). Es claro que la pretensión de reducir los ámbitos de discrecionalidad de padres, maestros, funcionarios, ONG y empresas es ampliar los ámbitos de la democracia aunque esto, por importante que sea no descarta las dificultades de su implementación. En este sentido, coincido con García Méndez en que hay una fuerte correlación entre profundización de la democracia y reducción de la discrecionalidad, pero debe esclarecerse que la discrecionalidad –como estado de excepción– históricamente ha demostrado que nunca funcionó para proteger a los grupos en los cuales se justificaba su intervención pues así funciona el biopoder “soberano” *tout court*<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Ver García Méndez, E., 1998, p. 10.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 28.

## IX. Infancia y derechos humanos

Complementariamente al punto anterior, no puedo dejar de referirme ahora a un enfoque reciente que coloca los derechos del niño/a y adolescente como punto prioritario en la agenda por el cumplimiento de los derechos humanos. Más precisamente, en el contexto de los derechos económicos y sociales, se supone que la infancia debe ser un punto central en la lucha contra la pobreza, y que por lo tanto una estrategia que intente superar la misma debe comenzar por hacer efectivos los derechos de niños/as y adolescentes. Los derechos humanos deberían ser concebidos como un código moral que comenzaría a cumplirse primeramente con las jóvenes generaciones.

Puede observarse correlativamente que en las más recientes luchas por las identidades y el reconocimiento de las diferencias, hay un creciente proceso de “humanización” de los derechos particulares: todos los grupos sociales entre ellos, las mujeres, los indígenas, las personas con capacidades diferentes, los “sin tierra”, los “sin techo”, etc., en la lucha por hacer “visibles sus derechos”, intentan su “humanización” como derechos para, primero priorizarlos, segundo asegurar su inapelable cumplimiento y tercero universalizarlos. En ese contexto, niños/as y adolescentes también deben luchar para asegurarse “un lugar” en una agenda de derechos humanos paulatinamente tensionada y muy dinámica en lo que se refiere a los distintos contextos históricos desde donde una conflictividad social creciente los invoca. Habermas critica con razón esas diferencias en la lucha por los derechos que son exasperadas al límite y llama la atención sobre los grupos sociales que proceden “como monadas aisladas, que actúan interesadamente, que no hacen sino lanzar sus derechos subjetivos como armas los unos contra los otros”<sup>46</sup>. Aquí la infancia y la adolescencia corren con desventaja dada la imposibilidad de su autorrepresentación como veremos más adelante.

<sup>46</sup> La cita de Habermas está tomada de su exposición en la Academia Católica de Baviera el 19 de enero de 2004, en donde dialogó con el entonces cardenal Joseph Ratzinger sobre los fundamentos morales del Estado liberal basándose en argumentos centrados en la razón o en la fe. En otro orden, y en conexión con el tema sobre el contenido de la conflictividad social moderna, puede afirmarse que uno de los “éxitos” más comprobables empíricamente del capitalismo es la transformación de la conflictividad “vertical” capital-trabajo en una conflictividad “horizontal” de luchas identitarias que, en la mayoría de los casos, implican la defensa de derechos de pobres contra pobres. Véase a este respecto el profundo análisis de Robert Brenner (1999) sobre las turbulencias de la economía mundial.

Paralelamente, en el escenario internacional surgen sobre todo a partir de los años setentas los derechos humanos como una posibilidad de ordenamiento de un mundo globalizado, en donde se piensa que deben existir algunos valores morales universales que sirvan como principios guías de la conducta humana sea individual o colectiva, cuyo cumplimiento integral no pueda ser cuestionado. Los derechos humanos serían como un meta-derecho inapelable correspondiente a una moral “perfeccionista”, pero esto está muy lejos de ser viable dada la naturaleza socialmente divergente de la cultura moderna.

Hay una manera neoliberal de plantear los derechos humanos que en este momento puede ser considerada hegemónica y que tiene que ver con el origen mismo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que acordemos, fue elaborada sin la participación de la mayoría de los pueblos del mundo. Esta visión pone énfasis en el reconocimiento casi exclusivo de los derechos individuales; reconoce un derecho colectivo como la autodeterminación que fue cercenado en su origen por causa de los pueblos subyugados por el colonialismo europeo y ahora por el fundamentalismo para luchar contra el terrorismo; le otorga primacía a los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales, y reconoce el derecho a la propiedad que fue durante muchos años, el único derecho económico inapelable<sup>47</sup>.

Esta tradición que continuamente se viene afianzando procede de una afirmación sobre los derechos humanos como derechos negativos: derechos

<sup>47</sup> Con respecto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos es crucial no olvidar que Churchill, Roosevelt y Stalin pretendían un acuerdo de seguridad colectiva para el período de post-guerra. Los derechos humanos contaban muy poco en el orden de prioridades de las principales potencias de modo que sólo fueron mencionados una sola vez en el borrador de la propuesta de la Carta. América Latina desde 1938, en la Conferencia Interamericana, ya había adoptado la “Declaración en Defensa de los Derechos Humanos” en su octava reunión en Lima, Perú. Sorprendentemente, esta Declaración contenía principios pioneros como el condenar la persecución racial y religiosa a favor de los derechos de la mujer, y sobre el derecho de libre asociación de los trabajadores. Estos derechos, más otros, fueron luego incorporados en la Declaración de Bogotá del 30 de abril de 1948, que fue la primera Declaración Internacional de Derechos Humanos. Los países Latinoamericanos trataron de incluir los derechos humanos en la Declaración Universal originaria lo que provocó reacciones de escepticismo en la delegación de EEUU y de franca hostilidad en las delegaciones de la Unión Soviética y de las naciones coloniales como Francia y Gran Bretaña. Fue recién en 1945, cuando se revelaron las fotos más cruentas del holocausto que causaron estupefacción en los países centrales, que se decidió incorporar en siete pasajes del documento original los

destinados a amplificar la libertad individual contra el estado, o los grupos o las clases sociales. No tienen como base ninguna idea de una naturaleza humana inapelable: los derechos humanos representan lo que es correcto y no lo que es bueno. Y como las ideas de bien implican un amplio espectro, un régimen que pretenda la universalidad de los derechos humanos debe ser compatible con un pluralismo moral. Es por esta razón por la que la virtud prudencial básica que se esgrime es aquella de la tolerancia sobre las diferencias en donde los derechos humanos terminan siendo según Gray<sup>48</sup>, un *Modus Vivendi*; o sea, una forma de compromisos precarios sujetos a un consenso que será determinado de acuerdo con circunstancias políticas y sociales concretas y no en abstracto. Como bien lo ha expresado Isaiah Berlin, se trataría de seguir “el individualismo liberal que tiene como base una teoría minimalista del bien: define y prescribe lo negativo, es decir las restricciones e injusticias que hacen imposible la vida; al mismo tiempo, no prescribe ningún conjunto positivo de vidas buenas que se pueden llevar”<sup>49</sup> a cabo. En esta visión, los derechos inculcan una “moral” en los seres humanos para ser “libre de” y no de ser “libre para”. Como hay muy distintas concepciones del bien y de lo que se considera una vida buena se termina en un dramático relativismo cultural, pero que según los teóricos de las libertades negativas este relativismo es la mejor coartada contra la tiranía.

Contra esta visión económica “ortodoxa” ha reaccionado Amartya Sen. Particularmente, en discusión contra el concepto de justicia de Rawls y las

---

derechos humanos y crear la Comisión de Derechos Humanos en el ámbito de la ONU. Recordemos también que el borrador de la Declaración fue encomendado a una Comisión presidida por Eleanor Roosevelt, esposa del Presidente de EEUU, y que los comisionados de derechos humanos le pidieron la escritura del primer borrador al Director del área de la ONU, el canadiense John Humphrey. Cuando la Asamblea General de la ONU discutió el borrador de Declaración se hizo un expreso reconocimiento a las contribuciones de los países latinoamericanos, particularmente a Minerva Bernardino de la República Dominicana, a Guy Pérez Cisneros de Cuba, Jorge Carrera Andrade de Ecuador, Hernán Santa Cruz de Chile y a Eduardo Jiménez de Aréchaga de Uruguay. Finalmente, recordemos que la Declaración Universal fue aprobada por unanimidad en la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948 con la abstención del bloque de la URSS, Arabia Saudita y África del Sur. En este tema, lo que más se necesita es no perder la memoria. Consúltese el excelente artículo de Mary Ann Glendon (2004).

48 Gray, J., 2001, capítulo 4, *Modus Vivendi*, pp. 122 a 159.

49 Ignatieff, M., 2003, p. 95. Esta discusión tiene una larga trayectoria que comienza con un posicionamiento epistemológico sobre el ser, el conocer y el lenguaje. Consúltense por ejemplo las obras de Richard Rorty en las referencias bibliográficas.



ideas centradas en el “liberismo” de Nozic, Sen ha levantado el enfoque de las capacidades que provee un sostén sustantivo para una caracterización más amplia de las libertades fundamentales y los derechos humanos y que toma en consideración la pobreza y sus consecuencias como el hambre, las enfermedades y la muerte que la misma conlleva. Sen argumenta correctamente, que la pobreza es una condición que restringe la libertad (*freedom-restricting*). Por ejemplo, si una persona vive desnutrida y en pobreza tiene una capacidad más que restringida para el ejercicio de las libertades básicas. En consecuencia, demandas mínimas relacionadas al salir de una situación de pobreza como nutrición adecuada, casa, vestuario y educación pueden ser conceptualizadas como derechos. Más aún, Sen avanza caracterizando los derechos humanos como “objetivos” del desarrollo argumentando que en un sistema ético sensible, los derechos humanos son el principal parámetro para evaluar el desarrollo (Sen, A., 1982, 1992, 1999 y 2002)<sup>50</sup>.

Pero dejando de lado la “excepcionalidad” del enfoque de Sen, nos encontramos nuevamente en la Declaración Universal, con una ambigüedad particularmente en lo que respecta a los derechos sociales que es la misma que ya apuntamos en el caso de la CIDN. No es mi intención profundizar más este tema que requeriría entrar en un análisis mucho más detallado que el ya realizado. No obstante, debo afirmar que los derechos humanos tampoco escapan a una consideración biopolítica: su profundo contenido minimalista tiene como destino depositar y retener a las víctimas de la opresión en la nuda vida de la *zoé* y/o regular el despliegue de una ciudadanía basada en un individualismo sin contención en ninguna forma de heteronomía. Al individuo como fuera de la ley. Casualmente, el biopoder se legitima desli-

50 Deseo nuevamente introducir el tema de las “obligaciones” positivas” que Sen enfatiza como responsabilidad ética ante las omisiones que, como afirmé en el caso de la CIDN, es la puerta abierta para no cumplir con los derechos sociales. Aquí traigo a colación el muy apropiado ejemplo dado por Vizard (2005, pp. 24 y 25), referido a los artículos 26-29 de la Carta de Derechos anexo a la Constitución de Sudáfrica de 1996 y que define un conjunto de derechos humanos esenciales para tener un adecuado nivel de vida. El carácter judicializable y legalmente demandable de esos derechos humanos ha sido puesto más allá de toda discusión por la Suprema Corte de ese país en una serie de fallos en los que, estableció que los mismos, son una obligación que el Estado debe cumplir. Aún cuando la misma Corte define que el Estado no está obligado a satisfacer esos derechos inmediatamente sino tiene los recursos económicos adecuados, también definió que la falta de recursos sólo es justificable si el Estado demuestra fehacientemente que tiene una política y programas adecuados para asegurar el cumplimiento de esos derechos a largo del tiempo.

gándose de todo lazo social, de toda ley común condenando a la mayoría de las personas a una economía restringida, a una mera “conservatio vitae”: la vida sacrificada sólo a su conservación.

Ahora sí hay algo positivo en los derechos humanos desde su instauración en los sucesos de 1879, es que han habilitado, aún con sus serias limitaciones normativas, el desarrollo y la conquista de innumerables derechos y defendido valerosamente millones de vidas humanas aunque la trayectoria de esas luchas está largamente incompleta. Como lo documenta Pablo Salvat, “la relevancia actual del tema de los derechos humanos encuentra sus orígenes, en la mayor parte de América Latina, en la década de los años setentas, y se relaciona histórico-políticamente con la instalación de un conjunto de regímenes autoritarios que violan los derechos humanos de manera sistemática. Estos regímenes, en su mayoría gobiernos de las FFAA o sostenidos por ellas, se apoyaban ideológicamente en la doctrina de seguridad nacional, la cual obedecía a un esquema de relaciones políticas internacionales típico del período de la guerra fría entre bloques antagónicos”<sup>51</sup>. Y nadie tendría condiciones de contradecir que la lucha por estos derechos desembocó en la conquista de la democracia, y lo más importante: aún hoy constituyen la posibilidad más concreta de su profundización política.

*Argumento que es necesaria una política de derechos humanos e igualmente una política para la CIDN que articule a ambos como instrumentos para la lucha política. Como ya sostuve, esa política debe basarse en luchas afirmativas ante la negatividad del mundo y en conformar una ciudadanía social que articule el amplio espectro de fuerzas que afirman la identidad y la diferencia*<sup>52</sup>. Por lo tanto, esa política debe conciliar una esfera pública estatal y no estatal en un espacio público, cuya característica central sea la de estimular una lucha política transformadora. En este contexto, asevero que es un error separar lo humanitario implícito en los derechos humanos y lo político pues esto significaría aislar los derechos del hombre de los del ciudadano. Se equivocan las organizaciones humanitarias, particularmente las organizaciones supranacionales, al reducir la defensa de los derechos humanos a la vida nuda o

51 Salvat, P., 2005.

52 El concepto de multitud introducido por Negri y Hardt me parece que requiere muchas más investigación sobre todo en lo que se refiere a la modalidad del espontaneísmo de luchas sociales que pareciera se coordinan por generación espontánea.

zoe, a un minimalismo en la ayuda y protección sólo centrado en la supervivencia abandonando el campo de la ciudadanía y la lucha política<sup>53</sup>.

En una humanidad exigida y violentada por una crisis sin precedentes, aparecen los derechos humanos como un espacio potencial aglutinante en donde es posible pensar una práctica política emancipadora en el contexto histórico presente que aparece marcado por un generalizado escepticismo. Como afirma Pablo Salvat, los derechos humanos tienen una particularidad que es la de funcionar como idea reguladora mediante la cual se expresa –de distintas formas y en diferentes tiempos– la constante búsqueda del hombre de una mayor libertad y justicia y, sobre todo, “como un posible foco articulador de un nuevo tipo de racionalidad integradora que coloca en su centro, una ética de la responsabilidad solidaria”. Ahora es casualmente la solidaridad social la más combatida ya que el mercado y el biopoder luchan por prescindir de ella puesto que la solidaridad social<sup>54</sup> implica una dimensión profunda del ser orientado comunicacionalmente con “el otro”, y por lo tanto es un modo de coordinar la acción por medio de valores, normas y el empleo de un lenguaje que habilite el entendernos como ciudadanos. Habermas también ha destacado esta dimensión solidaria del bien y su vocación universal al afirmar que cuando interpretamos la justicia como lo igualmente bueno, el “bien” constituye un puente entre justicia y solidaridad<sup>55</sup>. Esto es crucial para la defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia.

## X. El Estado y los niños/as

En una situación en la cual la autonomía de una persona está en desarrollo y la heteronomía necesita ser constituida no como negación de la individualidad o como una situación opresiva, sino como relación con “el otro”; en este caso me

53 Por ejemplo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados establece en su estatuto que sus actividades no pueden tener un carácter político, sino “únicamente humanitario y social”. Aclaro que cuando me refiero a lo político no lo uso como concepto equivalente al político partidista.

54 Deseo aclarar que estoy hablando de solidaridad “social” y no la “solidaridad” limitada a la familia, a los amigos, a la restringida a los alcances de un “proyecto” o a la “solidaridad” interesada del capital de la que hablé anteriormente.

55 Habermas, J., 1999, p. 59.

refiero a la sociedad, es indispensable la presencia de lo público. Si la infancia y la adolescencia son una categoría histórico social, entonces se hace fundamental el poder configurador del Estado y su institucionalidad como garantes de una política pública respecto a los derechos de la infancia y la adolescencia.

Necesito acá hacer algunas precisiones sin entrar a desarrollar todas las argumentaciones que están involucradas en términos de la relación Estado-Sociedad Civil<sup>56</sup>. Percibo que con una frecuencia sistemática, los analistas (sobre todo los filósofos europeos) argumentan una reiterada identificación del Estado como el origen del totalitarismo. Es cierto que la historia de Europa occidental ha estado asociada a las luchas por la libertad más que a la igualdad, y en la última fase de su consolidación, al desgarramiento étnico asociado al emerger del Estado Nación<sup>57</sup>. Pero en este aspecto tomo otro rumbo, menos eurocéntrico, diferenciándome claramente de todos ellos.

Repasemos antes algunos elementos claves de esta discusión. En la mayoría de los análisis, el centro de los cuestionamientos es el Estado como institucionalidad aglutinante y origen del totalitarismo y por lo tanto, el centro crucial de la opresión<sup>58</sup>. Es explicable que en esos exámenes después de las experiencias del Holocausto y el Gulag se identifique el peligro totalitario en el Estado particularmente en el “Estado-Partido”. Además, debido a la presencia expansiva de la URSS, Europa occidental y sus teóricos, fueron siempre justificadamente desconfiados de una visión del aparato estatal asociado a la posibilidad de construir sociedades más isonómicas. Hasta ahí se entiende, y si la situación fuese así, ésta sería hasta justificable.

Pero desprendimientos de estos análisis resaltan una dualidad maniquea: sociedad civil “buena” y estado “despótico y corrupto”<sup>59</sup>. Como resultado de esos enfoques y de las políticas de “fortalecimiento” de la sociedad civil en el este Europeo y de la política del “empowerment” de las comunidades

56 Para un análisis de esta relación, consúltese el exhaustivo estudio de de Cohen, J.L. y Arato, A., 2000.

57 Desde 1913 han muerto en Europa como resultado de conflictos armados casi 70 millones de personas.

58 La principal gestora de esta visión fue Hanna Arendt en su celebrado libro sobre El Origen del Totalitarismo. Son muy sustantivas las reflexiones de Habermas (1999), ¿Tiene futuro el Estado Nacional?, capítulo 2.

59 Esta concepción se originó principalmente en lo sucedido en Polonia y en los acontecimientos que determinaron la caída del Muro de Berlín.

contra el Estado y la política, resultó un pavoroso y largamente documentado proceso de desmantelamiento de la institucionalidad pública acompañado de una privatización de servicios y de una flexibilización laboral que conllevó mayor desempleo y precariedad laboral<sup>60</sup>. La correlación de fuerzas que emerge de esa situación, no culmina tampoco como se argumenta, en una sociedad civil “fortalecida” ni en la emergencia de una vigorosa esfera pública no estatal o en el surgimiento de nuevos movimientos y actores sociales con una subjetividad histórica, sino en un proceso de fraccionamiento y discontinuidad de las luchas sociales que pierden el carácter de construcción colectiva. En el final, estos desarrollos culminan en procesos de concentración del poder no ya en la “visibilidad” (controlable al menos como posibilidad) del “poder” de lo estatal, sino en la “invisibilidad” de los intereses del poder biopolítico del mercado y de fuerzas que extraen su fortaleza en el ocultamiento de su configuración opresiva<sup>61</sup>.

Lo que no se entiende y no se puede justificar es que no se centre el análisis sobre las crecientes desigualdades y la pobreza que afectan desproporcionadamente a niños/as y adolescentes, e igualmente a la ausencia de consideraciones relacionadas al poder expresado en el mercado y la economía. El Estado aparece como una institución no referenciada a la economía y autónomo de intereses que no sean los de una burocracia “insensible” o de partidos políticos concebidos como “máquinas” de poder. Incluso se llega a identificar a los funcionarios como “los enemigos” de los emergentes actores sociales “progresistas”<sup>62</sup>. Pareciera que, para muchos analistas europeos lo más “social” a lo que se puede llegar es al tema de los inmigrantes y, por lo tanto, al multiculturalismo. De ahí las cuestiones relacionadas con las iden-

60 Las políticas de “empoderamiento” actúan sobre el principio de “ayudar a ayudarse” claro que sin preguntarse por los causantes que originan que una persona necesite ser ayudada.

61 Los peores crímenes contra la humanidad han dejado de ser exclusivamente de los Estados. Los cometen fuerzas paramilitares, carteles criminales y organizaciones económicas basadas en el tráfico de drogas, de armas y de personas.

62 Uno podría entender que en el caso de Italia uno no tiene como perderse pues allí coincide el poder político como aparato, el poder económico particularmente como poder mediático y la corrupción como instrumento sistemático de acumulación económica y cooptación política. El totalitarismo allí pareciera ser una proximidad amenazante. Michelangelo Bovero (Bovero y Ferrajoli, 2001) lo llama “cacocracia”: la democracia en donde se eligen los peores. Pero esta situación histórica está lejos de ser universal. Otro caso más que comprensible es el de Estados Unidos, aunque allí el “modelo” del Patriot Act y su “justificación” es completamente distinto.

tidades sociales y las diferencias. Y la respuesta a esta situación no pasa más que por la “tolerancia liberal”. En esta visión, los filósofos “de izquierda” coinciden con los filósofos “de derecha” los que, en abierto ataque al Estado, ponen en su lugar veladamente al verdadero poder: el “mercado” y sus bases de dominación<sup>63</sup>.

En tanto, en los países de “menor desarrollo relativo” no puede explicarse ni entenderse el Estado como autónomo de la materialidad de la economía. El Estado no es una entidad abstracta sino que es un espacio de lucha en donde se puede configurar el sentido y la direccionalidad de las políticas públicas. Generalmente, en los países “más pobres” el Estado es “ocupado” por un gobierno circunstancial, determinado por intereses extraterritoriales y tiene en consecuencia, una institucionalidad muy frágil sobre todo respecto a los intereses económicos asociados al mercado globalizado. El Estado entonces, ciertamente no representa el poder ni es el recinto del poder y las luchas sociales, en este caso deben trascenderlo. Pero el Estado, sí puede ser origen de instancias por medio de las cuales sea posible constituir una situación hegemónica que produzca un cambio sustantivo. El Estado puede configurar una posición positiva de separación del poder hegemónico –externo e interno– y al mismo tiempo y en determinadas circunstancias, representar un poder político autónomo. Aunque –seamos sinceros– también debe reconocerse que puede ser cierta la hipótesis contraria, especialmente cuando “ocupan” el Estado los partidos políticos autodenominados “progresistas” que terminan aceptando las prescripciones del poder para posibilitar hacer un país “gobernable”. Pero en cualquiera de los casos, se trata de un espacio de lucha política<sup>64</sup>.

En el caso de la infancia y la adolescencia, las anteriores observaciones no son menores. Es claro que los derechos de niños, niñas y adolescentes no

63 Consultar Hardt, M. y Negri, A. (2002), quienes hacen un ataque frontal a la idea de un “estado nacional” en el capítulo 5 de Imperio, pp. 97 a 113. Son muy importantes las refutaciones de Danilo Zolo a este autor. Consúltese Negri, A. (2004), Diálogo sobre Imperio, pp. 23 a 42. Son también muy discutibles las tesis de Paolo Virno y su propuesta de una “esfera civil no estatal”. (Virno, 2003).

64 Una excepción en el pensamiento europeo es Boaventura de Souza Santos (2005), quien plantea varias perplejidades de la modernidad, entre ellas la pérdida del poder estatal como efecto de la globalización. Pero este autor se interroga sobre el porqué en lo cotidiano somos obsesivamente enfrentados con el Estado que ocupa las principales noticias en la TV, en los diarios y las radios. Y se pregunta: ¿Será el Estado nacional una institución en vías de extinción o, por el contrario, es ahora más central que nunca aún bajo la forma de una ambigua descentralización? ¿Será que el in-

pueden recaer solamente en las organizaciones de la sociedad civil cuyo carácter insospechado en esa defensa está puesto en cuestión principalmente porque su existencia es casi imposible fuera de un subsidio público o privado. Y fundamentalmente por el análisis que hicimos de la microfísica del poder en este *campo*<sup>65</sup>. Tampoco estos derechos pueden quedar reducidos sólo a la familia, sobre todo al “familismo amoral” descrito por Banfield que implica la privatización de la infancia sometiéndola al ámbito “egoístico” de la familia y renunciar a su carácter social y político<sup>66</sup>. Pero principalmente, porque los derechos de los niños/as y adolescentes como relación social requieren de una política en el sentido de que su implementación será el resultado de luchas. Y el espacio que puede configurar esas luchas es público y su corolario concreto son políticas predominantemente aunque no exclusivamente estatales en las que el componente educativo tiene un rol crucial. Es cierto que el Estado, abandonado a las determinaciones del poder económico y sus discursos distorsionados, puede ser una causa de opresión de la infancia y la adolescencia. Esta situación presentará un escenario para el desarrollo de luchas en favor de los derechos de niños/as y adolescentes frente al Estado y lo que éste representa. Pero es una enseñanza duramente aprendida en América Latina, que la “ausencia” frecuente del Estado en este campo ha demostrado ser, en las circunstancias histórico-sociales del presente, una de las principales causas del estado de indefensión de la infancia y la adolescencia. La primera consideración política que debe entenderse es que en la gran mayoría de los países de “menor desarrollo” la amenaza no es el totalitarismo sino la anarquía, y que la primera condición para la defensa de los derechos es la presencia de una institucionalidad estatal fuerte con competencias para lograr la equidad.

---

tervencionismo del Estado va asumir en los próximos años una forma de “intervencionismo no estatal”? ¿Será que el Estado va a crear una sociedad civil a su imagen y semejanza? Véase capítulo 1 sobre Cinco Desafíos a la Imaginação Sociológica, pp. 17 a 22.

65 Deseo y debo dejar muy en claro la distinción entre ONG que representan los intereses del establishment económico de otras que representan los intereses humanos a nivel global y nacional. Su mandato, por tanto, no es incrementar el poder de ningún grupo particular. Su acción política se basa en un llamado moral pues lo que está en juego es la vida misma. Representan una fuerza vital que transforma la lucha política en una cuestión de defensa y expansión de la vida en toda su generosidad.

66 Deseo remitir en este punto a los mismos argumentos dados en la nota No. 67.

Llegados a este punto, debemos ahora responder a otra cuestión sustantiva: dado el ámbito público de las luchas por los derechos de niños y niñas y adolescentes: ¿Quién “representa” la infancia y la adolescencia? Esto nos pone en relación con el tema de la democracia.

## XI. Infancia y la democracia

En términos de la teoría política tradicional, los atributos del hombre no tienen una distribución uniforme y se necesita de la política para construir igualdad. En un análisis del capitalismo que se base en una visión desde la biopolítica, la desigualdad es el punto de consideración central pues allí se encuentra el nudo que encubre el biopoder. Esto es más evidente en el caso de los niños y niñas que sobreviven en la *zoé* que no pueden autorrepresentarse y, por lo tanto, necesitan de la política para su ingreso al *bios* de la ciudadanía.

Para la infancia y la adolescencia, como se trata del desarrollo del proceso de autonomía en el contexto de una inserción emancipadora en la heteronomía, la resolución del tema de la representación no es una cuestión fácil sino muy compleja.

Desde el comienzo, partimos de una limitación que es nuestra falta de memoria que empieza en la intensidad de la pubertad y que hace que olvidemos muy fácilmente la niñez y sus acontecimientos constitutivos asociados. Cuando contemplamos nuestra propia fotografía de pequeños nos cuesta reconocernos, por ejemplo, en la foto de ese ser desnudo, o con el disfraz, o con ese rostro sonriente de ocasión; o cuando contemplamos la foto de nuestra primera cartera de identidad. Esa es la muestra más triste de nuestra pérdida de memoria y del porqué nos cuesta tanto en la adultez representarnos ese período crucial de la vida.

Es entre otras cosas por esa pérdida de memoria, que una de las maneras más abruptas de los dispositivos ideológicos que inciden fuertemente en la indefensión de la infancia y la adolescencia es la expropiación de la posibilidad de su lenguaje, de manera que se produce una incomunicación intergeneracional en la que el único lenguaje legítimo es aquél de los adultos.

La interlocución generacional ilegítima pregunta para darse razón: los niños responden en el lenguaje “legítimo” de los adultos. Se produce una



inversión que coloca al niño sólo como *zoé* e incompetente para el *bios* que lo habilita en el lenguaje. Los niños y niñas hablan pero lo hacen desde la aceptación de un “deber” impuesto por el adulto. Se produce una situación de heteronomía extrema en la cual los adultos “adulteran”<sup>67</sup>. Lo descrito corresponde frecuentemente al ámbito de lo que se denomina “minoridad”. El niño/a es un adulto en estado de reducción a una categoría “menor” o, en su inverso, ser niño/a es no ser un adulto pleno. Esto introdujo tradicionalmente en la categoría infancia una asociación casi automática con la incapacidad.

Por otro lado, existe la visión que se presenta desde la pura autonomía de la persona en la que la subjetividad es concomitante al nacimiento del niño/a, o sea que todo niño/a trae en sí mismo los “genes” de su liberación<sup>68</sup>. Ser niño/a es estar destinado a la libertad pero como proyecto individual.

Concretando mis argumentos afirmo que se trata en democracia de construir un difícil equilibrio. No se puede renunciar al tiempo y la historia y pensar que la infancia y la adolescencia advienen a la vida fuera de todo contexto. Tampoco se podría pensar que la heteronomía siempre equivale a pura dominación y disciplinamiento. En el mismo sentido, no se podría analizar el proceso de individuación como un “absoluto” que ignore el “otro” y particularmente que corte la vinculación entre la subjetividad naciente de niños/as y adolescentes y la pertenencia a una familia y una sociedad. Como ha explicado Esposito, el *ego sum* se anuncia hacia “otro (al menos de ese otro en el que difiere de él mismo...), de modo que, puede decirse, todo *ego sum* es un *ego cum*”<sup>69</sup> y ese *cum* es lo que vincula, lo que relaciona y lo que junta.

Los derechos de niñas y niños y adolescentes en tanto que equilibrio tensional autonomía-heteronomía dependen entonces de la política para poder generar las condiciones de su ciudadanía. Pero este proceso es crecientemente complejo. En el caso de la familia, no se trata ni de una filiación solamente

67 Los adultos “producen” a su vez simulacros en los que por ejemplo hacen votar a los niños/as por sus derechos o los llevan a ocupar el recinto del parlamento para que “repitan” en esa “escenificación” montada el comportamiento de los adultos.

68 Frecuentemente, cuando se habla de “sujetos de derechos” se asimila esa subjetividad a la del adulto y no una subjetividad que debería ser mediada y decodificada en sus propios parámetros. Por ejemplo, hay niños/as que desean enrolarse e ir a la guerra y están dispuestos a hacerlo pero esto no querría decir que esa “subjetividad” históricamente determinada por los adultos sea correcta.

69 Nancy Jean-Luc, *Conloquium* en Esposito, R., 2003, pp 14 y ss.

“obediente” ni tampoco de una proyección narcísica de los padres sobre los hijos. Y recordemos aquí también una verdad elemental: la democracia comienza por la democratización misma de la familia<sup>70</sup>. En el caso educativo, el planteo no es la ya “clásica” visión “productivista” del sector educativo en la que la cuestión es educarse como proyecto individual para ser más “competitivo” y obtener éxito por medio de “mejores” ingresos. Lejos de ello, aquí lo sustancial es observar una adecuada correlación entre la individualidad y la pertenencia social pero con una supremacía relativa de la heteronomía ya que la escuela es una institución por definición “socializadora”<sup>71</sup>. Y es bueno en este punto recordar las reflexiones acertadas de Marcel Gauchet en las que afirma que “la entrada en la vida es en todas sus etapas –desde la más precoz y cualquiera sea el apoyo recibido– un desafío tan temible, tan pleno de riesgos de inhibición y de fracaso, tan cargado de huellas imborrables”. Y continúa afirmando sobre la dolorosa discontinuidad del crecer: “No hay acceso a la humanidad, no hay inclusión en la red ajustada de los símbolos que la representan y constituyen sin choque con la exterioridad violenta de una organización cuya coherencia nos precede, sin desesperación en cuanto a la posibilidad de nunca alcanzar ese lazo que nos envuelve y se nos escapa a la vez, sin paso por la angustia del desfase entre lo poco que comprendemos y la suma de lo que habría que dominar”<sup>72</sup>.

70 Muchas veces se asume que la familia es la primera línea protectora de los niños/as y adolescentes. Si bien la familia ha demostrado ser una institución social que pese a todos los procesos desestabilizadores aún sobrevive, ella se encuentra “en desorden” y algunas hipótesis sobre su futuro (dados los recientes desarrollos de la biotecnología) resultan por lo menos, desconcertantes. Consúltese el libro de Elizabeth Roudinesco (2004).

71 El proceso de formación más que una imposición sobre los niños debería presentarse como una articulación de los derechos individuales y sus responsabilidades sociales que se anclan en lo colectivo. En esto hay que insistir puesto que, esa relación individuo-sociedad hoy está resuelta ampliamente a favor del individuo y sus derechos. En este contexto, y sobre la participación de los niños/as, concuerdo con Tenti Fanfani (2004: 485) que en una educación democrática, no es sólo importante aprender las reglas de la República como estudiar la Constitución, sino principalmente en construir una escuela democrática “donde los niños no sólo aprenden conceptos sino que viven experiencias: votan, toman decisiones en conjunto, se hacen responsables de las consecuencias de las decisiones que toman, argumentan, debaten, evalúan, controlan”. La experiencia de “Escuela Nueva” en Colombia puede ser un buen ejemplo. Y esto, no como “escenificación” como se aclara en la nota No. 59 y otras partes de este trabajo.

72 Gauchet, M., 2004, p. 127.

Gomes da Costa considera acertadamente la relación infancia-democracia como el paso del “menor” al ciudadano<sup>73</sup> al que caracteriza como un proceso largamente incumplido. Los niños no son un sujeto colectivo y no han logrado un movimiento sobre sus necesidades ni luchado por sus derechos. Y como hablamos de democracia en su forma representativa, el problema básico de la infancia y la adolescencia es a la sazón que no pueden autorrepresentarse. Y sin poder social es difícil construir poder político.

La cuestión de los niños/as y adolescentes no es sólo un problema de identidad sino principalmente de igualdad y esto sería, en principio, lo más importante que debería garantizar una democracia. Ahora en el caso de la infancia y la adolescencia tenemos un problema por partida doble ya que, de un lado tenemos la asimetría niño/a adulto, y de otro, la que oprime igualmente a niños/as, adolescentes y adultos. Por lo tanto, niñas/os y adolescentes en tanto que categoría social, están sujetos a una forma suprema de violencia simbólica: por ser “minorizados” y por ser pobres<sup>74</sup>.

Sin capacidad de autorrepresentarse, la defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia queda en manos de los adultos. Se nos presentan aquí varios problemas no menores en esta representación “sin mandato”. Denomino representación “SIN MANDATO” a aquella que se produce cuando los adultos, las autoridades, los organismos de la sociedad civil y el mercado toman decisiones en nombre de la infancia y la adolescencia haciendo “suponer” una representación ni delegada ni demostrable. Como ha explicado muy bien Baratta<sup>75</sup>, puede existir una cierta legitimidad en una representación sin mandato pero esto depende del vínculo comunicativo entre las partes y del deber de los adultos, “de aprender de los niños” y de “penetrar cuanto sea posible al interior de la perspectiva de los niños”. Este ejercicio es una tarea que requiere márgenes de transparencia que raramente se logran. Lo anterior no quiere decir que sea un trabajo imposible y, en todo caso, deberemos tener muy presente que desde una perspectiva biopolítica el mantener una infancia “irrepresentada”, constituye un espacio temporal fundamental

73 Gomes da Costa, 1992, pp. 131 y ss.

74 Dice Pierre Bourdieu (1999: 112) “Habrà que movilizar, sin duda, cada vez más justificaciones y recursos técnicos y racionales para dominar, y los dominados tendrán que utilizar cada vez más la razón y los argumentos para defenderse de formas cada vez más racionalizadas de dominación”.

75 Baratta, A., 1998, p. 54.

para la regulación de su vida como *zoé* y el punto central de su estado de indefensión.

Más lamentable es cuando se produce el síndrome de “Peter Pan”, es decir, cuando los adultos tratan de “miniaturizarse” para parecerse y hablar el lenguaje de los niños/as. Operaciones como las siguientes suelen ser muy frecuentes:

- a) La manipulación política infantilizando la política como “juego” o estrategia para inducirlos a representar y emular las conductas de los adultos como forma de “deber”.
- b) La manipulación económica en la cual el biopoder construye su subjetividad como consumidores. Aquí las formas son múltiples y van desde los dibujos animados, la publicidad y la imposición de modas hasta la “información” que se produce. Ahora son formas verdaderamente paroxísticas de irresponsabilidad social aquellas usadas por las empresas de la industria entretenimiento como sus “reality shows”<sup>76</sup>. Disney World y particularmente, Epcot Center presentados como parques temáticos para exhibir la grandeza e infalibilidad del futuro del capitalismo. También, los “jueguitos” electrónicos y la industria de juguete bélico-agresivo, la Mc’minorización de la infancia y la adolescencia<sup>77</sup>.
- c) La manipulación social que los privatiza como categoría social reduciéndolos a “niño/a proyecto” de organismos tanto estatales como de la sociedad civil con “intervenciones” asistenciales “ejemplares” o “populismo” infantil presentando niños/as de un determinado proyecto como “víctimas” a los que, supuestamente, “el” proyecto liberaría.
- d) Las manipulaciones “pedagógicas” de diversas formas en las que niños/as son colocados en procesos de experimentación.

76 El “encerrar personas” y provocar una reacción de sus conductas con fines de espectáculo en donde en forma de “juego” se promueve la eliminación y supresión del “otro” mediante el engaño, la competencia despiadada al límite de la traición “justificable” en la idea de vencer a cualquier costo, puede ser tomada como la representación escenificada de un zoológico. De una *zoé* más próxima a un estado de animalidad. Consúltense en este aspecto Bancel, N. y otros en *Zoos Humains*.

77 Un análisis de una lúcida ironía sobre la idealización de un McDonald’s figura en John O’Neil (1993).

Ahora bien, recordemos que toda manipulación es una expresión de una situación de dominio y que el biopoder penetra en “la subjetividad” en evolución de la infancia y la adolescencia usando entre otras, algunas de las siguientes estrategias:

- La venta de productos baratos de consumo cultural: moda especialmente “casual” y deportiva, zapatillas, bebidas, comida rápida, música popular y películas<sup>78</sup>. Esto tiene un gran impacto en adolescentes y jóvenes y es muy potente en la construcción de una homogeneización y de una rebeldía puramente epidérmica. Estos aspectos, además, han funcionado como el integrador más exitoso de la globalización<sup>79</sup>.
- La “humanización” neo-liberal que opera mediante movimientos políticos liberales, socialdemócratas, innumerables ONG financiadas por los países del norte y los Bancos Internacionales y cuyo centro conceptual es el “empoderamiento de la sociedad civil”. Supuesta “transferencia” de poder a los pobres sólo a nivel local para que ellos “se ayuden a ellos mismos”, se aparten de la política y desculpabilicen al Estado de sus obligaciones públicas. Y como se sabe, esta visión es especialmente activa en el caso de la infancia y la adolescencia<sup>80</sup>.
- Las drogas y sus diversas manifestaciones culturales políticamente inmovilizantes. El “piercing” y los tatuajes como autoagresiones en

78 Ver, *No Logo* de Naomi Klein.

79 Consúltese sobre estos aspectos, Michael Man, “La globalización y el 11 de septiembre”, en *New Left Review* No. 12, enero/febrero del 2002, Akal Editores de España.

80 Afirma acertadamente James Petras que las “ONGs no son en realidad no gubernamentales. Sus fondos provienen de los gobiernos extranjeros y trabajan como subcontratistas privados de los gobiernos nacionales. Con frecuencia, colaboran abiertamente con las agencias gubernamentales nacionales y extranjeras. Estas subcontrataciones sirven para erosionar las formas tradicionales del servicio público, que implicaban la asignación fija de trabajadores a los servicios. Ahora los profesionales son contratados en precario, temporalmente o por obra. Las ONGs no tienen capacidad para ofrecer los amplios programas a largo plazo que el Estado de Bienestar puede proporcionar. En su lugar, las ONGs dispensan servicios limitados a los que sólo acceden pequeños grupos o comunidades. Y lo que es más importante: no son responsables ante las personas que trabajan, sino ante sus donantes extranjeros. En este sentido, las ONGs minan las bases de la democracia, pues sustraen el control de los programas sociales de las manos de las poblaciones locales y de sus representantes electos, creando una dependencia ante funcionarios extranjeros no elegidos y ante sus responsables nombrados localmente”. Véase Petras, 2000, pp. 105 y ss.

búsqueda de identidades “imborrables” o agresividad identitaria desde el cuerpo.

- La comunicación vía Internet que bajo la metáfora de la “red” oculta la desigualdad de los interlocutores y, bajo una creencia de “supercomunicación”, en realidad termina dejando la certeza de la soledad y el aislamiento.

Obviamente que estas estrategias no son “condenables en sí” sino en su carácter manipulatorio. La sola enumeración de estos temas indica el amplio espectro en que el biopoder opera para regenerar constantemente su capacidad explotativa. En este aspecto, el capitalismo muestra una creatividad y versatilidad admirables. Por eso la dimensión educativa se hace estratégica y es cuando más necesita la presencia de un Estado que garantice el proyecto de una autonomía de la infancia y la adolescencia con pertenencia social y contribuya a configurar un contradiscurso público que supere las prácticas manipulatorias, particularmente de los medios de comunicación masiva propagandísticos de determinados “estilos de vida”.

En el caso de la asistencia social tanto pública como privada, ya es sabido que niños/as y adolescentes no pueden ser considerados como “objetos” de tratamiento y experimentación, ni tratados como pertenecientes al patrimonio de un proyecto o de un “benefactor”. Entonces, la asistencia social también debe ser pensada como inscrita en un proyecto educativo que concilie, como dije, una ayuda social consistente con una mayor autonomía y creciente subjetividad con pertenencia social. Esto implicaría satisfacer al menos dos condiciones:

- **La voz y el escuchar (artículo 12 de la CIDN), es decir, respetar su ingreso paulatino al lenguaje. Es interpretar la voz de los niños/as y adolescentes y su sentido.** Una cuestión central es tomar el art. 12 de la CIDN como principio general de la construcción de la subjetividad del niño/a teniendo en cuenta todas las dimensiones de su experiencia vital, intelectual y emotiva y no sólo sus “opiniones”. Es fundamental la interpelación o interrogación y la heurística de la infancia en su profundo sentido interpretativo. Una heurística centrada en ellos, en la “eleidad”. Nuevamente cito aquí las

esclarecedoras palabras de Baratta: “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 se coloca como el principio central de la de la CIDN e indica un largo camino hacia el futuro de la relación entre niños y adultos. Pero este también es el camino hacia el futuro de la democracia”<sup>81</sup>.

- **La representación, es decir, la vinculación con la democracia. El niño es un sujeto social frágil que no puede autorrepresentarse como ya lo traté *ut supra*.** Y aún cuando esto debe ser materia de investigación, deseo añadir que hay situaciones de alta conflictividad que pueden identificarse como las peores formas opresivas como la de mantener a los niños/as cautivos de programas o víctimas de acciones en las que son objeto de cambio o de extorsión<sup>82</sup>. Se requiere en todos los ámbitos un proceso participativo cuidadoso y no demagógico. Ambas cuestiones, la voz y la representación, íntimamente ligadas merecen –repito– un estudio profundo desde lo cual se podrá entender mejor la relación crucial entre infancia y democracia.

La relación entre infancia y democracia no es entonces una cuestión resuelta: conocemos más los problemas que sus posibles soluciones. Lo central del estado de indefensión es que la biopolítica pretenderá siempre o sujetar los niños/as a una regulación opresiva de su vida y sobrevivencia o alejar a la infancia de la política y la democracia y disciplinarlos en las reglas del mer-

81 *Ibidem*, p. 54.

82 Uno de los casos que debe ser analizado con sumo cuidado es la situación que se produce cuando hay conflictos salariales en el campo educativo. Aquí frecuentemente, bajo el discurso de defender los intereses de la escuela y los derechos de los niños, se los mantiene como cautivos en una forma de chantaje social. Bajo un seudoprogresismo se pretende hacer creer que enseñar, esto es, el complejo proceso de iniciar a los chicos en el lenguaje de la ciudadanía, es un problema solamente salarial. Aquí también hay una situación clara de biopoder sobre la infancia que se expresa en las burocracias sindicales y sectoriales a quienes les cabe las palabras de Baruch Spinoza: “creyendo luchar por su liberación escogen el camino de su esclavitud”. Tratan a la infancia como rehenes y moneda de cambio en conflictos salariales y/o de rivalidades internas en donde la “intransigencia” es un eufemismo para captar mayores adeptos/contribuyentes de estructuras burocráticas corruptas. También los que “viven” de la infancia en los Institutos de Internación y que se niegan a des-institucionalizar a los niños/as y adolescentes bajo la excusa de que perderían el trabajo. Nos recuerdan tristemente la anécdota del enterrador que decía: “yo no le deseo el mal a nadie... pero tengo que sobrevivir”.

cado como consumidores sumisos. Un programa de lucha por y con la infancia y la adolescencia deberá tener muy en cuenta esa situación de origen y sus dispositivos legitimadores para lanzar un programa verdaderamente emancipador. Un programa no fácil de definir, que deberá tener en cuenta las necesidades de formación de un ser con anclaje social y atento a la construcción de un futuro. Otra vez en palabras de Baratta, ello requerirá pasar “de la política como administración del *statu quo* o como gestión eficiente de lo que hay, a la política como proyecto de sociedad”. Y aquí los niños/as son la cuestión crucial.

## XII. Conclusión: Luchar por la infancia es denunciar el mundo

En tanto que política de regulación y control de la vida, la infancia y la adolescencia como relación social son una preocupación biopolítica central. La infancia y la adolescencia como nacimiento y comienzo de la vida implican que en ese campo se “juegue” el gran partido cuyo resultado tendrá un impacto directo sobre una política emancipadora. Por lo pronto, el capitalismo conoce muy bien que allí es donde se “encuba” y se reproduce su poder y por ello realiza ingentes esfuerzos para controlar la construcción de la naciente subjetividad.

He recorrido el trayecto del discurso distorsivo y opresor que en su “candidez” solapada tiene un potencial demostradamente efectivo para captar incautos que creyendo trabajar por los niños/as y adolescentes terminan legitimando una relación de dominación de una crueldad feroz. En este sentido, la denuncia debe ser implacable. También he planteado las dificultades de un programa que, constituyendo como “centro” la infancia y la adolescencia, tenga en cuenta la historicidad de la sociedad y su futuro, en términos de instituciones claves como la familia y la escuela, pero sobre todo, en los medios de comunicación masiva. Habrá que tener muy en cuenta que la “mediocracia” tiene un rostro bifronte: desde un lado “vende” publicidad y noticias, entretiene, distrae, defiende y legitima el biopoder ocultando sus estructuras opresivas, y desde otro, se camufla en los momentos de crisis con el objeto de confundir, controlar y dirigir la protesta para someterla al poder del *statu quo* que en apariencia dice no representar. En el caso de la infancia



y la adolescencia, la industria mediática construye lo imaginario y lo simbólico desde una perspectiva biopolítica con lo cual no sólo se pone al servicio del poder, sino que lo integra en su mismo funcionamiento.

La cuestión de la relación de la infancia y la adolescencia y la democracia es un tema abierto por ambos lados: por las dificultades de autorrepresentación de la infancia y la adolescencia y por la debilidad creciente de los sistemas de representación y organización democrática. Pero, lo que no podemos obviar es que tanto la infancia como los adultos en situación de pobreza son “cortados” por la misma relación social que los define mayoritariamente del lado de las víctimas. No hay niños/as y adolescentes “afuera” de una relación social, de lazos sociales que involucran tanto a ellos como a la generación adulta en una situación de opresión.

Luego he tratado la “centralidad” de los derechos y su “juricidad”. El argumento principal es que del lado del “derecho”, sobre todo de los derechos individuales en la modalidad liberal hegemónica que inspira al menos parte de la CIDN, estaremos sujetos a una casuística particular y limitados a un poder más que débil en la defensa concreta de los derechos de la infancia y la adolescencia como relación social. En las luchas sociales no hay “garantías” individuales conclusivas por encima de la política. Recordemos que en 1879, el título original de la declaración de derechos humanos decía: “Déclaration des droits de l’homme et du citoyen” indicando que la idea del hombre era inseparable de la del ciudadano. Los derechos entonces deben ser conceptualizados como “sociales” y colocados en el ámbito de una lucha política que los “signifique” como una posibilidad concreta para una práctica emancipadora. Y recordemos siempre que las prácticas “adaptativas” de lo jurídico significan desde una visión biopolítica esencialmente eso: adaptarse al *statu quo* opresor. En todo caso, tanto en la defensa de los derechos en todas sus dimensiones, como en la cuestión del Estado o de la sociedad civil, no propongo un abandono sino una resignificación de esos espacios pero como espacios para la lucha política. En este sentido, afirmo que la infancia y la adolescencia representan la positividad de una *res gestae* en la que se puede generar el quiebre y desarrollar en el tiempo una fuerza antagónica superadora.

A lo largo de este trabajo, he tratado de subvertir el lenguaje para develar las que considero principales estructuras de operación del biopoder sobre niños/as y adolescentes, y también analizar los procesos de producción de

subjetividad que incluye a sus víctimas y victimarios, esperando que este análisis sea conducente a la construcción de un horizonte social y político que implique el nacimiento de un nuevo poder constitutivo liberador. Así, afirmo que la infancia y la adolescencia son la ontogénesis de un proyecto humano largamente inconcluso, pero al mismo tiempo la posibilidad más importante para su realización.

Hechos estos planteamientos deseo insistir en una inversión lingüística básica: la cuestión de la infancia y la adolescencia no es una cuestión “menor” como argumenta el biopoder. Tal vez sea la cuestión “mayor” y crucial a resolver para un proyecto abierto al futuro que comience por anunciar la libertad desde el nacimiento, el principio y la iniciación de la vida. En este alumbramiento, la primera señal que la vida ha llegado es el grito. Y ante tanta crueldad con víctimas sin poder de autorrepresentación, y que se desarrollan en estado de indefensión, trabajar por y con ellas significa denunciar el mundo.

### XIII. Bibliografía

- Agamben, G., *Homo Sacer. El Poder Soberano y la Nuda Vida*, Pre-Textos, Valencia, España, 2003.
- , *Medios Sin Fin*, Pre-Textos, Valencia, España, 2001.
- , *Estado de Excepción*, Adriana Hidalgo (ed.), Buenos Aires, Argentina, 2003.
- Aguinis, M., *El Atroz Encanto de Ser Argentinos*, Planeta, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- Alston, P. y Gilmour-Walsh, B., *El Interés Superior del Niño*, Publicación de UNICEF, Argentina, 2002.
- Bancel, N., Blanchard, P., Boëtsch, G., Deroo, E. y Lemanaire, S., *Zoos Humains. Au Temps des Exhibitions Humaines*, Éditions La Découverte, París, Francia, 2002.
- Banfield, E.C., *The Moral Basis of a Backward Society*, Glencoe, Free Press. USA, 1958.
- Baratta, A., “Infancia y Democracia”, en García Méndez, E. y Bellof, M., (comps.) *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Editorial Temis y Editorial Depalma, Santa Fe de Bogotá y Buenos Aires, 1998.

- Barbalet, J. M., *Citizenship: Rights, Struggle, and Class Inequality*, University of Minnesota Press, Minneapolis, USA, 1998.
- Bauman, Z., *Ética Posmoderna*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- Brenner, R., *Turbulencias en la Economía Mundial*, LOM Ediciones, Santiago, Chile, 1999.
- Bovero, M. y Ferrajoli, L., *Teoría de la Democracia. Dos perspectivas comparadas*, Publicación del Instituto Federal Electoral, México DF, México, 2001.
- Bourdieu, P., *Meditaciones Pascalianas*, Anagrama, Barcelona, España, 1999.
- Bourdieu, P., *Razones Prácticas*, Anagrama, Barcelona, España, 1997.
- Bustelo, E. S., *De Otra Manera. Ensayos sobre Política Social y Equidad*, Homo Sapiens, Rosario, Argentina, 2000.
- Castel, R., *La Inseguridad Social. ¿Qué es estar Protegido?*, Editorial Manantial, Buenos Aires, Argentina, 2003.
- Castro, E., *Foucault sigue dando cátedra*, en Revista No. 8-1-2005, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- Cohen J.L. y Arato A., *Sociedad Civil y Teoría Política*, Fondo de Cultura Económica, México DF, México, 2000.
- Eagleton, T., “La ideología y sus vicisitudes en el marxismo occidental”, en Zizek, S. (comp.), *Ideología. Un mapa de la Cuestión*, FCE Buenos Aires, Argentina, 2003.
- Espósito, R., *Communitas. Origen y destino de la Comunidad*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, Argentina, 2003.
- Gauchet, M., *La Democracia contra sí misma*, Homo Sapiens Ediciones, Rosario, Argentina, 2004.
- García Méndez, E. (comp.), *Sentencias de Reclusión perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad en la República Argentina (1997-2003)*, Publicación del Colegio de Abogados de la Capital Federal y UNICEF, Buenos Aires, Argentina, 2003.
- , “Infancia, Ley y Democracia: una cuestión de Justicia”, en García Méndez, E. y Bellof, M. (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Editorial Temis y Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá y Buenos Aires, 1998.

- Glendon, M.A., “El Crisol Olvidado: Influencia Latinoamericana en la idea de los Derechos Humanos Universales”, en Revista Criterio No. 2293, mayo, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- Gomes da Costa, A. C., “Pedagogía y Justicia”, en García Méndez, E. y Bellóf, M. (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Editorial Temis y Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá y Buenos Aires, 1998.
- , “Del menor al ciudadano niño y ciudadano adolescente”, en García Méndez, E. y Carranza, E. (eds.), *Del Revés al Derecho*, Editorial Galerna, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- Gray, J., *Las dos caras del liberalismo*, Editorial Paidós, Barcelona, España, 2001.
- Habermas, J., *Acción Comunicativa y Razón sin Trascendencia*, Editorial Paidós, Barcelona, España, 2002.
- , *La Inclusión del Otro. Estudios de Teoría Política*, Paidós, Barcelona, España, 1999.
- Ignatieff, M., *Los Derechos Humanos como Política e Idolatría*, Paidós, Barcelona, España, 2003.
- Lévinas, E., *Totalidad e Infinito*, Ediciones Sígueme, Salamanca, España, 2002.
- , *Entre Nosotros*, Pre-Textos, Valencia, España, 2001.
- Merleau-Ponti, M., *Sentido y Sensentido*, Ediciones Península, Barcelona, España, 2000.
- Minujin, A. y Delamónica, E., *Children Living in Poverty. A review of child poverty definitions, measurements and policies*, UNICEF-New School Paper, New York, USA, 2005.
- Negri, A., *Guías. Cinco Lecciones en torno a Imperio*, Paidós, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- Negri, A. y Hardt, M., *Imperio*, Paidós, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- O'Donnell P., *El Prójimo. La revolución de los solidarios*, Planeta, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- O'Neil, J., “Mc Utopia: Eating Time”, en Kumar, K. y Bann, S. (Editors), *Utopias and the Millennium*, Reaktion Books, London, UK., 1993.
- Petras, J., *La Izquierda Contratada*, Ediciones Akal, Madrid, España, 2003.
- Platt, A.M., *Los “Salvadores del Niño” o la Invención de la Delincuencia*, Siglo XXI. México, 2001.

- Rorty, R., *Philosophical Papers Volume I: Objectivity, Relativism and Truth*, Cambridge University Press, Cambridge, USA, 1991.
- Roudinesco, E., *La familia en Desorden*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- Salvat, P., “Derechos Humanos”, en *Conceptos Fundamentales*, Edición de la Universidad Silva H. Santiago, Chile, 2005.
- Sen, A., *Rationality and Freedom*, Belknap Press, London, UK., 2002.
- , *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford. UK., 1999.
- , *Inequality Re-examined*, Oxford: Clarendon Press, 1992.
- , *Rights and Agency*, Philosophy and Public Affairs No. 11 (1), Winter, USA, 1982.
- Souza Santos, Boaventura de, *Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-modernidade*, Cortez Editora, San Pablo, Brasil, 2005.
- , “Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos”, *Revista Crítica de Ciências Sociais* No. 48, Junho, Lisboa, Portugal, 1997.
- Tenti Fanfani, E., “La Cuestión Social Contemporánea y la Educación Básica”, en *Revista Criterio* No. 2297, septiembre, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- Virno. P., *Gramática de la Multitud*, Ediciones Colihue, Buenos Aires, Argentina, 2003.
- Vizard, P., *The Contributions of Professor Amartya Sen in the Field of Human Rights. Centre for the Analysis of Social Exclusion. Case paper 91*, London School of Economics, London, UK., 2005.

# El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Miguel Cillero Bruñol

---

## Sumario:

I. Introducción. II. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: expresión de un consenso universal. III. Los derechos del niño son derechos humanos. IV. El principio del interés superior del niño: origen y proyecciones. V. El interés superior del niño como “principio garantista”. VI. ¿Qué es el interés superior del niño?: la satisfacción de sus derechos. VII. Función del interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. 7.1. Carácter interpretativo. 7.2. Prioridad de las políticas públicas para la infancia: interés del niño e interés colectivo. 7.3. ¿Cómo aplicar el principio?: integralidad, máxima operatividad y mínima restricción de los derechos del niño. VIII. El interés superior del niño y las relaciones parentales. IX. Conclusión. X. Bibliografía.

---

## I. Introducción

Durante el siglo XX se ha desarrollado un profundo y dinámico proceso destinado a promover el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, cuya máxima expresión ha sido la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989.

El análisis histórico-jurídico revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos.

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que tras la noción de derechos humanos subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los que están los niños.

El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención. La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios –nunca sustitutivos– de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas (véase el art. 41 de la Convención). Los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

Durante el siglo XX se ha desarrollado un profundo y dinámico proceso destinado a promover el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, cuya máxima expresión ha sido la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989. El análisis histórico-jurídico revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos.

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que tras la noción de derechos humanos subyace la idea de que todas las personas,

incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los que están los niños. El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención. La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios –nunca sustitutivos– de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas (véase el art. 41 de la Convención). Los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

En este sentido, cualquier pretensión de autonomía del derecho de infancia que no respete estos fundamentos, como la que se sostuvo hasta hace un tiempo por algunos autores que propiciaban un derecho de menores autónomo, es contraria a la concepción de los derechos del niño que emana de la doctrina universal de los derechos humanos.

La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de “interés superior del niño”.

Es en este marco que propongo analizar la noción del “interés superior del niño”, fórmula usada profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo, pero que adquiere un nuevo significado al ser incorporada en el artículo tercero de la Convención.

Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter



jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico.

Por esta razón diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en “el interés superior” se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.

En este artículo intento desarrollar una interpretación que supere estas objeciones favoreciendo una concepción jurídica precisa de interés superior del niño que reduzca razonablemente la indeterminación y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica.

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio “rector-guía” de ella.

De este modo, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el “interés superior del niño” deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención.

No es posible permanecer indiferente ante interpretaciones del interés superior del niño que tienden a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce. El objetivo principal de este artículo responde a la necesidad de aportar a la discusión hermenéutica sobre el interés superior del niño, una concepción garantista que promueva la

conciliación entre interés superior del niño y la protección efectiva de sus derechos.

## II. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: expresión de un consenso universal

Durante el siglo XX la manifestación más significativa del movimiento de protección de los derechos del niño es la aprobación de la Convención Internacional. En el ámbito internacional es posible destacar dos hitos fundamentales que le sirven como antecedente: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959. En el plano nacional se pueden encontrar numerosas iniciativas legales que, con mayor o menor eficacia, buscaron proteger a la infancia y promover sus derechos y bienestar.

Pese a las perspectivas culturales tan diversas y a la dificultad de la materia que aborda, la Convención es un instrumento de rápido y casi universal reconocimiento jurídico y masiva aceptación social.

Si bien el consenso como dice Lyotard es siempre un horizonte a realizar, se puede afirmar que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos.

La Convención supera, por decisión de los propios Estados, visiones excluyentes de las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todas las personas relativos a sus derechos fundamentales. Esta es una de las principales consecuencias de la positivización internacional de los derechos humanos<sup>1</sup>, avance significativo de la humanidad en la segunda mitad del siglo veinte que también se hace extensivo a los niños a partir de la ratificación casi universal de la Convención.

1 Cfr. Peces-Barba, G., *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1987.

Se ha señalado, sin embargo, que el proceso de redacción de las normas internacionales no puede considerarse como un ejemplo de formación de un consenso universal, dada la diferente posición negociadora de los Estados. Esta objeción es particularmente débil en el ámbito de la infancia ya que no cabe duda de que los procesos de ratificación nacional unidos a la posibilidad de formular reservas específicas y a la existencia de una nueva legislación nacional que surge desarrollando los derechos de la Convención en diversos contextos culturales, demuestran que la debilidad de negociación de un Estado perteneciente a una cultura no dominante o minoritaria puede ser superada de diversos modos, y que el Estado que ratifica lo hace adhiriendo al consenso reflejado en las disposiciones de la Convención.

Al margen del argumento político sostenido en favor de la legitimidad de la pretensión de observancia para todos los Estados Parte de las reglas de la Convención independientemente de su diversidad cultural, también desde un punto puramente conceptual se llega a conclusiones similares.

El problema de la universalidad o relatividad de las reglas jurídicas según las distintas culturas ha dado origen a un rico debate que ha acompañado toda la trayectoria de la filosofía jurídica moderna. Esta polémica ha alcanzado también el ámbito de las relaciones sociales de la infancia y, en particular, a ciertas reglas relativas a la crianza, iniciación sexual u otras prácticas que según algunos autores parecieran ser especialmente significativas para defender una flexibilidad normativa atendiendo a las costumbres locales.

En este contexto han surgido argumentos que sostendrían que el principio del interés superior del niño podría operar como un punto de encuentro entre derechos del niño y diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podría exigir, en determinadas circunstancias, contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural.

El estudio que dirigió Alston en 1994<sup>2</sup> recoge este debate en diversos contextos culturales con atención específica a la relación entre diversidad cultural, derechos del niño e interés superior. Pese a que los diversos estudios

---

2 Alston, Philippe (ed.), *The Best Interests of The Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, 1994.

analizan casos de difícil conciliación entre derechos del niño y valores culturales, se concluye que se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos.

Igualmente en la literatura especializada e incluso en autores que son adscriptos a la vertiente “comunitarista” –crítica del “universalismo”–, se abre paso la idea de un “minimalismo” que es el resultado de un mutuo reconocimiento, por los protagonistas de diferentes culturas morales de igual desarrollo, de reglas comunes que no son expresión de ninguna cultura en particular y regulan los comportamientos de todas las personas de una manera ventajosa o claramente correcta (Walzer, 1996).

También en un interesante estudio sobre modernidad e identidad latinoamericana se sostiene que tras las formas absolutas de relativismo subyace la negación de una naturaleza compartida entre participantes de culturas supuestamente inconmensurables<sup>3</sup> que puede llevar hacia concepciones irracionales del hombre o favorecer nuevas formas de racismo o de dominación.

En este sentido, como se desarrollará más adelante, si la única interpretación posible del principio del interés superior del niño es identificar este interés con sus derechos reconocidos en la Convención, es posible afirmar que en aplicación de este principio la protección de los derechos del niño prima por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo. El principio del “interés superior”, entonces, no puede ser una vía para introducir el debate sobre el relativismo cultural que ha pretendido afectar la expansión de la protección universal de los derechos humanos.

### III. Los derechos del niño son derechos humanos

Durante el siglo XX, y particularmente en los últimos decenios en América Latina, los derechos humanos se han convertido en el fundamento de un sistema político-social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas, de todas ellas, sin discriminación. Los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema

3 Larrain, J., *Modernidad, Razón e Identidad en América Latina*, Andrés Bello, Santiago, 1996.

democrático. Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad y, por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social<sup>4</sup>.

Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad. Sin embargo, es posible observar que ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.

Uno de estos grupos es la infancia/adolescencia, el segmento de personas que tienen entre cero y dieciocho años incompletos, a las que se les denomina genéricamente niños. La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y, por ello, con justa razón puede denominársele como un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño.

Pero la Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia/adolescencia; también es fuente de derechos propios de la infancia/adolescencia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos, y sus derechos y deberes recíprocos.

Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. En este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.

América Latina es una región en la que existe un conjunto importante de derechos insatisfechos y de sujetos vulnerados en sus derechos. La pobreza

---

4 Bidart-Campos, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Autónoma de México, 1993.

en la población infantil y la escasa posibilidad de participación de los niños en los asuntos de su interés, son un ejemplo de ello.

La Convención representa una oportunidad, ciertamente privilegiada, para desarrollar un nuevo esquema de comprensión de la relación del niño con el Estado y las políticas sociales, y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños, y sus intereses, en las estructuras y procedimientos de decisión de los asuntos públicos.

Por su parte, la subsistencia de legislaciones y prácticas en el ámbito de la infancia que constituyen sistemas tutelares discriminatorios o que estructuran modelos de protección y control de las infracciones a la ley penal al margen de las garantías que la Constitución reconoce a todas las personas, exige una radical modificación de las legislaciones de menores vigentes en América latina que entran en contradicción con los derechos de los niños reconocidos en la Convención.

La Convención, entonces, opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos. Siguiendo la tradición contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención es profundamente respetuosa de la relación niño-familia, enfatizando el rol de las políticas sociales básicas y de protección de la niñez y la familia, limitando la intervención tutelar del Estado a una última instancia que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales.

En consecuencia, al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños –incorporadas a aquél por medio de la ratificación de la Convención y por normas de fuente nacional– cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y madurez de los niños; establecer derechos propios de los niños –como los derivados de la relación paterno/filial, o los derechos de participación–; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas con relación a la infancia.

El reconocimiento jurídico del “interés superior del niño” tendrá relación con estas dos últimas finalidades, en cuanto actuará como “principio” que per-

mita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva, mediante el conjunto de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales.

#### IV. El principio del interés superior del niño: origen y proyecciones

El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado.

El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos.

Posteriormente se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres. En Gran Bretaña esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario que sólo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres<sup>5</sup>. Igual trayectoria se observa en el derecho francés.

Esta segunda fase tiene como característica principal que el Estado podía asumir en ciertos casos la tutela del niño o impartir órdenes para su educación, como ocurría con el Tribunal de la Cancillería que actuaba en nombre de la Corona británica o disposiciones como la del Código napoleónico que permitía que el Tribunal –para un mayor bienestar de los niños– pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio<sup>6</sup>. En consecuencia,

5 Goonesekere, S., “The Best interests of The Child: South Asian Perspective”, en Alston, *op. cit.*

6 Cfr. Rubellin-Devich, “The Best Interests Principle in French Law and Practice”, en Alston, *op. cit.*

se puede decir que los intereses de los niños (y de algún modo una incipiente semilla de derechos) pasan a ser parte de los asuntos públicos.

En América Latina esta evolución se deja ver también en el derecho de familia, para presentarse con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de este siglo<sup>7</sup>.

El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido. Tanto en Asia, Oceanía y África, las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia y en muchos lugares han sido refrendadas por legislación posterior.

Una de las paradojas de la evolución del derecho de la infancia es que si bien en un primer momento se avanzó por medio del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, asunto que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños.

Con las leyes de menores, especialmente en América Latina, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia<sup>8</sup>. Sólo con el proceso iniciado con la Convención en el que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado.

También la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los “niños primero”, hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos

7 Cillero, Miguel, “Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la infancia y Adolescencia en Chile”, en Pilotti, Francisco (ed.), *Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile*, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994, pp. 75-138.

8 García Méndez, Emilio, *Derecho de la Infancia y la Adolescencia: de la Situación Irregular a la Protección Integral*, Santafé de Bogotá, Forum Pacis, 1997.



del Niño en 1959 y su posterior incorporación, no sólo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño sino también en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16).

De este breve análisis se desprende que el principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que, ahora que la construcción jurídica de los derechos del niño ha alcanzado un importante grado de desarrollo, corresponde que este principio sea interpretado según este nuevo contexto.

Cuando los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

## V. El interés superior del niño como “principio garantista”

La Convención contiene “principios” –que a falta de otro nombre, denominaré “estructurantes”–entre los que destacan el de no discriminación (art. 2), de efectividad (art. 4), de autonomía y participación (arts. 5 y 12) y de protección (art. 3). Estos principios –como señala Dworkin– son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia<sup>9</sup>. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

Entendiendo de este modo la idea de “principios”, la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos

9 Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2a. ed., 1989.

principio del interés superior del niño, que creer que el interés superior del niño debe meramente “inspirar” las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.

Más aún, si en este contexto analizamos el artículo 3.1 de la Convención comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades:

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

En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye una “principio” que obliga a diversas autoridades e incluso a instituciones privadas a estimar el “interés superior del niño” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos “principio”, siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como “garantía”, entendida esta última “como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos”<sup>10</sup>. Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista.

---

10 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995.

## VI. ¿Qué es el interés superior del niño?: la satisfacción de sus derechos

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del “interés superior del niño” y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo “interés superior” pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo “declarado derecho”; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser “interés superior”.

Antes de la Convención, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de “interés superior” pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de “derecho”. Es cierto que, en ausencia de normas que reconozcan derechos y ante la precariedad del *status* jurídico de la infancia, una norma que remitiera al “interés superior del niño” podía orientar positivamente, aunque sólo fuera ocasionalmente, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad. Sin embargo, una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño.

En las legislaciones pre-Convención, y lamentablemente en algunas que siendo post-Convención no han asumido plenamente el enfoque de los derechos, la interpretación del contenido del interés superior quedaba entregado a la autoridad administrativa en el plano de las políticas y programas sociales o a la judicial en el ámbito del control/protección de la infancia. Desde la vigencia de la Convención, en cambio, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable –realizado por una autoridad progresista o benevolente– y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad.

En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista /autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.

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

La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas.

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

El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (arts. 5 y 12 de la Convención). En este sentido, se puede afirmar que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados.

Esta interpretación, sin embargo, haría innecesario el principio del interés superior del niño, ya que lo único que expresaría es que las autoridades se encuentran limitadas en sus decisiones por los derechos fundamentales de los niños, asunto del todo evidente –aunque no por ello respetado– considerando la adhesión de las constituciones liberales al principio que establece que la soberanía se encuentra limitada por los derechos de las personas. Sin embargo, al margen de otras funciones adicionales que el principio puede cumplir, la historia de la relación de la infancia con el sistema de políticas públicas y de justicia revela que esta reafirmación no es para nada superflua, sino que es permanentemente necesaria debido a la tendencia generalizada a desconocer los derechos del niño como un límite y una orientación a las actuaciones de las autoridades y los adultos en general.

Un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos y de evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo tercero de la Convención como una mera orientación que ampliaría las facultades discrecionales es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados a la Convención.

Cualquier otra definición, ya sea de base bio-psico-social como la que identifica el interés superior con alcanzar la madurez, o jurídica, identificándolo con la obtención de la plena capacidad, dificulta la aplicación de los derechos y resta valor y eficacia a los catálogos de derechos que se reconozcan.

Hecha esta salvedad, señalaré que una concepción garantista del principio no sólo supera estas dificultades, sino que muestra la profunda utilidad del principio del interés superior del niño en el contexto de una nueva legislación de la infancia y adolescencia basada en el reconocimiento de los derechos de los niños.

## **VII. Función del interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño**

Además del cometido principal ya desarrollado consistente en limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, expondré a conti-

nuación otras importantes funciones que cumple el principio tal cual se encuentra formulado en el artículo tercero de la Convención.

### 7.1. Carácter interpretativo

Sin duda el aporte más específico del artículo tercero es de carácter hermenéutico. En primer lugar, cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño.

Los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño. Durante la infancia/adolescencia la interdependencia de los derechos se hace más evidente que en otras etapas de la vida. La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación holística de la Convención.

En segundo término permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño.

En estos casos el principio permite “arbitrar” conflictos jurídicos de derecho. La propia Convención en diferentes situaciones de esta naturaleza toma una decisión –establece un orden de prelación de un derecho sobre otro– para luego relativizarla o dejarla sujeta al “interés superior del niño”. El ejemplo más característico está dado por el artículo 9 de la Convención, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos; otro caso es el artículo 37 relativo a la privación de libertad en recintos separados de los adultos “a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”, en el que la Convención toma una decisión –otorga una garantía– pero deja abierta la posibilidad (judicial) de tomar una resolución diferente atendida la circunstancia de que se afecte, en el caso particular, algún otro derecho del niño que justifique modificar la regla. Es evidente que este tipo de soluciones

propuestas en algunos artículos de la Convención pueden aplicarse a otros casos similares en que aparezcan conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

En síntesis, el principio del interés superior del niño permite resolver “conflictos de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto. Para evitar un uso abusivo sería conveniente establecer en la legislación nacional ciertos requisitos para la utilización del principio para resolver conflictos entre derechos como la reserva judicial y la exigencia de que, para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, se pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta.

También debe establecerse que, especialmente en el ámbito de las garantías frente al sistema de persecución de infracciones a la ley penal, se restrinja absolutamente la posibilidad de aplicar medidas en razón del “interés superior del niño” que puedan afectar su derecho a la libertad personal o su integridad.

Finalmente, algunos autores como Parker sugieren que el “interés superior del niño” puede servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley. Es decir, permitiría llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa.

## **7.2. Prioridad de las políticas públicas para la infancia: interés del niño e interés colectivo**

Como se ha señalado reiteradamente, la formulación del art. 3 de la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial. Esto significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmedrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo.

Cuando la Convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño –es decir, sus derechos– no es asimilable al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario.

Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos. Por ejemplo, el derecho a la educación no puede ser desmedrado por intereses administrativos relativos a la organización de la escuela, o a los intereses corporativos de algún grupo determinado.

En el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, como por ejemplo en las infracciones a la ley penal, los derechos del niño deberán tener una primacía no excluyente de los derechos de los terceros.

Es materia de resolución de cada Estado el grado de prioridad que otorga a la infancia en un sistema social en el que los diversos grupos “compiten” por recursos escasos, sin embargo, la Convención exige considerar con alguna prioridad a la infancia. En este sentido parece adecuada la solución de la Constitución del Brasil que señala una prioridad absoluta referida a las materias más importantes y otorga, para éstos y otros asuntos, la posibilidad de acciones de interés público que pueden ejercerse contra la autoridad en caso de no respetarse la prioridad de la infancia.

### **7.3. ¿Cómo aplicar el principio?: integralidad, máxima operatividad y mínima restricción de los derechos del niño**

El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el artículo 5 de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o “nivel de vida adecuado” (art. 27.1 de la Convención).

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

La aplicación de esta regla justifica, por ejemplo, la disminución al mínimo posible –siempre perfectible– de la intervención mediante recursos “pe-



nales” sobre la adolescencia y la absoluta excepcionalidad de la medida de separación del niño de su entorno familiar; en efecto, este tipo de medidas, que afectan la libertad personal y el medio de desarrollo del niño, obstaculizan severamente el ejercicio no sólo de los derechos expresamente privados, sino también, de un conjunto de otros derechos que se hacen imposibles de satisfacer en privación de libertad o del medio familiar. Este es el fundamento para señalar que la privación de libertad y del medio familiar son excepcionales y medidas de último recurso.

Pero incluso en estos casos se deben proveer todos los mecanismos para que el niño pueda ejercer los derechos que expresamente no se le han privado. Así, el adolescente privado de libertad por haber cometido un grave delito contra la integridad física o la vida de otra persona, tendrá derecho a que se le satisfaga su derecho a la educación; también el niño separado de uno o ambos padres tendrá derecho a que se le asegure la posibilidad de “mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” como dispone el art. 9.3 de la Convención.

### **VIII. El interés superior del niño y las relaciones parentales**

Es sabido que uno de los ejes fundamentales de la Convención es la regulación de la relación niño-familia, y en particular niño-padres; numerosas disposiciones regulan la materia. Los artículos 5 y 18 reconocen el derecho de los padres a la crianza y la educación y, a su vez, el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva de acuerdo con la “evolución de sus facultades”.

Por su parte, uno de los aportes de la Convención ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos (como la Declaración de 1959) o judicial (como lo disponen numerosas legislaciones en materia de familia), sino extenderlo hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres.

Así el artículo 18, luego de reconocer el derecho y responsabilidad de los padres a la crianza y la educación y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo con una orien-

tación fundamental: el interés superior del niño (art. 18.1). Esta disposición debe interpretarse en conjunto con el artículo quinto que señala que el objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es “que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” de acuerdo con la evolución de sus facultades. Al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, con relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir, se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior.

El Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior.

## **IX. Conclusión**

De las ideas expuestas se desprende que desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos.

Por su parte, la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las

personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

## X. Bibliografía

- Alston, Ph. (editor), *The Best Interests of The Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, 1994.
- Alston, Ph., Bridget Gilmour-Walsh, *El Interés Superior del Niño. Hacia una Síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales*, Unicef, Argentina, 1996.
- Alvarez- Vélez, M.I., *La Protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Facultad de Derecho-ICA-DE. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.
- An-Na'Im, A., "Cultural Transformation and Normative Consensus on The Best Interest of The Child" en Alston, op. cit. Bidart-Campos, G., *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Autónoma de México, 1989.
- Cillero, M., "Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos", en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, C. Medina y J. Mera (editores), Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1996.
- , "Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la Infancia y Adolescencia en Chile", en *Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile*, F. Pilotti (coordinador), Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.
- Detrick, Sh., *The United Nations Convention on The Rights On The Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1992.
- Dworkin, R., *Los Derechos en Serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2a. ed., 1989.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- García Méndez, Emilio, *Derecho de la infancia y adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Forum Pacis, Bogotá, 1994.
- Goonsekere, S., "The Best interests of The Child: South Asian Perspective", en Alston, Ph.

- Himes, J., *Implementing The Convention On The Rights Of The Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1995.
- Larraín, J., *Modernidad, Razón e Identidad en América Latina*, Ed. Andrés Bello, Santiago, 1996.
- Lyotard, J.F., *La Condición Postmoderna*, Ed. Cátedra, Madrid, 1994.
- O'Donnell, D., *La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y Contenido*, Revista Infancia Nº 230, Tomo 63, julio de 1990, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1990.
- Parker, Stephan, "The Best Interests of the child- Principles and Problems", en Alston, Ph.
- Peña, Carlos, *El Derecho Civil en su Relación con el Derecho Internacional de los derechos Humanos*, en Sistema Jurídico y Derechos Humanos, C. Medina y J. Mera (editores).
- Peces-Barba, G., *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1987.
- Rubellin-Devich, J., "The Best Interests Principle in French Law and Practice", en Alston, Ph.
- Veerman, Ph., *The Rights of The Child and The Changing Image of Childhood*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1992.
- Walzer, M., *Moralidad en el ámbito local e Internacional*, Alianza Universidad, Madrid, 1996.



# El nuevo paradigma de la niña y el niño en América Latina

Edson Sêda

---

## Sumario

PRIMERA PARTE. I. Sujeto y Ciudadano. SEGUNDA PARTE. II. El victimado. TERCERA PARTE. III. El victimario. CUARTA PARTE. IV. La dinámica de la protección integral.

---

## PRIMERA PARTE

### I. Sujeto y ciudadano

#### 1.1. ¿Ser o no ser ciudadano?

En una época en la historia de la humanidad, en Europa se discutía si, como los hombres, las mujeres tenían o no un alma. Tiempo después, cuando se descubrió América, también se discutió si los indígenas, legítimos habitantes del nuevo mundo, eran o no dotados de un alma como los europeos. En el final del siglo veinte aún se discute en muchos lugares –o se discutía si el lector está en el siglo XXI– si niños o adolescentes son o no ciudadanos, como los adultos.

### 1.2. El alma social de la ciudadanía

Ser ciudadano es como tener un alma social. Es tener un yo, una identidad, una autonomía de sujeto social, además del yo animal que poseen los seres vivos y del yo trascendental que poseen los seres éticos, ser ciudadano es tener un yo social de los que viven en sociedad y se relacionan en un mundo de reglas en que hay derechos y obligaciones.

Hay una frase hecha y repetida por adultos, a quienes les gusta los lugares comunes: “El niño es el ciudadano del futuro”. Si en el mundo de la ciudadanía el niño será algo solo en el futuro, surge la pregunta: ¿Qué es ese niño hoy? ¿Es un ser sin identidad social? ¿Sin un yo propio? ¿Sin la autonomía de los sujetos sociales?

### 1.3. Los viejos códigos de los incapaces

Entre los años 1919 (en Argentina) y 1938 (en Ecuador y Venezuela), copiando reglas de los europeos que un día dudaran de un alma en los habitantes de América de la que ellos se suponían dotados, los países de América Latina hicieron leyes (hicieron Códigos de Menores) que veían a niñas y niños como menores.

Esas leyes inducían a las personas y a las autoridades a ver a niñas, niños y adolescentes como incapaces. Esa tradición del pasado (no la otra tradición que se quiere ahora para el futuro) trataba a niñas y niños en aquello que se decía que no eran: No eran capaces de eso..., no tenían el sentido ético de la vida..., no distinguían entre lo cierto y lo errado..., y así en adelante.

### 1.4. Las nuevas leyes de los que son capaces

En la década de 1990, procurando cumplir con los compromisos asumidos al firmar la Convención de la ONU Sobre los Derechos de la Niñez de 1989, esos países se pusieron a hacer leyes (pasaron a crear reglas de conducta de la ciudadanía) que tienden a ver (a inducirnos a ver) a niñas y niños en aquello que de hecho son: niñas, niños, adolescentes, con capacidad de realizar muchas cosas. Que van madurando poco a poco para las cosas del mundo. Que son sujetos sociales, éticos y jurídicos en sí mismos

y no meras extensiones de sus padres, o extensiones del Estado cuando faltan los padres.

En el nuevo paradigma, tanto los padres o los responsables (tutores, guardianes), como las autoridades del Estado, no hacen lo que quieren en sus relaciones con niñas, niños y adolescentes. Pasan a someterse a reglas claras y distintas cuando se relacionan tanto con adultos como con adolescentes, niñas o niños, pues todos hacen parte del mundo de la ciudadanía.

### 1.5. La capacidad infantojuvenil

Veamos como las viejas leyes para menores veían (muchos aún ven) a niñas, niños y adolescentes: Para ellas, hasta los diecisiete años, once meses, veintinueve días, veintitrés horas, cincuenta y nueve minutos, cincuenta y nueve segundos, tanto niños como adolescentes no eran capaces de manifestar su voluntad, de discernir entre lo cierto y lo errado, de tener el sentido ético de la vida, de ser responsables, ni capaces de ser culpables por su conducta.

Sin embargo, según esas leyes, en el segundo siguiente, en aquel exacto segundo en que cumplen los dieciocho o, digamos (para los que hablan en bajar edad de imputabilidad, por ejemplo), dieciséis años, pasan instantáneamente a discernir entre lo cierto y lo errado, a tener capacidad de manifestar su voluntad, de tener el sentido ético de la vida, de ser responsables por su conducta y ser partícipes en el mundo de las relaciones sociales.

Parece una caricatura, pero esa es la visión menorista del mundo. Caricatura, a causa de ignorar la historia del individuo como sujeto hasta los dieciséis o dieciocho años menos un segundo de su desarrollo personal. Los países signatarios de la Convención sobre los Derechos de la Niñez de la ONU de 1989 (la mayoría absoluta de los países del mundo) asumen el compromiso de cambiar esa visión. Veamos enseguida cómo es el paradigma de esa transformación.

### 1.6. Una capacidad progresiva

En la nueva regla (en el nuevo compromiso de todos los países), reconocemos que las niñas y niños son capaces de vivir (tienen autonomía); de relacionarse con las personas; de manifestar su voluntad; de distinguir progresivamente



lo cierto de lo errado; y de comprender el sentido ético de la vida; de hacer cosas; de mentir o de hablar verdades; de progresivamente actuar en el mundo con derechos y con obligaciones.

En su evolución como individuos y como personas, las niñas y niños van madurando poco a poco en cada una de sus capacidades, inscritas no en un Código de Menores, sino en un Código Genético de naturaleza biológica (que el hombre ya está aprendiendo a modificar y a transformarlo en jurídico, tema abordado en el libro *La Ley Luz que Nace en Nosotros*, todavía inédito en 1998). Quienes laboran por ese cambio quieren que esa maduración progresiva sea maduración progresiva respetada por la ley de cada país y por las personas, sean ellas ciudadanas o ciudadanos comunes o autoridades del Estado. Veremos más adelante las condiciones para llegar a esto.

### 1.7. Una doctrina antigua

Todos sabemos que una doctrina (sea ella religiosa, científica, social o política) es un conjunto de principios que se utiliza para explicar su presencia en el mundo, sus relaciones con las otras personas en la sociedad y para justificar las cosas que hace o deja de hacer. Hasta 1989 hemos vivido bajo una doctrina social y legal para niñas y niños que era de la minoría absoluta, también conocida como doctrina de la situación irregular.

Esa doctrina veía a niñas, niños y adolescente como “menores” o en “situación irregular”, a través de ella se veía a niñas y niños no en lo que eran (seres regulares) sino en lo que no eran (seres irregulares): no eran capaces, no eran sujetos de derechos y deberes, no eran autónomos con relación a sus padres o con relación al Estado. Es como si se quisiera explicar qué es una mariposa, y dijera que una mariposa no es un elefante. Ejemplo: un menor no es un mayor. O, el menor es el no mayor.

### 1.8. De elefantes y de mariposas

Si se excluyen las mariposas de la categoría de los elefantes (criterio de la exclusión) no se logra explicar o entender lo que efectivamente es una mariposa. Ese sistema de minoría absoluta o de la situación irregular era un sistema de exclusión social y ética de niñas y niños considerados menores. Ahora, se

quiere saber cómo incluir, no se quiere excluir a niñas y niños en el mundo de las personas que conviven socialmente.

### 1.9. De las inclusiones y de la exclusión

Cuando se crean instituciones para excluir niñas y niños de la convivencia entre las personas (internados, intervenciones abusivas de la familia sobre las niñas y niños, abusos u omisiones de la empresa, de la escuela o del Estado, por ejemplo) se está tratándoles como menores, objetos de los adultos que se consideran mayores, y no como niñas, niños y adolescentes, sujetos sociales en sí mismos.

En la nueva visión, la sociedad se organiza por medio de mecanismos sociales que hacen de las niñas, niños y adolescentes, personas incluidas en el sistema de convivencia social, de educación, salud, deporte, cultura, esparcimiento, seguridad pública, justicia, trabajo, producción y consumo, entre otros. Incluidos en el sistema social, no por mera voluntad de los padres o responsables, o por la voluntad de una autoridad del Estado (que harían lo contrario si lo quisieran), si no, por lo que son en sí mismos, porque tienen una voluntad propia que pueden manifestar, y un sentimiento personal del mundo.

Eso quiere decir: que niñas, niños y adolescentes deben ser incluidos en el sistema de vida de una sociedad (convivir en familia, en comunidades y en sus relaciones de producción y consumo o con los poderes públicos) por el hecho relevante de que efectivamente son ciudadanos y por ende sujetos de derechos y de deberes. Dicho de otra manera, están incluidos en el sistema social de vida de las personas, no para ser ciudadanos en el futuro, sino por ser ciudadanos *aquí y ahora*.

### 1.10. El sistema de la protección integral

El cambio en ese modo de sentir y de pensar el mundo infantojuvenil, se debe a que se está construyendo un nuevo sistema para el siglo XXI y para el tercer milenio del cristianismo: el Sistema de Protección Integral a la Ciudadanía.

En él se quiere la protección de niñas y niños, no en instituciones para menores sino en el sistema multiparticipativo y abierto de la ciudadanía so-

cial, cuyos sujetos son ancianos, ancianas, adultos, adolescentes, niñas y niños. En ese sistema son sujetos y son ciudadanos.

#### 1.11. **Cómo actuar sin exclusión social**

Las personas que piensan y sienten según esa percepción, buscan integrar a todos, niñas, niños, adolescentes o adultos y ancianas, ancianos, en los mecanismos que llevan a los beneficios públicos de producción y consumo de bienes, de educación, salud, deporte, cultura, esparcimiento, seguridad pública, justicia, vida en familia y en comunidad. Se espera que, haciendo un esfuerzo, se trabaje por una sociedad que permanentemente combata toda forma de exclusión social. (En la vieja doctrina –asistencialista– se reclamaba por una sociedad justa para combatir la exclusión. En la nueva –dialécticamente– se debe combatir la exclusión social como camino para llegar a una sociedad justa.)

#### 1.12. **Estrategia**

Capacitar a quienes dirigen y ejecutan proyectos para ver a las personas como sujetos y capacitar a las personas para que se sientan y actúen como sujetos. En el caso de las niñas y niños, sentirlos y pensarlos como sujetos, significa dejar de sentirlos y pensarlos como objetos. En la mayoría de los casos, la vieja tradición induce a los adultos a ver a niñas y niños como objetos de sus decisiones y de sus manipulaciones. Y autoritariamente las autoridades públicas (legisladores al hacer leyes, ejecutivos al gobernar, jueces al juzgar) también contribuyen para mantener tradiciones que amenazan y violan los derechos de ciudadanía.

Si es así, construir un nuevo sistema para respetar la ciudadanía, significa crear una nueva tradición en la cual se alteran las antiguas tradiciones, hábitos, usos y costumbres que amenazan y violan derechos, esto significa, mantener las tradiciones que respetan los derechos éticamente reconocidos como exigibles.

Se describirá enseguida cómo se crean mecanismos sociales para efectivizar esas exigencias a partir de 1990, es decir, cómo crear mecanismos de exigibilidad de derechos, después de la Convención de 1989.

### 1.13. La dimensión social de la ciudadanía

El nuevo paradigma introduce la **dimensión social de la ciudadanía**. De todo lo dicho hasta aquí, es posible ya percibir que el cambio de paradigmas significa modificar la manera de sentir y pensar las cosas. Ejemplos:

1. Pensar y sentir al sol girando en torno a la Tierra.

2. O sentir y pensar la Tierra girando en torno al sol y a sí misma.

Pensar y sentir al Estado como sinónimo del gobierno de turno.

2. O pensar y sentir al Estado como la propia sociedad organizada en gobierno y los gobernantes como servidores del pueblo.

Pensar y sentir a niña y niño como extensión de los padres y del Estado (los jurisperitos romanos dirían hoy: pensar a la niña y niño socialmente, como personas *alieni juris*).

2. O sentir y pensar a la niña, niño (y al adolescente) como sujetos en sí mismos (los romanos dirían hoy: pensarlos a ellos como personas sociales *sui juris*).

### 1.14. La nueva democracia participativa

Ese cambio de paradigma lleva a un importante cambio de percepción en la condición ciudadana: dejar de pensar y sentir la democracia como mero proceso de representación del pueblo (democracia representativa), y pensar y sentir la democracia como un doble proceso de representación y de participación. Esa es la nueva democracia participativa, que las personas construyen

en el día a día de sus vidas rumbo a la ética del nuevo milenio. Quién no participa, no aprende a participar, exactamente como niña, niño que no marcha o no habla no aprende a marchar y a hablar.

Pocas veces las personas tienen oportunidad de avanzar en un cambio tan significativo en la historia de la humanidad. En quinientos años de historia, controlando la sociedad, los Estados latinoamericanos y del Caribe (herederos del autoritarismo europeo de España, Portugal, Inglaterra y Francia) han negado participación. Han negado el aprendizaje de participar. Porque no se participaba, en esos países, históricamente no se aprendió a participar.

Ahora, cómo aprendo a hablar, hablando; a marchar, marchando; a nadar, nadando. Los ciudadanos de esos países aprenden a participar participando. Hay que crear programas que induzcan y estimulen la participación. En el nuevo paradigma, el sujeto aprende a ser sujeto siendo sujeto (no objeto) desde el nacer, hasta el morir, pasando por la organización social que el ciudadano aprende a organizar... organizando, en el esfuerzo de ser feliz. Aprende a esforzarse... esforzándose. Hay técnicas para ayudar a las personas en eso. Se aprende a utilizar técnicas en las prácticas de la vida... utilizando técnicas en las prácticas de la vida.

### 1.15. Dosificar libertad y autoridad

La *dimensión social de la ciudadanía* significa poder participar de la creación del control de las reglas que dosifican la libertad y la autoridad en el medio en que uno vive. En ella, la persona es sujeto de un proceso de organización social, haciendo lo que está a su alcance o lo que le gusta hacer (arte, deporte, pedagogía, liderazgo...) practicando lo que se propone hacer. Ese control de reglas que dosifican autoridad y libertad se alcanza mediante técnicas jurídicas de última generación que son investigadas en varios países latinoamericanos en los últimos diez años del siglo.

La dimensión social de la ciudadanía prevé canales de participación, con comités, programas, clubes de jóvenes, madres y padres o vecinos, grupos de estudio, asociaciones diversas en suma, Organizaciones No Gubernamentales, conocidas como ONG, y Consejos de participación previstos en las nuevas legislaciones que van multiplicándose en el Brasil, Perú, Guatemala, Costa Rica, Venezuela, Ecuador, Argentina... países que en quinientos años no ha-

bían sido educados así, cuando fueron tutelados por las Coronas europeas y por los gobiernos autocráticos que les han sucedido.

La dimensión social tiene que ver con los derechos y los deberes, tiene que ver con los límites entre autoridades de las madres y los padres y libertad de las hijas e hijos; autoridad de los docentes y libertad de alumnas y alumnos; autoridad de autoridades públicas o privadas y libertad de los ciudadanos y viceversa. Y así sucesivamente.

Ejerciendo la dimensión social de la ciudadanía, se aprende que, socialmente, todo ejercicio de alguna autoridad encuentra su límite en la libertad de alguien (eso vale incluso para autoridades ilegítimas, como en las relaciones entre jefes de bandas y bandoleros, jefes de pandillas y ladrones, jefes del tráfico y traficantes). Piense en las niñas y niños metidos en esa relación educativa hacia la anticiudadanía en el tráfico, en las bandas o pandillas, en Nueva York, Caracas o Río de Janeiro.

En contrapartida, se aprende que todo ejercicio de libertad encuentra su límite social en la autoridad de alguien. Esto vale para ancianas, ancianos, adultos, adolescentes, niñas y niños (incluso en la anticiudadanía donde, la libertad del ladronzuelo está limitada por la autoridad del jefe de la pandilla o viceversa).

Se aprende a dimensionar esas relaciones, buenas o malas, dimensionando, en cada instante de la vida, las relaciones continuas entre autoridad y libertad. Para los juristas del nuevo paradigma, ese es el mundo de las nuevas relaciones jurídicas que ahora se amplían y se perfeccionan en la interdisciplinariedad. En ella, el jurista aplica su ciencia como parte de un conjunto transdisciplinario en el cual él, como jurista, tiene en cuenta la ciencia de los otros.

#### 1.16. El proceso alternativo

Cuanto más personas existan para corregir violaciones de los derechos de la ciudadanía, tanto más se alcanza la *dimensión social de la ciudadanía* y se crea un *proceso alterativo* (no confundir con alternativo) que es el proceso en el cual los ciudadanos alteran, cambian, transforman hábitos, usos y costumbres, tradiciones, principalmente jurídicos, de las comunidades. La regla fundamental: mantener la tradición que garantiza y alterar la tradición que viola

derechos. Esto se aplica para legisladores, jueces, administradores gubernamentales y no gubernamentales, para asuntos públicos o privados.

Comunidades que no organizan, ONG, no viven la dimensión social de la ciudadanía. Voy a repetir: *comunidades que no crean o mantienen muchas ONG, no viven la dimensión social de la ciudadanía*. Son estas las que permiten la intermediación entre el ciudadano y el Gobierno del Estado (en el ámbito municipal, provincial o nacional). Son las ONG –preocupándose con el nuevo paradigma de la niña y niño– que desarrollan esas percepciones. Individuos aislados jamás logran alcanzar ese objetivo de dimensión social.

Son las organizaciones no gubernamentales, formales o informales, que desarrollan en las personas, esos modos de sentir y de pensar hacia nosotros mismos y hacia los demás, como sujetos en un mundo de derechos y de deberes. En un mundo de autoridades y de libertades que permanentemente se chocan, se generan conflictos y solamente se armonizan en la dialéctica (en el choque entre contrarios) de la convivencia social.

No debemos olvidar que una ONG, una Organización No Gubernamental puede ser formal –con personería jurídica– o informal, organizada como club de madres, padres, maestras y maestros, asociación de barrio o de vecinos, comité, grupo de estudio o centro de intereses locales, entre otros.

### 1.17. La tradición y la ética

Si se quiere una ética nueva, hay que apartarse de las tradiciones que crearon los vicios de la sociedad en la cual no se perciben las personas como sujetos. Y se debe mantener las tradiciones que ayudan a vivir mejor; con equidad, respeto al prójimo y equilibrio entre derechos y obligaciones. Sin programas organizados para ese fin, jamás nos apartemos de las tradiciones que vulneran derechos.

¿Por qué se reafirman cosas tan obvias? Porque muchas personas rechazan la nueva ética, con el argumento de que ella entra en choque con la tradición en que fueron acostumbrados a vivir: Vivir según tradiciones que irrespetan la ciudadanía, que irrespetan a los sujetos, que irrespetan derechos humanos. La práctica indica que, donde no se respetan derechos de adultos, ancianas y ancianos, tampoco se respetan derechos de niñas, niños y adolescentes.

### 1.18. Los derechos y la convención de la niñez

Todavía está en moda el concepto de globalización, como fenómeno económico-financiero. Sin embargo, se ha tenido, en el Siglo XX, una globalización progresiva en relación con la niñez, primero con la Declaración de Ginebra en 1924, después con la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y finalmente, con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Globalización imperfecta en su construcción histórica, puede y debe ser perfeccionada.

### 1.19. La imperfecta globalización

Después de 1924 se vivió la gran crisis financiera mundial de 1929, que destruyó las economías capitalistas, seguida por la Segunda Guerra Mundial y la Guerra Fría entre el capitalismo y el comunismo. De los escombros de 1945 han surgido las convicciones para la Declaración de los Derechos de la Niñez de 1959.

En los siguientes treinta años, la Declaración ha sido muy hablada y nada cumplida. A los países ricos les parecía arrogante, y a muchos todavía les parece, que tratar de derechos del niño era cosa de subdesarrollados. A su vez, a los países pobres les parecía, y a muchos todavía les parece y con criterio subdesarrollado, que el mundo de los derechos de la niñez solamente es posible en países ricos y con una madura organización social.

Ahora con la Convención de 1989, que no es una Declaración, sino un compromiso de efectividad de la vieja América Latina se procura aprovechar la oportunidad para hacer de ese esfuerzo de efectividad una palanca para el desarrollo. Es decir, la idea ahora no es esperar desarrollar para después hablar de garantizar derechos, no. Se procura crear estructuras sociales que trabajen por la garantía de los derechos como estrategias para alcanzar el desarrollo sostenible, aquel que se sostiene a sí mismo mediante la formación de recursos humanos como motor del progreso de los pueblos.

### 1.20. Aprender a desarrollarse

Nadie con sentido común diría que se enseña al niño a hablar o marchar, para que *después* él comience a hablar o marchar. Él aprende a hablar... ha-



blando; a marchar... marchando; a nadar... nadando. En el ámbito social, niñas, niños, adolescentes y adultos, aprenden a participar... participando. Aprenden a desarrollarse... desarrollándose.

Un sujeto pedante diría que, en ese caso, *la sociogénesis copia la ontogénesis*, que a su vez ya ha copiado *la filogénesis*. Se aprende a ser sujeto y ciudadano, siendo sujeto y ciudadano. Se aprende a vivir normas de conducta, viviendo normas de conducta. El mismo pedante ahí diría, en ese caso, que *la nomogénesis* (creación de la norma de conducta *dentro* del sujeto) también copia la *ontogénesis*, que copia... etc.

### 1.21. Las sociedades autoras de la ley

Este texto se escribe antes del año 2000. En este final de siglo y de milenio (o de inicio, según la perspectiva del lector), asistimos a comunidades que, aprendiendo a movilizarse, están movilizándose, para crear las normas que deben ser asumidas por las personas para cambiar el patrón de relación entre la ley y la niña y niño; la familia y la niña y niño; la escuela y la niña y niño; el adulto y la niña y niño; y así en adelante.

La movilización es desigual entre individuos, grupos, ciudades, regiones o países, pero existe. El autor de estas líneas es testigo personal (y colaborador para su honor) de los esfuerzos que se hacen para eso en República Dominicana, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Bolivia y otros países latinoamericanos.

Basta decir que, si las comunidades no se movilizan, la creación del nuevo sistema queda perjudicada y el cambio no ocurre. Vale el principio: Se aprende a cambiar de paradigma... cambiando el paradigma.

En 1990, la primera sociedad en engendrar ese proceso de cambio fue el Brasil, país que hoy es un laboratorio vivo de los éxitos y de las equivocaciones en la aplicación de las normas constantes de la Convención. Después de cuatro años de discusión (pública y extendida), la sociedad brasileña (por intermedio de Organizaciones No Gubernamentales) aprobó y llevó al Congreso Nacional el nuevo Estatuto que considera niña o niño al ciudadano hasta 12 años de edad cumplidos, y adolescente al ciudadano entre doce y dieciocho años.

En el Brasil, propuestas extremas (exceso de rigor o blandura que contrariaban el justo equilibrio) no fueron aprobadas. Por eso, todo extremista

está inconforme con el Estatuto del Niño y del Adolescente en dicho país. El Estatuto busca el equilibrio. Solamente es radical en combatir amenazas y violaciones de derechos. Lo mismo pasa en los otros países o, en cada país, en los municipios, cantones, departamentos o provincias, con relación a las leyes bien construidas que reglamentan la Convención.

### **1.22. Ciudadanía social, civil y política**

Existe hoy una intención ética de que niñas, niños y adolescentes sean ciudadanos bajo el punto de vista social. Esos ciudadanos sociales van adquiriendo la ciudadanía bajo los puntos de vista civil (firmar contratos, por ejemplo) y político (votar o ser votado para la conducción del Estado) en edades posteriores, según la madurez que van logrando. Se entiende que eso sea moderno, adecuado conveniente y ético.

Es preciso tener mucho cuidado cuando se dice que niños son sujetos plenos de derechos. En el nuevo paradigma, niñas y niños son sujetos plenos de derechos sociales. No son sujetos plenos de derechos civiles o políticos, pues no los pueden ejercer en su plenitud. Los derechos sociales, que son derechos humanos a la vida, a la educación, a la cultura, al esparcimiento, a la no-discriminación, a la dignidad, a la libertad, etc., los niños los pueden y deben ejercer personal y plenamente. Si ellos son amenazados, pueden ejercer por sí mismos el derecho a la acción (social, administrativa o judicial). Hay un principio jurídico que dice que a todo derecho, corresponde una acción que lo asegura. Quien no tiene derecho a la acción, en verdad no tiene derecho a derechos.

El primer grado de madurez social se tiene al nacer (salvo enfermedad, se está listo para actuar recíprocamente en nivel social); otros grados de madurez social se adquieren en la experiencia biológica y psicológica infantojuvenil; es la experiencia cotidiana, que se asume admitiendo como propias, normas de conducta. Varios grados de madurez civil y política se ganan, según criterios convenidos en la ley de cada país. Dicho de otra manera: la capacidad social es dada por la naturaleza humana; las capacidades civil y política son dadas por las convenciones humanas.

A partir de una madurez social, que se funda en la genética, en la biología, en la psicología humanas, las leyes de cada país fijan las convenciones

para tener madurez civil y política. Lo que se requiere es que esas convenciones no sean arbitrarias o ficcionales; por ejemplo: es ficción decir que todo empieza a los dieciocho o a los dieciséis años. Como dicen los que hablan en bajar imputabilidad de dieciocho para dieciséis o catorce años. Sin embargo, además de fundadas en el sentido común, deben ser fundadas en el conocimiento sociológico, biológico, pedagógico, psicológico que se tiene del complejo proceso de desarrollo humano. De ahí la idea de la interdisciplinariedad.

### 1.23. La convención firmada por los países

Niñas, niños y adolescentes con derechos reconocidos, tienen que ver con los cuatro compromisos asumidos por los países al firmar la Convención Sobre los Derechos de la Niñez de 1989. El caso del Brasil fue muy peculiar, al contrario de los demás países, los brasileños fueron los primeros en poner los principios de la nueva ciudadanía infantojuvenil en su Constitución (1988) y después firmaron la Convención (1989). Sin embargo, al constitucionalizar la materia, sabían que iban a firmar la Convención en el año siguiente e iban a construir, participativamente, su Estatuto, lo cual se ha visto que, democráticamente, se aparta de los extremos y solamente es radical en la defensa de los derechos de todos: de ancianas, ancianos, de adultos, de adolescentes y de niñas y niños.

### 1.24. Los cuatro compromisos internacionales

Todos los países, a excepción de dos, han firmado la Convención. El que firma la Convención reconoce que amenaza y viola derechos: todos los países del mundo, en el texto de la Convención que firman, *reconocen que amenazan y violan derechos*. Por eso, éticamente, tal signatario se compromete a adoptar medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos. Esas medidas son de cuatro tipos: 1. Educativas (para ancianas, ancianos, adultos, adolescentes, niñas y niños); 2. Sociales (movilización de comunidades); 3. Administrativas (eficiencia y eficacia); y 4. Legales, para que familias, comunidades y gobierno aseguren la efectividad de los derechos de la niña, niño y del adolescente. Las medidas legales son apenas una tercera parte de los compromisos, que son cuatro.

### 1.25. De derechos y de obligaciones

Quien tiene derechos, automáticamente tiene deberes. Incluir niñas, niños y adolescentes en el mundo del Derecho (como sujetos de Derecho, o en otras palabras, como sujetos jurídicos) los transforma en sujetos de derechos y de obligaciones. Ese reconocimiento está en la base transdisciplinar de la Convención.

Es un grave error de paradigma pensar que en el proceso de formación de una niña o niño se le inculque el sentir y el pensar de que es dotado de derechos (aquello que puede exigir de los demás) sin inculcarle el pensamiento y el sentimiento de que es dotado de deberes (aquello que los demás, a empezar por padre y madre, hermanos y amigos pueden y deben exigir de él).

El término exigir puede parecer excesivo, pero no lo es. Si reflexionamos sobre su significado, vamos a ver en él, lo que las personas esperan unas de las otras en el límite de la relación social, desde que nacen. Ya al nacer, el bebé exige ser cuidado y amamantado, gritando. En el proceso de la educación aprende los límites al grito.

### 1.26. ¿Qué significa jugar?

Inculcar en el niño los límites al grito implica respetar su derecho de jugar. Jugar para el niño es el medio de ejercer la capacidad de relacionarse consigo mismo, con el mundo y con la sociedad de la cual es parte y donde, progresivamente, pasa a madurar. El niño hace madurar a la sociedad que lo respeta. Es jugando, que él se hace sujeto en el mundo de la ciudadanía.

### 1.27. Ser víctima y hacer víctima

Cuando se da prioridad al niño y al adolescente en la relación social se está procurando compensar su distancia social con los adultos (niños son sujetos más débiles o física, psicológica o éticamente, aunque completos como sujetos). Esa prioridad es debido a la niña, el niño y al adolescente, tanto cuando son víctimas de alguien, como cuando transforman a alguien en víctima. La Convención prevé que cada sociedad, cada país, cada Estado, debe crear normas para actuar en cada caso, buscando siempre nuevos hábitos, usos y cos-

tumbres. Toda nueva sociedad se caracteriza por nuevas relaciones sociales que a su vez se constituyen de nuevos hábitos, usos y costumbres.

Hay que tener cuidado al argumentar con la tradición. No olvidar nunca que en el nuevo paradigma (que es ético y transformador) se debe mantener la tradición que garantiza y alterar la tradición que viola derechos de todos, porque todos se perciben incluidos en el mundo de la ciudadanía.

Bajo cualquier punto de vista (genético, psicológico, social, jurídico, etc., incluso del sentido común) no es correcto afirmarse en el paradigma, que niñas, niños y naturalmente adolescentes son absolutamente irresponsables. En el nuevo paradigma, niñas, niños y adolescentes responden por sus propios actos según su grado de desarrollo (de discernimiento, de capacidad natural o cultivada de percepción ética), ya que es respondiendo que se aprende a responder. Hay técnicas para ayudar a las personas en eso.

La práctica dice que de los profesionales, los juristas son los que más fuertemente son formados en el paradigma tosco de la minoría absoluta, aquella que dice que el niño solo va a responder por su conducta... después de los dieciocho años u otra edad arbitraria y ficcional cualquiera. Muchos sienten dificultad en entender cómo, refinadamente, el mundo del Derecho debe adaptarse, normativamente, a la circunstancia de que niñas, niños y adolescentes maduran fluida y constantemente, aunque de manera desigual, para muchos aspectos de la vida en sociedad.

También es difícil para muchos entender que el Derecho para ser eficaz (lo ineficaz no es Derecho) debe acompañar, digitalmente, los microcambios del sujeto que dinámicamente... se hace sujeto. En lenguaje supermoderno, esos microcambios de carácter social, corresponden al proceso de digitalización (*byte* por *byte*) que aprendemos a identificar en el mundo electrónico, informático, cibernético.

Los sujetos no maduran intempestivamente, en aquel segundo que precede los dieciocho años, los dieciséis (para los que hablan en rebajar imputabilidad, por ejemplo) o los veintiún años, no. Se trata de una maduración constante y progresiva de sujetos biológicos, psicológicos, sociales, éticos y jurídicos de derechos y obligaciones. De ahí, la importancia de la idea de transdisciplinariedad en el pensar y en el sentir niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas o hacen víctimas.

### 1.28. Los recursos de las comunidades

El Estatuto brasileño del niño y del adolescente, primero (1990), y la Ley de otros países después, pasan a hablar de la destinación privilegiada de recursos para la protección de amenazados y violados en sus derechos, cuando alguien es victimado o hace víctima. Comunidades (modestas u opulentas) pueden movilizar recursos humanos, técnicos y materiales. Son cuatro los compromisos que los pueblos asumen con *la Convención*: 1. Educar; 2. Movilizar; 3. Administrar; 4. Legislar. La ley es apenas una cuarta parte de los factores que garantizan los recursos.

A continuación se señala un ejemplo extremo y muy eficaz para demostrar cómo se cumplen esos cuatro compromisos en comunidades que tradicionalmente se juzgaban por sí mismas y eran juzgadas por los otros, como incapaces de resolver ciertos problemas: Los municipios del Estado del Ceará en el Brasil, de los más pobres del país, bajarán la mortalidad infantil a los mejores niveles brasileños, para esto, ONG del Ceará movilizaron recursos humanos, madres de familia y grupos de vecinos; utilizaron como recurso técnico el aprendizaje de lavar las manos para no contaminar los alimentos, hacer el suero casero (agua, sal y azúcar) y filtrar agua; transformaron en recursos materiales los medios de transporte simples de la comunidad (el burro, la bicicleta, etc.) y su capacidad histórica (heredada de los ancestrales indígenas) de construir vasijas de barro, para hacer filtros; usaron como recurso legal el Estatuto del Niño y del Adolescente.

El pueblo del Estado del Ceará, por intermedio de su Gobernador, recibió en Nueva York un premio internacional por ese ejemplo de efectividad. Efectividad es el concepto utilizado dieciséis veces en el texto de la Convención para que entendamos que el compromiso ahora no es el de hablar de derechos, sino el de practicar derechos. A continuación de este relato se verá cómo se pasa de las palabras a los actos.

### 1.29. El Estado no es el Gobierno

Se vive todavía en una época en que las sociedades formadas por ancianas ancianos, adultos, adolescentes, niñas y niños se organizan en Estados. Sin embargo, cuando las personas hablan del Estado, suelen estar pensando en

el gobierno. Cuestión de paradigma: El gobierno no es el Estado. Es solamente una parte del Estado. El Estado es la propia sociedad jurídica, política y administrativamente organizada. Hay técnicas (modos de hacer con eficiencia), que pueden ser aprendidas, para garantizar la participación de las personas en las decisiones que se refieren a los problemas de las comunidades, de las familias y del mundo infantojuvenil, en un *Estado fuerte* protector de los derechos humanos.

### 1.30. La omisión y el abuso

El primer recurso es de naturaleza conceptual: es pensar el mundo del Derecho, como el mundo de las reglas de la ciudadanía. Las reglas de la ciudadanía son las reglas de la convivencia social: la convivencia entre padres, madres hijas e hijos, entre profesoras, profesores, alumnas y alumnos, y entre autoridades y ciudadanos, además de la convivencia de las hijas e hijos entre sí, y además de los unos con los otros.

En este texto se ha tratado sobre el mundo del Derecho, el mundo jurídico, el mundo de los derechos y de los deberes (de las obligaciones) como el mundo en que las personas que viven en sociedad procuran equilibrar el ejercicio de la autoridad con el ejercicio de la libertad. En ese mundo, el desequilibrio existe cuando hay abuso u omisión de la autoridad o de la libertad. El desequilibrio es la regla. El equilibrio es inestable. Sociedades humanas son realidades inestables que buscan su equilibrio entre autoridad y libertad, corrigiendo permanentemente los desvíos de abuso y de omisión en la búsqueda de reglas de conducta.

### 1.31. Los dos polos

Muchos médicos, psicólogos pedagogos, sociólogos, periodistas, juristas se esfuerzan para que, al final del Siglo XX y en el inicio del Siglo XXI, se dé el necesario cambio de paradigma. Esto se hace teniendo en cuenta que el mundo del Derecho tiene dos polos: uno, los que perciben o aprenden a percibirlos o no a los demás como sujetos. Otro, de los que se perciben o aprenden a percibirse o no como sujetos. La cuestión pasa por todas las disciplinas de la ciencia del hombre, es interdisciplinar, se forma en la interacción de las

disciplinas, se transdisciplina, yendo más allá de la mera posibilidad de que cualquiera de las ramas del conocimiento pueda agotar la materia.

### **1.32. Cambio en la agenda jurídica**

Para un jurista en esa materia, cambiar la agenda significa: sentir y pensar el ámbito jurídico como aquel en que la norma legislada viene desde fuera de las personas, al mismo tiempo en que es esencial que venga desde dentro de las personas. El jurista debe incorporar en su agenda ese esfuerzo por la norma que viene desde dentro, él, que en el Siglo XX se había especializado solamente en lo que viene desde fuera. Ese proceso de ida y venida, de doble vía, de constante dialéctica es esencial para que las personas sean percibidas (desde fuera) como sujetos y se perciban a sí misma (por dentro) como sujetos.

### **1.33. ¿Qué son servicios públicos?**

No se puede pensar y sentir niñas, niños y adolescentes como sujetos de Derecho sin tener en cuenta el papel que juegan los servicios públicos. Es decir, los servicios que son del interés público, del bien común. Privados son, los que defienden el interés de particulares. Entre los cuatro compromisos de los que firman la Convención, está el de adoptar medidas sociales. Para pueblos que se acostumbraron a gobiernos autoritarios y paternalistas, la principal medida social ahora es transformar la percepción que las personas tienen del Estado.

En la nueva percepción (aunque tradicional, ella misma no siempre correctamente entendida en las sociedades maduras bien organizadas) el Estado es la propia sociedad que se organiza para resolver sus problemas. Por tanto, servicios públicos, que son los ejecutados hacia el bien común y no a los intereses de particulares, son ejercidos por Organizaciones Gubernamentales (OG) y por Organizaciones No Gubernamentales (ONG).

### **1.34. Nuevas estructuras de participación**

En América Latina, todos los países sensibles a la nueva percepción, preparan sus estructuras de participación social, según el nuevo paradigma. Algunos



(Colombia, Ecuador, Venezuela, Argentina) han cometido equivocaciones, pero están incorporándose a la nueva concepción después de fuertes movimientos de participación comunitaria. Pioneramente, en el Brasil con su Constitución de 1988 y con su Estatuto de 1990, los servicios y programas públicos para niñas, niños y adolescentes y apoyo a familias; son planificados, ejecutados y controlados por organizaciones gubernamentales (OG) o no gubernamentales (las llamadas ONG). Para aclarar lo expuesto, los interesados podrán leer, cuidadosamente, los pioneros artículos 227, 7; 204, II de la Constitución y 86,88, II y 90 del Estatuto brasileño.

### **1.35. Prioridad en la atención**

Servicios públicos planificados, ejecutados y controlados por OG o por ONG deben atenerse a las normas de prioridad en la atención a niñas, niños y adolescentes, si quieren ser éticos, justos y responsables. Servicios de educación, salud, deporte, cultura, deben adaptarse a la prioridad. Inadaptados, el Estatuto brasileño tiene reglas (artículos 208 y siguientes) para forzarlos a eso.

Eso significa que los municipios deben aprovechar sus ONG o crear nuevas ONG para desempeñar papeles en servicios de orientación y apoyo a familias, vecindades, grupos, personas, etc., donde la atención al nuevo paradigma de la niña, niño y del adolescente sea prioritaria. Fallando la prioridad, estas organizaciones de la comunidad van al Estatuto y en él procuran los mecanismos que permitan efectuar la precedencia y la prioridad no cumplidas. Cada país debe crear su conjunto de reglas eficaces para ese fin.

### **1.36. Leyes semejantes para garantizar idénticos derechos**

Criterios éticos internacionales y nacionales, formalmente adoptados por los países, definen que todo niño y adolescente, como persona humana, debe estar a salvo de cualquier forma de discriminación, negligencia, opresión, violencia y crueldad. Esto, si queremos ser éticos, justos y responsables. Si no lo queremos, leyes de la misma naturaleza del Estatuto son adoptadas en distintos países para corregir el desvío.

Como los sistemas de los países latinoamericanos eran idénticos o muy parecidos unos con los de otros, las nuevas leyes también serían semejantes,

porque tienen como base la Convención, que es un conjunto de compromisos comunes a todos. Esto significa lo siguiente: esos países deben desarmar un sistema muy parecido entre todos y por ende, estructurar nuevas bases también semejantes. Observar bien: semejantes, no idénticas, deben atenerse a las peculiaridades locales.

### **1.37. Normas programáticas y operativas**

En el Estatuto brasileño, el Libro I (artículos 1 a 85) es la parte programática; el Libro II (86? 267) la operativa. El libro II dice: como ciudadanos y autoridades actúan para corregir omisiones y abusos que amenazan y violan derechos previstos en el Libro I.

Exigibilidad y eficacia dependen de 1. Educar; 2. Movilizar; 3. Administrar; 4. Legislar. Si queremos efectividad, tanto el Estatuto, como las leyes de otros países que lo han sucedido, dependen de educación comunitaria, movilización (por intermedio de ONG), administración (técnicas de eficiencia y eficacia).

### **1.38. La parte programática de la garantía de derechos**

Las leyes nacionales deben contener reglas escritas para corregir omisiones y abusos que siempre existen, estadísticamente son normales, amenazan y violan derechos de niñas y niños en familias, escuelas, comunidades, servicios públicos, empresas, etc. Para que sepamos cuáles son las situaciones en las que se amenazan y violan derechos, la ley describe cuáles son las situaciones en que los derechos son garantizados.

Esta es la parte de la ley que contiene normas programáticas. Es aquella que describe lo que es exigible, es decir, describe la situación deseable para que las desviaciones reales de omisión o abuso sean identificadas y corregidas. Programáticamente se hace explícito cómo se va a exigir las formas de garantizar el derecho a la vida, a la alimentación, a la salud, a la educación, al deporte, a la cultura, a la nacionalidad, al nombre, a la dignidad, así como el derecho de no ser maltratado, ni víctima de negligencia, discriminación, violencia u opresión.

Ciertos sectores sociales, ignorantes del nuevo paradigma en el Brasil y en los otros países, critican esa parte programática. Dicen que ella manifiesta una cosa y en la realidad ocurre lo contrario. Ejemplo: Programáticamente, las niñas y niños tienen derecho a la vida, a la salud, a la educación, etc. En la práctica, niñas y niños mueren, quedan sin vacuna o están fuera de la escuela. Para esos sectores la ley es absurda, utópica, romántica, o hecha por irresponsables. Dicen que se está construyendo en América Latina leyes suizas para pueblos subdesarrollados.

Hay el compromiso para efectivizar esos derechos, cuando el país firma la Convención sobre los Derechos de la Niñez de 1989. La parte programática de la ley (en el Brasil, el Libro I, artículos 1 a 85) define el rumbo jurídicamente exigible (niña y niño, vacunado, en la escuela, etc.), para que se puedan caracterizar los desvíos (niña y niño muriendo, no vacunado, no educado).

Delante del desvío, la segunda parte de la ley, en el Brasil (el Libro II, artículos 86 a 267) como en un menú, dice cuáles son los ingredientes que la ciudadanía puede reunir para obtener efectividad, es decir, transformar los desvíos de omisión o de abuso en uso de la norma correcta (tener niña y niño vivo, con salud, educación, etc.). En el caso del adolescente victimario, tener, un programa socio-educativo adecuado. Esos ingredientes tienen que ver con los compromisos que son mencionados dieciséis veces en el texto de la Convención: educar y movilizar comunidades (creando ONG) y adoptar providencias administrativas gubernamentales y no gubernamentales correctas.

### 1.39. OG y ONG

Materializando el nuevo paradigma, la Constitución brasileña ha introducido por primera vez el principio del Estado Participativo. Rompió con la tradición del Estado meramente representativo. Introduce normas programáticas y operativas para una nueva tradición participativa, que debe ser construida con las ONG participando de la ejecución y también de la formulación de la política pública. Cuando habla de participación (artículo 204, II) la Constitución del Brasil, quiere decir que en la política de Estado (el todo) el Gobierno es una parte y las ONG son otra parte (la participación ocurre entre partes de un todo) para formular la política de los derechos del niño (artículo 227, párrafo 7).

Asociaciones, clubes, gremios, fundaciones, etc. deben representarse en los Consejos para definir cómo niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a la vida con salud, educación, cultura, dignidad, cultura, dignidad, y cómo adolescentes infractores tendrán programas socioeducativos para el mundo de la ciudadanía apartándolos del mundo de la anticiudadanía. Es decir, la norma legal crea reglas para que socialmente, los que quieren participar tengan la seguridad jurídica de la participación. Si alguien les niega el derecho de participar, ellos tendrán en los tribunales, nuevos instrumentos para hacer valer esa regla de la democracia participativa.

De ahí, la importancia del concepto y de la práctica de los derechos difusos. Solamente se pueden garantizar derechos potenciales (difusamente distribuidos en las comunidades) si el sistema creado en la Ley contiene mecanismos para forzar a las autoridades públicas a hacer cosas que garanticen derechos y dejar de hacer cosas que los violan.

En la organización social de las comunidades los derechos difusos se garantizan por intermedio de competentes ONG. En la organización administrativa, mediante consejos de participación bien estructurados; en la organización judicial (no confundir con jurídica) por intermedio de tribunales comprometidos con el paradigma de la ciudadanía social.

#### **1.40. Anticuerpos para la defensa de la ciudadanía**

En esa concepción de estructura social no se habla de derechos de la niña, niño y del adolescente, sin pensar y sentir la sociedad por intermedio de organizaciones representativas, controlando el Estado junto con el gobierno de turno. De otra manera, los gobiernos controlan en Estado, como siempre lo han controlado. La novedad es que ahora los gobiernos deben compartir eso con las comunidades potencialmente amenazadas o violadas en sus derechos que, mediante ONG protagonizan el control en Consejos Públicos correctamente reglamentados.

#### **1.41. Para alterar la tradición jurídica**

América Latina crea hoy una consistente inversión del tradicional control (autocrático) del Estado sobre la sociedad. En el nuevo paradigma, los anti-

cuerpos para la defensa de la ciudadanía están tanto en la leche materna, como fuente de vida y de salud, como en los Consejos que formulan la política social de forma participativa. Para víctimas y para victimarios.

## SEGUNDA PARTE

### II. El Victimado

#### 2.1. El victimado y el victimador

En el mundo de la ciudadanía, la práctica, explicada por una boba teoría, dice que todo equilibrio social es inestable. Cada individuo quiere defender sus intereses personales que pueden ser egoístas, altruistas, virtuosos o no. Los intereses en juego entran en conflicto, porque cada persona es un sujeto autónomo y peculiar en su identidad.

En el choque de los intereses de los individuos, en la familia (entre padres e hijos), en las comunidades (entre adultos y jóvenes), en las escuelas (entre profesores y alumnos), en las políticas públicas (entre servidores y usuarios), en las empresas (entre patrones y empleados; entre empresarios y consumidores), algunos se tornan víctimas y victimados por alguien, mientras que otros, queriendo o no, victiman a sus semejantes.

Ese es el escenario donde se ejerce los derechos y los deberes, o como quieren algunos, los derechos y las obligaciones. Ancianas, ancianos, adultos, adolescentes, niñas y niños son los actores de ese complejo juego de inestabilidad social. Por eso, cuando firman la Convención, todos los países, en el texto del preámbulo, reconocen que en su territorio se amenazan y se violan derechos.

El resto es crear y mantener un sistema de protección integral a la ciudadanía con mecanismos rápidos y justos para atender al victimado y saber qué hacer con el victimario. Se tratará a continuación sobre las propuestas para la organización de ese sistema a partir del siglo XXI; con prioridad para la niña, el niño y el adolescente.

## 2.2. ¿Qué es ser víctima en el nuevo sistema?

En el paradigma de la ciudadanía, ser víctima es ser amenazado o violado en los propios derechos, desde luego se percibe que hay grados de victimación. Discriminar, negar vacuna en la política de salud o matrícula a niñas y niños en una escuela pública son formas de victimar. Maltrato en la familia o fuera de ella, dejar de proveer recursos en el repuesto público también lo son. Muchas formas de exclusión social de familias y niños en la atención a las necesidades básicas humanas son las más preocupantes violaciones de derechos o formas de victimación de la ciudadanía.

## 2.3. Atención contra malos tratos

En la concepción de protección integral a la ciudadanía, como ya se vio, gobernados y gobernantes coparticipan de la formulación y del control de la política de Estado. Nuevas instituciones son creadas para que el control de la garantía de derechos sea permanentemente movilizado mediante mecanismos innovadores.

Tradicionalmente, todo caso de maltrato a niñas y niños quedaba en el ámbito del Poder Judicial, única instancia que tenía el poder de dictar lo que era de derecho, y hacer el control de las omisiones (desvíos para el lado del dejar de hacer) y de los abusos (desvíos para el lado del hacer en exceso). El Brasil innovó, acompañado por Perú, Guatemala y Costa Rica (Venezuela y otros países preparan también su sistema), creando una nueva institución representativa de las propias comunidades y con poderes de decisión. Ese es el proceso de desjudicialización de cuestiones que pueden ser resueltas en otras instancias que no sean la vía judicial, pues esta es cara, lenta y llena de complejas formalidades.

Ahora, en Brasil, toda sospecha y toda confirmación de malos tratos deben ser obligatoriamente comunicadas al Consejo Tutelar de la localidad. El Consejo Tutelar lo conforman cinco personas, escogidas por las comunidades. Juntas, forman un nuevo tipo de autoridad pública de cada municipio del país. Estamos aquí en la esfera de construcción de un nuevo sistema, una nueva tradición: nuevos hábitos, usos y costumbres. En el Brasil muchos municipios cometen error, al no percibir el nuevo paradigma crean el Con-

sejo Tutelar como si él fuera un órgano asistencial, cosa que, en su concepción jurídica, institucional y administrativa, no lo es. Asistenciales son los programas de protección y los programas socioeducativos. El Consejo Tutelar es un órgano para cambiar paradigmas.

#### 2.4. El Consejo Tutelar

En el Brasil, el Consejo Tutelar es una autoridad pública municipal formada por cinco personas que asumen cerca del ochenta por ciento de los casos que eran atendidos por otra autoridad pública, antes estatal, el antiguo juez de menores. La función de atender a personas amenazadas y violadas en sus derechos, se organiza mejor en el ámbito municipal. Decisiones que antes eran jurídicas, jurisdiccionales (jurídicas ampliadas por un juez), ahora son jurídicas administrativas (jurídicas aplicadas por una autoridad administrativa, el Consejo Tutelar). Quien viola la fuerza jurídica del Consejo Tutelar, paga multa.

En los centros urbanos mayores y más complejos, este órgano puede ejercer en la práctica, la interdisciplinariedad. En el caso brasileño puede estar formado, como ejemplo, por un abogado, un psicólogo, un pedagogo, un asistente social y un administrador, los cinco en conjunto forman una autoridad con poderes administrativos para apuntar soluciones (con fuerza legal) en casos de amenazas o violaciones de derechos de niñas, niños y adolescentes.

Ese Órgano que en el Brasil se llama Consejo, en otros países se llama Junta (Guatemala) o Comité (Costa Rica), o Defensoría (Perú), o Servicio (Bolivia). En los municipios más pequeños ese Órgano estará conformado por personas sin la exigencia de especialización técnica, pero que entrenados, podrían solucionar problemas según el nuevo paradigma y con respeto a las idiosincrasias locales.

#### 2.5. Pensarse y sentirse sujeto

Como ciudadanos bajo el punto de vista social (no necesariamente bajo el punto de vista civil y político), niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la libertad, al respeto y a la dignidad. Se asegura eso cuando se piensa y siente a niñas, niños y adolescentes como sujetos y cuando los ayudamos a pensarse

y a sentirse sujetos. Hay técnicas (desarrolladas por el autor) para organizar programas con ese objetivo.

En el nuevo paradigma, sujeto es lo acreedor de conductas debidas por los demás y deudor de conductas aceptadas por sus semejantes. Además de las técnicas sociológicas, psicológicas, pedagógicas, de dinámica de grupo y comunicación social, existen las técnicas jurídicas aplicables en ese esfuerzo por la garantía de derechos. Es ahí que los juristas logran ampliar su agenda en la construcción del sujeto jurídico.

## 2.6. Los tres niveles de la garantía de derechos

Antes se hablaba de familias, de personas, de niñas y niños en situación de riesgo personal o social. Algunos todavía hablan de este modo. Cuando se discutía el Estatuto brasileño, se llegó a la conclusión de que ese concepto de situación de riesgo es eufemístico e inservible para la organización de un sistema de protección integral a la ciudadanía. Uno de los anteproyectos del Estatuto llegó a incorporar ese concepto de riesgo, pero fue abandonado.

El concepto es eufemístico a causa de que se consideraba en situación de riesgo por ejemplo, a las niñas y los niños que viven en la calle, que no frecuentan escuela, que son explotados por adultos, bandas o pandillas. En el nuevo paradigma, esas niñas y niños no están en situación de riesgo, ahora están excluidos del sistema correcto de protección a la ciudadanía que es la protección integral.

El concepto de situación de riesgo es inservible porque lo que se debe preguntar es si esa persona está o no amenazada o vulnerada en un derecho que es inviolable. Si se dice que la persona vive *un riesgo*, no se reconoce que esa amenaza o violación existe, que es actual, real y no un mero riesgo. El riesgo no es de quien es amenazado o violado, sino de quien amenaza y viola. En el paradigma de la protección integral, el riesgo es el de responder por omisión o abuso (y de corregir el error).

Tres son los niveles de garantía de derechos: El nivel individual, el colectivo y el difuso. El individual corresponde a omisiones o abusos para con individuos. El colectivo se da cuando la perjudicada es una colectividad (un aula en una escuela, un grupo específico de niños, los miembros de una familia, los empleados de una fábrica). El difuso cuando, de omisiones o abu-



sos, resultan daños potenciales a comunidades, cuyos perjudicados no pueden ser individualizados inmediatamente.

Antes, el mundo del Derecho sólo disponía de mecanismos para la solución caso a caso. Era como si el sistema solamente lograba ver árboles donde había un bosque. El Estatuto brasileño y el Código del Perú hasta el momento son los únicos en América Latina que ya contienen reglas para movilizar o accionar mecanismos sociales específicos que resuelven amenazas o violaciones de derechos también colectiva y difusamente, en el caso de niñas, niños y adolescentes. El proyecto de la ley venezolana, en 1997, también lo prevé.

Otros países estudian la innovación. Esas modernas normas jurídicas que tratan de los derechos difusos y preparan el nuevo milenio para resolver complejos problemas en el campo de la educación, de la salud, de la defensa del consumidor, del medioambiente y de la niña, el niño y el adolescente. Son normas de un nuevo Derecho elaborado no para mantener, sino para alterar tradiciones amenazadoras y violadoras de derechos.

## **2.7. Familia y comunidad**

En la vieja política para menores se sacaban a la niña o niño de la familia y de la comunidad para internarlo en una institución (institución para menores) vivir en familia y en comunidad, es un derecho. Así lo disponen la Convención de la ONU, la Constitución Federal y el Estatuto en el Brasil, así como las demás leyes latinoamericanas. Las OG y las ONG deben adaptarse a esa nueva exigencia ética. Es antiético e ilegal aislar a la niña o niño de familia propia o sustituta y de la comunidad. Pero hay el viejo hábito de instituciones que se han especializado en sacar niñas y niños de sus ambientes para confinarlas en instituciones cerradas. Ese hábito debe cambiar... ese cambio se logra creando o perfeccionando ONG conscientes.

## **2.8. Orientación y auxilio a la familia**

Les toca a las instituciones no gubernamentales (ONG) y a las gubernamentales (OG) planificar, ejecutar y controlar programas de orientación y apoyo a las familias naturales o sustitutas, por adopción, tutela o guarda; para crear, asistir

y educar a los hijos, movilizando recursos humanos técnicos, materiales y financieros para no llevar niñas y niños a instituciones violadoras de derechos.

Es deber del Estado apoyar a la familia. Sin embargo, no se debe confundir Estado con Gobierno. El Estado apoya a las familias cuando, en conjunto, organizaciones del gobierno local y organizaciones no gubernamentales, formulan la política de atención a las familias y controlan los programas existentes para ese fin. Cuando en el Brasil, los gobiernos solitariamente formulan la política y determinan lo que las comunidades deben hacer, se está manteniendo la vieja tradición de que las comunidades no participan sino se subordinan a la política pública. Y el gobierno de turno discrimina a familias que no quieren proteger, por razones partidistas, ideológicas o de otra índole.

Todavía existe en el país entidades creadas para excluir niñas y niños de su medio social, llevándolas para internados. Según la Convención y el Estatuto, se espera que, en adelante, ellas se capaciten para crear, conducir y multiplicar programas de orientación y apoyo sociofamiliar, utilizando las nuevas técnicas que se desarrollan últimamente. Esta es una de las más urgentes providencias para que ONG acompañen los mecanismos sociales que hacen desarrollar el nuevo sistema creado en el Brasil para el niño y el adolescente.

Ese fortalecimiento de las familias sería la forma moderna, contenida en el Estatuto, de atender, caso a caso, las violaciones de derechos de niñas y niños, en una perspectiva de derechos colectivos y difusos. La técnica es crear programas que ofrecen a las familias orientación y apoyo pedagógico, psicológico, asistencial, de capacitación para el trabajo y, en el Brasil, hasta financiero, con los diferentes tipos de programas de renta mínima a las familias. Eso se hace cuando la ausencia de orientación y apoyo a familias multiplica constantes amenazas y violaciones de derechos en las comunidades.

## **2.9. El Estado tutor de derechos, no de personas**

En el viejo modelo (que persiste en ciertas mentalidades y sistemas) se entendía que el Estado tutelaba la persona de niñas, niños y adolescentes, llamados menores, cuando los padres no podían ejercer esa tutela. Ese era el modelo en que niñas, niños y adolescentes no pasaban (no pasan) de objetos

de la voluntad, de las madres, padres o de autoridades públicas. De no ser un sujeto en sí mismo, el niño era (sigue siendo) una extensión de la voluntad de sus madres y padres y de la voluntad de quien representa al Estado. Se desprecia así la voluntad de la niña y el niño en sí misma.

Algunos países, como Costa Rica y Argentina, han creado hace décadas instituciones estatales, denominadas patronatos para ejercer arbitrariamente el poder de tutela pública de niñas y niños. Por eso, continúan siendo en algunos casos, enviados a instituciones del Estado, las que contratan instituciones privadas o religiosas que se prestan a eso, para que la burocracia ejerza el papel que debe corresponder a madre y padre, a un tutor, o a un guardián.

Además del patronato, después de los años 20 del siglo XX, el que pasó a ejercer legalmente esa tutela arbitraria, usando el proceso inquisitorial, fue el juez de menores. Cumpliendo órdenes del juez, burocracias del Ejecutivo pasaran a tener la custodia del menor. Inexistía así la individualidad del niño en la impersonalidad deshumanizada de las burocracias públicas o privadas al servicio del Estado interventor.

De ese modelo se dio entonces el proceso inverso de lo que fue anteriormente mencionado: Donde las autoridades del Estado necesitan ver árboles individualizados (sujetos) con necesidades y problemas propios, ellas ven el bosque de las colectividades de niñas y niños, llamados menores, en masa deforme, que la burocracia absorbe en sus tramas tentaculares. El sistema resulta perverso, deshumano e intensamente violador de todos los derechos, como el de convivir en familia y en comunidad y los derechos a la libertad, a la intimidad, a la dignidad, a la no-discriminación y así en adelante.

La nueva propuesta ética es transformar el sentir y el pensar de las personas. De ahí, el compromiso internacional de la Convención; de ahí las leyes de cada país y los procesos de educación comunitaria, movilización y la administración correcta de programas. Se reconoce entonces que el Estado no tiene el derecho de pretender *tutelar personas*, pero sí, de tutelar *el derecho* que reconocemos a las niñas, los niños y adolescentes *de sentirse y ser tratados como sujetos y ciudadanos*. Así está en el Estatuto brasileño y en las leyes de otros países latinoamericanos, algunas de ellas con problemas técnico-jurídicos en su concepción y en la práctica del día a día, que no se detallará para no apartarse del objetivo de este texto.

### **2.10. El derecho a la familia sustituta**

El derecho a la familia sustituta existe, para asegurar convivencia comunitaria a la niña y al niño que no tiene familia o cuya familia amenace o viole de forma implacable a sus demás derechos fundamentales. Ejercer este derecho evita que se excluyan niños y niñas de la convivencia social sana, poniéndolos en instituciones que históricamente amenazan y violan los derechos que hoy son legalmente exigibles.

### **2.11. Los programas de colocación familiar**

En el Brasil deben ser organizados y registrados (Estatuto, 90, III) en los municipios los programas de colocación familiar para guarda, tutela y adopción por parte de OG y ONG. Ellos evitan la vieja costumbre de institucionalización. Antes, se judicializaba el caso y después el equipo del juez ejecutaba el programa. Ahora, desjudicializando la solución, los casos son estudiados en el programa, controlado por el Concejo Municipal de los Derechos del Niño. Este selecciona, registra y prepara a los adultos que se disponen a ser guardianes o tutores o a adoptar a niñas, niños o adolescentes.

Además orienta a los candidatos a guardianes, tutores o adoptantes en los aspectos pedagógico, psicológico, jurídico, etc., para que las peticiones sean llevadas al juez (Estatuto, 148, párrafo único [a] y [b] y 165 y siguientes) para cambiar la condición de la patria potestad. Eso significa, si fuera el caso, trasladar la patria potestad o algunos de sus atributos –como la guarda– de padre y madre para terceros.

### **2.12. La desjudicialización y el rol del abogado**

Tales programas visan a la desjudicialización de antiguas funciones ejecutivas de la judicatura. La nueva función del juez o del juzgado es decidir peticiones y sus incidentes, aunque muchos equipos de lo judicial en el Brasil, manteniendo el antiguo paradigma, continúan ejecutando tales programas, como hacían en el viejo Derecho. Existen pues equipos o juzgados que no quieren ajustarse al nuevo paradigma. En este caso, solamente buenos abogados consiguen revertir la arbitrariedad practicada. Debemos pues capacitar a aboga-

dos en esa nueva rama de la ciencia, de la técnica, de la práctica, de la ética jurídica.

### **2.13. La importancia de la guarda y de la tutela**

Ya conocemos la importancia de sustituir el Estado que tutelaba a la persona de la niña o niño, por un Estado que tutela los derechos de esa niña o niño. Y que eso debe ser providenciado en el municipio, descentralizándose las funciones que antes estaban concentradas en gobiernos nacionales o regionales.

### **2.14. La guarda y el rol del abogado**

En esa estrategia, el antiguo sistema de sacar a la niña o el niño del medio familiar y de la comunidad, para internarlo en una institución, debe ser sustituido por un sistema que ponga a la niña o el niño bajo la autoridad de una persona y no de burocracias gubernamentales o no gubernamentales. Ese acto de colocar al niño bajo la autoridad de una persona se hace mediante la guarda y de la tutela.

Sin embargo, sacar a una niña o un niño de la guarda de su padre, madre o de familia extendida (hermanos, tíos, abuelos, etc.) es un acto grave, que sólo debe ser practicado en casos extremos y siempre bajo el control jurídico de un buen abogado encargado de defender los derechos del niño. En el nuevo paradigma, el Estado garantiza el buen abogado, si la familia no tiene condiciones autónomas de contratar a uno. El Estatuto prevé, en Brasil, la presencia del abogado.

En pocas palabras, la guarda es un atributo de la patria potestad, ejercido por padre y madre. Sin embargo, se puede colocar a un niño bajo la autoridad (la guarda) de un tercero que pasa a criar, asistir y educar a esa niña o niño. Eso se hace, por medio de una medida jurídica, garantizada la defensa por un abogado bien entrenado y manteniéndose la patria potestad del padre o de la madre. La tutela consiste también en ese poder de criar, asistir y educar, pero con la suspensión de la patria potestad.

Las dos medidas visan a buscar el mejor interés para la niña o niño, considerando que, de ser suspendida la patria potestad, la tutela es más fuerte a

causa de que el tutor tiene, además de la guarda, otros poderes de administración de los bienes de su pupilo (el tutelado). En el caso de la guarda, que es provisionalmente ejercida por un extraño: el guardián, la patria potestad no es suspendida hasta que sea otra vez asumida por ambos padres, o por uno de ellos, o por nuevos padres, mediante la adopción. Eventualmente, la persona guardiana puede transformarse en tutor o padre (madre) por adopción.

La guarda, por tanto, además de legalizar la tenencia de una niña o niño, debe ser una medida breve, destinada a la regularización de los casos de tutela o adopción; para atender situaciones emergentes; o suplir eventuales faltas de los padres. Aunque extendida en el tiempo (en abrigo, por ejemplo) ella es provisional. Notar que el dirigente del programa de abrigo en el Brasil y en la República Dominicana es equiparado al guardián para todos los efectos de derecho (Estatuto 92, párrafo único). Sin embargo en ninguno de esos dos países, personas e instituciones han sido preparadas para agotar las posibilidades de esa norma. Se llega al absurdo de un juez cambiar la guarda sin que el abogado de la niña o niño se manifieste, sin que haya defensa de sus derechos.

#### 2.15. Incentivos fiscales a la guarda

Para garantizar el derecho de la niña y el niño a la convivencia familiar y comunitaria, la Constitución brasileña prevé la adopción de *incentivos fiscales* a los que tomen bajo su *guarda* niñas, niños y adolescentes. Los municipios celosos deben crear programas de colocación familiar y, además, del incentivo en el impuesto sobre la renta federal, que ya existe en Brasil, deben prever otros incentivos en su política social, incluso con recursos del Fondo Municipal del Niño y del Adolescente.

#### 2.16. Los dependientes del guardián en el régimen de abrigo

La *guarda*, incluso en régimen de abrigo (artículo 92, párrafo único del Estatuto) hace de la niña, niño y del adolescente *dependiente* de su guardián para todos los fines de derecho, incluso en el *impuesto sobre la renta* y en la *providencia social* (Estatuto, artículo 33, párrafo 3). Programa en régimen de abrigo autoriza por tanto a colocar niños bajo la responsabilidad de un guar-

dián, para recibir beneficios de la seguridad social, y no para someterlas a instituciones masivas.

El Brasil, con ser laboratorio vivo de aplicación de los principios de la Convención Sobre los Derechos del Niño, aún está por desarrollar toda la potencialidad del régimen de abrigo instituido por su Estatuto, para niñas, niños y adolescentes. En el régimen de abrigo (Estatuto, 90, IV) se coloca bajo la autoridad de un guardián, un grupo de niñas y niños que pasan a vivir en una casa hogar. Son dependientes de ese guardián.

### **2.17. El régimen de abrigo**

Niña o niño que no puede vivir en una familia, debe ser abrigado. El responsable por el abrigo, régimen de grupo chico (casa hogar) es equiparado al guardián, para todos los efectos de derecho. Los que quedan bajo su guarda son sus dependientes legales. Brasil cambió. No quiere más instituciones masivas para niñas y niños. Una vivienda común, en una calle común, con guardián, evita la institucionalización masiva.

### **2.18. ¿Cómo abrigar?**

Antes, para abrigar a un niño llamado menor, lo importante era el papel, la autorización de la autoridad (el viejo juez de menores). Sin autorización, nada estaba hecho. Imperaba la burocracia. Ahora, lo importante es abrigar al necesitado, con plazo de 48 horas para comunicar a la autoridad competente (ahora el Consejo Tutelar). El Brasil cambió. En el nuevo régimen de abrigo, el rol del juez es cambiar la condición de la guarda, pues el control de la medida de abrigo es estatutariamente conferida al Consejo Tutelar. Sin embargo, muchos juzgados insisten en mantener el viejo asistencialismo jurisdiccional. Un buen abogado hace el control de ese abuso, en defensa de los derechos del niño alcanzando por esa violencia institucional.

### **2.19. No segregar**

La ley brasileña deja clara la necesidad de poner fin a las medidas segregadoras practicadas por muchas instituciones, que tienen como punto de partida la

retirada de la niña o niño del convivir familiar, en evidente violación del derecho a la convivencia familiar y comunitaria. Sin embargo, la mayoría de los municipios brasileños todavía no instalan el régimen de abrigo, que desarmaría la enorme máquina de internar niñas y niños. Esa es óptima para inicio del milenio.

#### **2.20. Fiscalización**

El acto de fiscalizar es un componente técnico del acto de administrar. En ese sentido, los programas son fiscalizados por órganos del Poder Ejecutivo. En cuanto a los derechos amenazados o violados (de Juan, Roberto, Eduardo, Mariazita, etc.) pueden fiscalizar el Ministerio Público, el Judicial y el Consejo Tutelar, según la competencia propia de cada uno. Le toca a la ciudadanía denunciar omisiones y abusos a cada instancia, según su atribución.

#### **2.21. Medidas de protección**

Las medidas de protección a la niña, niño y al adolescente son aplicadas por el Consejo tutelar que sus derechos fueran amenazados o violados en razón de la propia conducta infantojuvenil, por acción u omisión de –alguien– de la sociedad o del Estado o por falta, omisión o abuso de los padres o responsable. No confundir la propia conducta infantojuvenil que amenaza los principios derechos, con la que amenaza terceros.

#### **2.22. ¿Quién aplica las medidas?**

Las medidas de protección son aplicadas por el Consejo Tutelar, para que cesen las amenazas o violación de derechos sufridos por niñas niños o adolescentes. La medida de protección denominada colocación familiar (bajo las formas de guarda, tutela o adopción) es decidida por el juez a raíz de una petición hecha por los interesados. Ejecución y apoyo técnico administrativo a las medidas no son atribuciones de aquel que decide (Consejo Tutelar, Juez y equipo del juez que ayuda al juzgador a juzgar). Corresponde a la OG y a las ONG. El programa de colocación familiar en el viejo modelo venía solamente después de la decisión del juez. Ahora, si hay protección integral, viene



antes. Se hace el estudio social y se elabora una petición al juez para cambiar o no la condición de la guarda, de la tutela o de la patria potestad.

### **2.23. ¿Qué son medidas de protección?**

Son providencias administrativas para restaurar derechos amenazados o violados, tales como: encaminamiento a los padres; orden para orientación y apoyo temporario; orden para matrícula y frecuencia obligatoria en escuela; orden de tratamiento médico; inclusión al régimen de abrigo, etc.

### **2.24. Registro de nacimiento**

El Consejo tutelar debe regularizar el registro civil, cuando aplica medidas de protección. Tiene la potestad de registrar gratuitamente la partida de nacimiento (cuando ya existe el registro) y de provocar al Juez de la Infancia y de la Juventud para ordenar el registro, también gratuitamente, cuando aquel no existe. A los notarios es vedado posponer un sello de pobreza infamante y discriminatorio en el documento que certifica la partida de nacimiento, pero muchos de ellos así proceden sin que haya el control administrativo y jurisdiccional (que el Estatuto prevé) para ese tipo de abuso.

### **2.25. Protección a la familia**

Por la nueva regla de Derecho de la Niñez, la primera protección debe ser garantizada en la familia. Por eso, cuando una niña, niño o adolescente necesita de medidas de protección, sus padres serán los primeros en recibir cuidados especiales para ser fuentes de apoyo y de auxilio. Municipio que no organiza programas de orientación y apoyo a la familia también camina en la contramano de la historia.

### **2.26. La protección a la familia**

Quien firma la Convención Sobre los Derechos del Niño (Brasil la firmó en 1989) reconoce que la familia debe recibir especial atención de programas gubernamentales y no gubernamentales. Si el hijo tiene problemas, su desa-

rrollo armonioso dependerá mucho de una familia bien orientada. Municipio que no multiplica intensamente sus programas de apoyo a la familia, genera niños de la calle.

### **2.27. Desplazamiento del agresor por maltrato**

Si se comprueba que la niña, niño o adolescente es víctima de malos tratos, opresión o abuso sexual impuesto por los padres, debe ser protegido. Si recibe el caso según el artículo del Estatuto, el Consejo Tutelar puede provocar al juez de la infancia para determinar el desplazamiento del agresor de la morada común. Difícil es hacer la prueba. Lo mejor es atender primero, desde el inicio (sin judicializar), un programa de apoyo a familia, si es posible, por intermedio de un psicólogo y asistente social. En el viejo paradigma era común encontrarse una niña violada que para su protección era sacada de su casa (punida) e internada (privada de libertad, o sea punida otra vez). Hoy eso es inaceptable.

### **2.28. Dos ámbitos de la protección municipal**

En la norma brasileña, el control administrativo del derecho y del deber de la niña o niño es ejercido por el Municipio. En el ámbito macrosocial o ámbito colectivo de las políticas públicas, ese control es hecho por el Concejo Municipal de los Derechos de la niña, niño y adolescente; en el ámbito microsociales o individual de las personas amenazadas o violadas por el Consejo Tutelar. Municipio que no organiza los Concejos, no controla nada.

### **2.29. El control de los derechos en el Municipio**

Para cumplir la ética de la Convención y del Estatuto, el Municipio debe sustituir en ley las bases de su Política de los Derechos del Niño y del Adolescente y adoptar mediante programas bien elaborados medidas educativas, sociales y administrativas. Debe crear programas de protección para víctimas y programas socioeducativos para victimarios, apoyados por un Concejo Municipal, un Fondo Municipal y un Consejo Tutelar.

### **2.30. El Concejo Municipal y el Consejo Tutelar**

El Concejo Municipal de los Derechos del Niño y del Adolescente controla, si las políticas Públicas cumplen o no los principios éticos de la Convención y del Estatuto. El Tutelar atiende personas que fueron amenazadas o violadas en sus derechos.

### **2.31. Un Consejo de las comunidades**

El Consejo Tutelar representa la efectiva concretización de la participación de la sociedad en la defensa de los derechos de la niña, niño y del adolescente, se constituye en un órgano conformado por cinco miembros escogidos entre los ciudadanos, por las comunidades locales. Esa es una absoluta novedad, en un país en el cual históricamente los gobiernos de turno siempre nombraron servidores, sin hacer consultas a las comunidades.

### **2.32. Un órgano para decisiones rápidas**

El Consejo tutelar es un órgano de administración municipal. Atiende casos de niñas, niños y adolescentes amenazados o violados en sus derechos. Sus decisiones, con fuerza jurídica, son autónomas con relación a cualquier autoridad. A pedido del interesado, esas decisiones están expuestas a revisión judicial, cuando hay choque entre la decisión del consejo y lo que las personas quieren hacer.

### **2.33. Una equivocación a evitar**

Por equivocación, ciertas personas afirman que en materia de niñez, el Consejo Tutelar adopta medidas asistenciales y el juez de la infancia adopta medidas jurídicas. No. Ambos adoptan medidas jurídicas. El Tutelar, en el ámbito administrativo. El juez, en el ámbito judicial. Asistenciales son los programas de protección y socioeducativos.

#### **2.34. El Consejo no es asistencial**

Antes había un juez que decidía y una estructura asistencial que cumplía sus decisiones. Modernizando el sistema, el Brasil desjudicializó funciones de decisión, creando una autoridad administrativa que decide con fuerza jurídica. Esa autoridad es el Consejo Tutelar. En ese sistema, le toca al juez resolver conflictos entre partes, incluso cuando hay resistencias a las determinaciones del Consejo Tutelar.

#### **2.35. Recursos mínimos indispensables**

La ley de creación del Consejo Tutelar debe prever la dotación de recursos presupuestarios para mantenimiento de sus actividades: remuneración –si fuera el caso– despensas corrientes, transporte, comunicación, de local (de fácil acceso al público) y de horario de trabajo en la sede y fuera de esta, en los casos de emergencia. Sin embargo hay que poner atención: hay municipios que confunden la acción de ese Consejo con los Programas de Protección. Cuando eso ocurre, el Municipio transforma el Consejo Tutelar en programas de protección, y queda sin una autoridad que desjudicialice cuestiones que no deben golpear la puerta jurisdiccional. El Consejo Tutelar es aquel que desjudicializa y tiene competencia legal para resolver problemas jurídicos en el nivel comunitario, con fuerza administrativa.

#### **2.36. El PROCON de los niños**

El niño es como si fuera un consumidor de atenciones especiales. En la defensa de la ciudadanía del niño y de adolescente, el Consejo Tutelar tiene el mismo efecto del PROCON, órgano brasileño para la defensa del consumidor. Es también una vacuna contra los virus de la omisión, de la opresión, de la negligencia y de la violencia. Por tanto, cuidado: no se debe confundir el PROCON (proconsumidor) con la tienda que vende los productos que se necesitan.

### **2.37. No al sello discriminador**

Si se trata de defender el derecho violado, el Consejo Tutelar podrá registrar certificado gratuito de la partida de nacimiento o de óbito. Notarios no pueden posponer sello discriminatorio en esos certificados (¡diciéndolas gratuitas en función de pobreza!). La gratuidad no es por pobreza y sí por imposición del Estatuto. Discriminar es violar derecho. Aunque la gratuidad fuera por pobreza, el sello es infame.

### **2.38. Las comunidades escogen**

La selección de los consejeros tutelares es hecha por comunidades y no por el Alcalde, por el Concejo Municipal o Presidente de la Cámara, etc. Ningún municipio es una sola comunidad. Es un conjunto de comunidades que muchas veces entran en conflicto. Son ellas las que comparten la selección conducida por el Consejo de los Derechos del Niño. Seleccionados, los concejales son formalmente nombrados por el Alcalde, cumpliéndose las normas del Derecho Administrativo.

### **2.39. Diferencia fundamental**

El antiguo juez, a causa de tratar con menores incapaces, tutelados por el Estado, actuaba mediante el proceso inquisitorial. Era un inquisidor. El nuevo juez trata con ciudadanos socialmente capaces. Es un tercer imparcial, entre partes que lo provocan para juzgar conflictos. Si se lleva un caso fuera de su competencia, igual que a cualquier otro juez, éste debe declinar y no recibir casos que no le compete.

### **2.40. Nuevas competencias**

Parte de la competencia (jurídico judicial) del antiguo Juez de Menores ahora es de la competencia (jurídico administrativa) del Consejo Tutelar. Parte de lo que era jurisdiccional ahora es decidido en nivel administrativo. El nuevo Juez de la Infancia y de la Juventud, cuando recibe casos previstos en el artículo 136 del Estatuto, declina de su competencia y los envía al Consejo Tutelar.

#### **2.41. Nuevas competencias**

El Consejo Tutelar, como órgano administrativo municipal, al recibir casos previstos en el artículo 148 del Estatuto, declina, de su competencia administrativa y los envía para el Juez de la Infancia y de la Juventud de su localidad. Es decir, Juez y Consejo no hacen lo que quieren. Quieren lo que está en los límites de su competencia legal. Sin embargo, muchos jueces y promotores (fiscales) todavía insisten en ser jueces y fiscales no de niños, sino de menores. Insisten en ser inquisidores. Un buen abogado pone fin a eso.

#### **2.42. Un Juez fuerte y especializado**

Un país es fuerte cuando existen instituciones públicas fuertes. El nuevo Juez de la Infancia y de la Juventud debe ser fortalecido con perfeccionamiento y buena organización judicial. Es autoridad altamente especializada. Debe ser preparada para operar en un nuevo paradigma de la niña, el niño y del adolescente que son ciudadanos y sujetos de amplios derechos sociales. Servidores judiciales también deben ser capacitados para el nuevo paradigma.

#### **2.43. El equipo del Juez**

Al dejar de ser un inquisidor y un ejecutor, el Juez es hoy un tercer imparcial que delibera sobre medidas que a él le son pedidas y que son ejecutadas, por OG y ONG. Su equipo multidisciplinario lo ayuda a decidir, mantener, alterar o revocar medidas (no ejecutar), emitiendo pericias y pareceres; aconsejando, encaminando, previniendo. Sin embargo, repitiendo, muchos equipos todavía mantienen la compulsión de ejecutar e invaden la atribución de los programas que deben ser registrados y controlados en el Concejo Municipal.

#### **2.44. Beneficios fiscales y providencias**

Volviendo al guardián, él debe inscribir sus dependientes en régimen de abrigo en su sistema particular de providencia, incluso para la atención de salud. Debe también declararlos como dependientes en su declaración anual de rentas, lo que lleva al guardián, en Brasil, a recibir especiales beneficios

fiscales. Sin embargo, a causa de que las personas todavía no cambian su sentir y su pensar en cuanto a considerar a las niñas y niños como sujetos y ciudadanos, y los miran según el viejo paradigma, no se han dado cuenta de las potencialidades del régimen jurídico de abrigo para resolver problemas de amenazas y violaciones de derechos en la institucionalización.

#### **2.45. Una palabra sobre el derecho a la libertad**

En la democracia –siempre con restricciones habituales, usuales y de las costumbres o legales– ancianos y adultos tienen libertad de ir y venir, expresar sus opiniones, escoger su creencia, divertirse, participar de la vida social. En el nuevo paradigma, niñas, niños y adolescentes se incluyen en esa tradición. Sin embargo, el derecho a la libertad de una niña o niño no es igual al de un adolescente, lo cual, a su vez, es diferente a la de un adulto.

En el Brasil de hoy, muchos se olvidan que, socialmente, el límite de toda libertad es el límite del ejercicio de alguna autoridad. Y viceversa. Niñas, niños, adolescentes y adultos están socialmente sujetos a autoridades y a límites diferentes en su libertad, por ejemplo: la sumisión a la patria potestad, a la obligatoriedad escolar y al reglamento de la escuela.

Quien no percibe esos límites afirma, como ciertos juristas brasileños, que el Estatuto de su país otorga libertad ilimitada a niñas, niños y adolescentes. En el nuevo paradigma es fácil percibir que la niña, niño y adolescente tiene derecho al uso de la libertad, jamás al abuso, como también nadie les puede imponer la omisión de su derecho a la libertad. Igual para las madres, padres y las profesoras y profesores, de quien no se puede aceptar la omisión y el abuso en el ejercicio de su autoridad.

#### **2.46. Una palabra sobre exclusión**

Muchos de los incluidos (los habitantes) en sociedad, son excluidos de los beneficios generados por el conjunto de la sociedad. Es por esa exclusión por la que debemos preocuparnos: con la exclusión del sistema que garantiza derechos, a pesar de que la víctima está dentro del sistema que produce riquezas. Eso es perverso. El Estatuto y los sistemas que lo han sucedido son conjuntos de reglas para luchar contra esas formas de exclusión.

## TERCERA PARTE

### III. El victimario

#### 3.1. La infracción criminal

Al tratar a la niña, niño o al adolescente como victimarios, tenemos que referirnos a los intereses de las personas cuyo entredicho lleva a inevitables conflictos en la familia, en la escuela, en las políticas públicas, en las empresas y en la organización de las comunidades. De esos conflictos nacen víctimas y victimarios, que pueden ser ancianas, ancianos, adultos, adolescentes, niñas o niños. Cuando el victimario amenaza o viola bienes (intereses) expresos en la ley como la vida, la libertad, la dignidad, la honra, el patrimonio y otros de igual importancia, se dice que el victimario ha practicado un delito o un crimen.

Crímenes o delitos son graves conductas humanas definidas en la ley. La Ley criminal. No hay delito sin ley que lo defina. No existe delito de persona. Todo delito es de conducta de persona. Cada país debe prever, en la ley, el qué hacer con adultos, adolescentes, niñas y niños, que practican esas conductas (infracciones de la ley criminal). La retribución de la sociedad a tal conducta infraccional consiste en llevar al infractor a hacer cosas en el futuro para compensar el desequilibrio que ha promovido en el pasado con su conducta. La retribución de la sociedad puede servir también para prevenir nuevas conductas dañinas del mismo, o de otros infractores.

Hurtar, robar, violentar, matar son actos (son conductas) graves, cuando son practicadas por ancianas, ancianos y adultos o por adolescentes, niñas y niños. Muchos quieren involucrar la retribución a esos actos con un componente pedagógico. Algunos quieren infringir al victimario, el mismo mal que ha causado a la víctima. Otros pretenden que la retribución sirva para disuadir nuevos delitos. Otros quieren un castigo riguroso. Hay los que desean cambiar la conducta del infractor (que algunos creen posible mediante la prisión, otros por medio del tratamiento, de mecanismos pedagógicos o por intermedio de la religión). Es difícil, con la ley del Estado, satisfacer a todos, porque a cada objetivo de esos, corresponde una filosofía, una ética,



una doctrina y una metodología propia. Sin embargo, la ley debe adoptar algún criterio.

### 3.2. Niños y adolescentes, victimarios

Hay crimen cuando hay daño a los bienes o a los intereses de alguien, (definido en la ley: matar, robar, hurtar, etc.) teniendo en cuenta el vínculo entre la voluntad y la conducta del victimador. Si la persona no domina la voluntad (por enfermedad o falta de desarrollo psíquico), ella no practica un crimen (o delito). Practica el acto de matar, robar, hurtar, etc., pero falta el elemento psicológico esencial, falta la problemática manifestación de la voluntad para que el acto típico (el acto descrito en la ley como delito) sea considerado... delito (o, usando una perífrasis: sea infraccional a la ley que define el delito).

Las soluciones varían cuando la persona que practica el acto típico (matar, robar, hurtar, etc.) es un adolescente, una niña o niño. Unos quieren que respondan como adultos. Otros, –los minoristas– afirman que niños y adolescentes hasta diecisiete (o quince años), once meses y veintinueve días, veintitrés horas, cincuenta y nueve minutos y cincuenta y nueve segundos son irresponsables (no responden). Equidistante de esas soluciones, a la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1989 prevé que deben responder no como adultos, sino como niña, niño o adolescente. Cada país define a partir de cuándo.

Al firmar la Convención, cada país asume el compromiso (artículo 4) de adoptar medidas públicas retributivas que merezcan castigo o punición solamente si la niña, niño o el adolescente acusado de haber practicado un acto típico (definido en la ley como crimen) fuera declarado culpable por autoridad o juez imparcial, con amplio derecho de defensa. Puede ser culpable quien goza la capacidad de ser responsable por sus propios actos. Quien firma la Convención (artículo 40) también se compromete a definir la edad a partir de la cual una niña o niño es culpable de practicar delito.

Hay dos formas de definir esa edad: en la primera, la ley de cada país dirá que la edad será aquella en la que un examen caso a caso reconozca que la niña o el niño tiene capacidad de discernimiento (ese es el criterio del discernimiento que los países anglosajones lo utilizan). La segunda establece una edad presumida (criterio de la presunción). Pero mucha gente confunde

las condiciones personales para que alguien sea responsable y culpable (cosa que tiene que ver con el pasado de la persona acusada) con el tipo de retribución a ser adoptada en cada caso (cosa que tiene que ver con el futuro, tanto en la situación del adulto, como en la del adolescente, de la niña o niño).

### 3.3. Imputabilidad

Imputar quiere decir atribuir algo censurable o que involucra en la censura a alguien. Yo puedo atribuir un crimen a alguien, si esa persona tiene discernimiento. Es decir, si es capaz de distinguir lo cierto de lo errado, tiene condiciones de actuar según esa distinción y de responder por sus actos. Quiere decir, yo imputo o atribuyo un crimen (un acto infraccional a la ley criminal) a alguien, cuando imputo o atribuyo a ese alguien dos cosas: 1. Práctica de un acto dañino definido en ley; 2. La responsabilidad por ese acto. En ese caso, a ese mismo alguien a quien atribuyo la práctica de un delito (a que atribuyo un acto infraccional criminal llamado crimen o delito), puedo atribuir una medida retributiva que no necesita ser la misma o de la misma naturaleza que la impuesta a adultos, a niñas, niños o adolescentes dotados de discernimiento.

Con el nuevo paradigma definido por la Convención se pasa a diferenciar la circunstancia de ser responsables (lo que tiene que ver con el pasado del imputado), de la circunstancia de recibir una medida retributiva (cosa que tiene que ver con el futuro). El adulto puede ser responsable y recibir una medida retributiva más punitiva que reformadora o pedagógica. También puede, si es adolescente, ser responsable y recibir una medida retributiva más pedagógica que punitiva. Y así en adelante.

Nótese que tanto adolescentes como adultos... son responsables y por lo tanto... culpables e imputables. No hay razón, por tanto, para hablar en bajar edad de imputabilidad o responsabilidad. Para ser honesto, hay que hablar de bajar o elevar la edad para meter o no al infractor adolescente en la cárcel, en la jaula, en la exclusión.

### 3.4. Terminología técnica

Para un médico, un hueco en la barriga es Laparatomía. Para un jurista brasileño, un adolescente no comete un crimen, practica un acto infraccional de la ley criminal. Un juez, en el Brasil, al condenar a un adolescente, aplica una medida socioeducativa. Para ser delicado, el médico no le dice al paciente: “Voy a hacerte un hueco en tu barriga”; le dice a él “Voy a hacerte una laparotomía”.

Para ser delicado, el jurista no dice: “Voy a aplicarte una pena”; dice: “Voy a aplicarte una medida socioeducativa”. Rimbaud ha dicho a los veinte años: “Por delicadeza perdí mi vida (observe... a los veinte años...)”. Sea en el Brasil o en otros países, lo importante es que también por delicadeza no se comentan injusticias. Las convenciones que suavizan los términos para fines técnicos, no deben falsear verdades. Si el adolescente está preso, no se puede decir que es para protegerle... es para proteger a la sociedad.

### 3.5. ¿Qué son medidas retributivas?

Los juristas se han habituado a medidas retributivas que solamente hieren, reprimen y desagradan. Los educadores saben que se cambian conductas o actitudes retribuyendo positivamente (premiando, estimulando, orientando, corrigiendo, protegiendo) o negativamente (castigando, poniendo, reprimiendo). En el nuevo paradigma, la medida socioeducativa para adolescentes victimarios es una tentativa de la combinación de ambas. La protección para niñas o niños victimarios también son medidas retributivas.

A la niña o niño, la sociedad brasileña le retribuye con una medida jurídica administrativa de protección. Medida administrativa quiere decir que no se trata de una medida judicial. Habrá siempre en el aire una pregunta que las personas éticas siempre hacen o es conveniente, o justo, que hagan. ¿El sistema de retribución a los adultos y a los adolescentes debe ser de puro castigo, o debe incorporar un componente socioeducativo?

### 3.6. Abrigo e internamiento

Antes, en el Brasil como en otros países, se internaban niñas y niños para proteger a la sociedad de los males que ella misma había creado. Hoy, ética

y jurídicamente, solo se internan adolescentes en el Brasil para proteger la sociedad de adolescentes culpados de ciertas formas de agresión. En la práctica por inexistencia de jueces y promotores de justicia preparados, o de abogados competentes, en muchos lugares del Brasil todavía se internan niñas, niños y adolescentes, violando los derechos mínimos previstos en la Convención.

Internar es sinónimo de privación de libertad; es sinónimo de prisión. También hay casos en que no se priva de libertad, cuando en verdad la situación amerita tal rigor.

Si el juez no lo declara culpable, el adolescente no puede ser internado, ni puede ser llamado infractor porque no hay crimen de persona: persona infractora en sí misma, hay crimen de personas que han practicado una conducta infractora. Hoy en Brasil se abriga (no se interna) a la niña o niño dándole un hogar, con la guía de un guardián, si es imposible protegerlo en una familia. Esa norma también es violada en muchos tribunales brasileños por no estar preparados o por intención explícita de jueces y promotores de justicia y por ausencia o descalificación de abogados.

### **3.7. Inimputabilidad**

Se puede atribuir (imputar) una conducta censurable y por lo tanto culpable (cosas que tienen que ver con el pasado) a alguien. En este sentido, todo adolescente sano es imputable, se puede atribuir (imputar) una pena (cosa que tiene que ver con el futuro) a alguien. En este caso, en el Brasil, el adolescente es inimputable. Para la Constitución brasileña, al adolescente imputable se le debe atribuir (cosa que tiene que ver con el futuro) una medida socioeducativa, no una pena. Muchas personas, aunque juristas (perdidos en las palabras), todavía no han entendido el nuevo paradigma, lo que lleva a desvíos en la práctica de los tribunales o en la ejecución de las medidas socioeducativas, en el Brasil.

### **3.8. La imputabilidad**

En el Brasil, el adolescente al cual se imputa una conducta delictiva (matar, hurtar) y se le imputa la responsabilidad por esa conducta, será preso en de-

pendencia especial, procesado por el promotor de justicia y juzgado por el juez. Responde por lo que hizo. El niño preso por la misma imputación, quedará en familia o en abrigo a la disposición del Consejo Tutelar para recibir una medida retributiva llamada medida de protección. Como cualquier otra norma de conducta, esa también puede ser violada por omisión o abuso. En el Brasil, en ese caso, hay omisión cuando los Consejos Tutelares no cumplen su atribución con competencia y con celo. Hay abusos, y en la práctica los hay, cuando jueces insisten en decir esos casos, la atribución judicial en esa materia debe restringirse al adolescente que infracciona, no a la niña o niño, que es del Consejo Tutelar.

El artículo 105 del Estatuto dice que, al acto infraccional practicado por una niña o niño (cero a doce años), retribúyase con medidas de protección aplicadas por el Consejo Tutelar y no con cárcel, jaula o exclusión. En caso del adulto, este responde delante de un juez criminal y la retribución puede ser una pena, muchos interpretan a esa pena como cárcel, jaula y exclusión.

### 3.9. ¿Qué es la responsabilidad?

Es la condición de responder por las consecuencias éticas del propio actuar. La ley define el mínimo ético exigible de las personas. Adultos y adolescentes son responsables en el Brasil delante de un juez (el juez criminal o el juez de la juventud). Ambos son imputables. A los dos se les atribuyó (se les imputó) un acto condenable. A ambos se les imputó la responsabilidad por ese acto. A los dos se les va a atribuir (se les va a imputar) medidas retributivas, desagradables y restrictivas (pena para uno y medida socioeducativa para el otro).

En esas circunstancias, no hay que hablar de bajar imputabilidad, que tiene que ver con el pasado, y ambos (adulto y adolescente) la tienen; en condiciones normales ambos entienden el carácter perjudicial del acto cometido y son capaces de determinarse según ese entendimiento. Hay que hablar honestamente del tipo de medida a aplicarse en el futuro. Pero muchos en el Brasil, incluso juristas, hablan en bajar el nivel de la edad de imputabilidad, en vez de, lógicamente, hablar del tipo de medida que debe ser aplicada a adolescentes que infraccionan, lo que sería más honesto.

### **3.10. Niña, niño, adolescente y Policía**

Si a un adulto, a un adolescente, a una niña o niño no se le puede imputar un acto delictivo, ellos no son casos de Policía en el Brasil, si sucede lo contrario ellos lo son. Presos, serán encaminados, uno a la autoridad policial que lo tratará como adulto; otro a la autoridad policial, que lo tratará como adolescente; otro a un responsable que lo conducirá al Consejo Tutelar. En los tres casos detener no quiere decir maltratar, pero sí restringir la libertad para algún tipo de retribución social. Si al detener, la autoridad del Estado maltrata, está practicando abuso de poder.

### **3.11. Flagrantes**

En el caso de flagrantes adolescentes que ocasionen grave amenaza o violencia a la persona, en el Brasil, la autoridad policial deberá registrar un documento de aprehensión (nombre técnico para ese tipo de prisión); oír a los testigos y al adolescente; aprehender los instrumentos de la infracción y requerir exámenes periciales necesarios. Todo eso es para ayudar al promotor (fiscal) y al juez en la búsqueda de la verdad. Esa verdad permite defender la sociedad del infractor y rehabilitarlo si es posible.

### **3.12. La prisión**

Cuando aprehende (el Estatuto es delicado y dice: cuando aprehende) al adolescente, o cuando lo recibe preso, el Delegado de Policía puede presentarlo al Promotor de Justicia o entregarlo a sus padres o al responsable para que lo presente. La presentación es para que el Ministerio Público decida si inicia o no el juzgado. Esa aprehensión, o prisión, es un acto retributivo desagradable, pero necesario a la seguridad pública.

### **3.13. Objetivo del juicio**

Para que no seamos falsos y eufemísticos debemos dejar claro que el adolescente no es juzgado para su protección; es juzgado en defensa de la sociedad. Tiene derecho a plena defensa para probar que no es culpable. En el Brasil,

si culpable, el juez aplica una medida que es cumplida por un programa socioeducativo inscripto y controlado por el Concejo Municipal de los Derechos del Niño y del Adolescente, en defensa del bien común. En el nuevo paradigma el juez no controla el programa... controla la ejecución (por el programa) de la sentencia que ha preferido. El Concejo, al registrar el programa, establece las condiciones para su funcionamiento y lo controla.

Hay graves desviaciones a ese precepto estatutario brasileño cuyo objetivo es garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos cuando Brasil firmó la Convención. Estados, como el de Sao Paulo, todavía mantienen en el nombre y en la práctica, el antiguo órgano centralizador para la antigua política de menores (Fundación del Bienestar del Menor), los jueces continúan a controlando los programas y los Concejos Municipales (con las comunidades) quedan ausentes de esa importante materia.

#### **3.14. Sentencia y condena**

El juez decide al hablar por intermedio de una sentencia que, según el caso, puede ser una absolución por no haber culpa o una condena por haber culpa. En el Brasil, el adolescente, en la sentencia, puede ser condenado a la reparación del daño que ha practicado; a la presentación de servicios a la comunidad; a la libertad asistida; a la semilibertad o a la privación de libertad (prisión) por hasta tres años. La sentencia es ejecutada en programas de OG u ONG. La autoridad que aprueba el programa es el Concejo (ver artículo 90 y su párrafo en el Estatuto).

En algunos Estados brasileños deben realizarse importantes alteraciones a ese sistema, para ajustarlo a las normas del Estatuto. El Estatuto contiene normas (artículo 208 y siguiente) para ese ajuste.

#### **3.15. Las medidas socioeducativas**

Son ejecutadas por programas gubernamentales o no gubernamentales, registrados en el Concejo Municipal. Aplican técnicas de psicología, pedagogía, criminología, etc. En los municipios que no cuentan con programas bien organizados; el juicio, la sentencia del juez y la medida vienen fracasando en el Brasil y en otros países. El equipo del juez (que no es un órgano ejecutor)

nunca puede garantizar eficacia. Mucha reincidencia ocurre en Brasil por falta de la organización correcta de los programas o porque equipos judiciales insisten en ir más allá de sus funciones. Quieren ser equipos ejecutores, cuando son auxiliares de un juzgado (de un Tribunal) que decide, no que ejecuta.

### **3.16. La medida privativa de libertad**

La medida de internación (por hasta tres años en el Brasil, cinco en Guatemala y quince en Costa Rica) impuesta al adolescente que haya cometido acto infraccional debe ser evaluada periódicamente (en el Brasil, cada seis meses), siendo necesaria la audiencia de sus educadores y del propio adolescente. Sin el apoyo de programas en régimen abierto, la internación en general inicia o devuelve a los adolescentes a las bandas, a las pandillas y al mundo criminal.

### **3.17. Aun la privación de libertad**

La privación de libertad (internación) debe ser realizada por servicio calificado y con capacidad técnica criminológica y pedagógica para que, al ser liberado, el adolescente reciba apoyo en la familia y en varias comunidades de la sociedad en condiciones de ejercer libremente sus derechos. Eso no es fácil. Es uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo. De ahí el alto e histórico grado de reincidencia, en los municipios más poblados del Brasil y de otros países.

### **3.18. Otras medidas**

Las medidas sosicoeducativas para adolescentes pueden ser apoyadas por medidas de protección adecuadas a un posible restablecimiento sociofamiliar, de acuerdo con indicaciones técnicas de los programas y decisión del juez de la juventud. Los programas sufren intensa competencia de las organizaciones criminales, hoy sofisticadas y muy eficaces. Esa labor exige nuevo paradigma y alta especialización. Hay esfuerzo por técnicas especializadas para la efectividad de ese objetivo.



### **3.19. Otra vez la comunidad**

Para garantizar su éxito, los programas para infractores, deben recibir apoyo de los programas, proyectos y equipos de las comunidades cercanas. Cuando estas comunidades no integran al joven, él vuelve a agredirlas porque es fatalmente atrapado en el tráfico, en las bandas y en las pandillas. En la dialéctica del crimen y de la seguridad pública, antiguas acciones de aficionados deben ser sustituidas por eficaces programas socioeducativos. Cuando no lo son, se mantiene la reincidencia criminal juvenil y se vulnera la efectividad mencionada dieciséis veces como compromiso de los países, en el texto de la Convención.

### **3.20. Cuando no hay juicio**

No hay juicio para el acusado de delito (acusado de acto infraccional a la ley criminal) cuando el promotor de justicia, en su convención, entiende que es mejor aplicar la remisión, que quiere decir, en ese caso, no iniciar proceso alguno. La fiscalía, el adolescente y responsable (y también en ciertos casos, la víctima) firma compromiso para que el acusado (es decir, el imputado) no vuelva a delinquir. La remisión sólo se aplica para infracciones leves y de poco daño, y son en muchos juzgados, aplicadas por el fiscal (el promotor de justicia en Brasil) de forma reiterada y sistemática. Violan así el derecho al debido proceso legal para definir si hay o no culpa del acusado y contribuyen a agravar el fenómeno de la reincidencia criminal.

### **3.21. La ciudadanía, el crimen y el niño**

En el Brasil, cuando él comete acto criminal (que suave y delicadamente la Constitución del país llama acto infraccional a la ley criminal), la niña o el niño queda a disposición del Consejo Tutelar, que aplica medidas administrativas de protección a la ciudadanía. El adolescente, queda a disposición del Ministerio Público, para ser juzgado en proceso judicial por el Juez de la Juventud, que en sentencia aplica medidas socioeducativas para la defensa de la ciudadanía. Esa es una defensa de la ciudadanía en general, principalmente de las víctimas.

Ya vimos con qué cuidado semántico la Constitución brasileña llama acto infraccional al crimen de niña, niño o de adolescente. Es decir, la Constitución llama acto infraccional a un acto que la ley define como crimen cuando es practicando por un niño. Ejemplo: matar a alguien. En este caso infantil no en el caso juvenil, el Consejo Tutelar investiga el hecho, no bajo el punto de vista policial, de que se encarga la policía; pero sí bajo el punto de vista social, registrando servicios de asistencia social, psicológica, etc., cuando sean necesarios y aplica medidas de protección y tratamiento.

Las medidas aplicadas por el Consejo Tutelar son ejecutadas por OG u ONG en programas especiales registrados en el Concejo Municipal de los Derechos del Niño y del Adolescente. Hay urgente necesidad en el Brasil de preparar los Consejos Tutelares para el ejercicio de esas funciones y de orientar a los municipios para que en sus leyes, prevean criterios rigurosos para la selección de los miembros de ese Consejo.

### 3.22. Los sistemas latinoamericanos

Sabemos que en el pasado, era común punir personas de forma arbitraria por crímenes que no eran formalmente definidos en una ley. En el Siglo XVIII se pasó a organizar sistemas que liberasen a los adultos de acusaciones arbitrarias y de injustas puniciones violadoras de los derechos humanos. Sabemos también que injustamente, niñas, niños y adolescentes quedaran fuera del sistema por eso eran presos arbitrariamente, sin defensa. Solamente al final del Siglo XX, se trae formalmente a la niña, niño y al adolescente para este mundo de garantías de ciudadano y de los sujetos de derechos y de deberes.

Cumpliendo los compromisos asumidos mediante la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, los países de América Latina están renovando su sistema de atención a niñas, niños y adolescentes a los cuales eventualmente se les atribuya un acto que la ley de cada país de cada país define como delito. Lo que se quiere con esto, es corregir el sistema antiguo en que se priva de libertad diciendo que es para protegerlos, y acusándolo de infractor sin que se pruebe su culpa.

En el Brasil, como se vio, la Constitución incluye niñas, niños y adolescentes en el mundo de las personas con derechos garantizados, cuando practican actos criminales, (definidos formalmente como crímenes) y llama a esas

conductas de actos infraccionales, es decir, actos que infringen la ley criminal. La misma Constitución excluye niñas, niños y adolescentes del mundo de la retribución imputada a adultos, reservándoles un sistema de retribución que el Estatuto del Niño y del Adolescente llama medidas socioeducativas para los adolescentes y medidas de protección para las niñas y niños.

Tanto al niño como al adolescente, a los cuales se atribuyen un acto infraccional, la Constitución garantiza pleno y formal conocimiento de la atribución de ese acto, igualdad en la relación procesal y defensa técnica por profesional habilitado según disponga la legislación tutelar de derechos específica. Esa legislación específica dispone que el adolescente será juzgado y la niña o niño, no.

### 3.23. Diferencias entre el sistema brasileño y los demás

Hay diferencias entre ese sistema brasileño que fue el pionero y los demás mejor elaborados procesalmente que vinieron después. El autor asesoró a varios países para evitar ciertas deficiencias de este proceso pionero. En el Brasil se tiene un Estatuto del Niño y del Adolescente en el cual se encuentran las normas tanto para víctimas como para victimarios. El juez brasileño también es el mismo para las dos situaciones (de víctima y de victimario). Ya en Guatemala hay igualmente una sola ley, pero son dos los jueces: uno el Juez de la Niñez y Juventud para las víctimas y un Juzgado para Jóvenes en Conflicto con la Ley Penal para los victimarios.

En Costa Rica hay dos leyes. Una, el Código de la *Niñez y la Adolescencia* para víctimas, y otra, La Ley de Justicia Penal Juvenil para victimarios. Cuando se redacta este texto, en enero de 1998, Panamá y Venezuela están sometiendo al Legislativo sus nuevas legislaciones. En el caso venezolano, se trata de una Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, con normas para los casos de víctimas y una parte especial para los victimarios conteniendo un Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente. En Panamá, en 1997, se elaboró un proyecto según el cual se organiza La Jurisdicción Penal Juvenil y se dictan normas de procedimiento. Los otros países están en diferentes niveles en el proceso de ajuste.

De una forma o de otra, todos los países de América Latina están creando un conjunto de reglas para una nueva organización social. Lo importante es

que nazcan así los sistemas, para que niñas, niños y adolescentes dejen de estar sometidos a arbitrarias medidas del Estado. El Siglo XXI alcanza a la región con fuertes tendencias a las garantías para la población infantojuvenil, tanto en lo que se refiere a la atribución de actos que violan la ciudadanía, como a la retribución de la sociedad a tales actos, en los casos en que hay culpa en tal violación.

## CUARTA PARTE

### IV. La dinámica de la protección integral

#### 4.1. Formular políticas y controlar programas

El Estatuto brasileño, en sus artículos ochenta y ocho número dos y noventa prevé Consejos Deliberativos paritarios (mitad gobierno, mitad ONG). Ellos formulan la política pública (de Estado) a que se refiere la Constitución en su artículo doscientos cuatro, número dos. De esa formulación participan el Gobierno de turno (por intermedio de sus OG) y Organizaciones Representativas (ONG) de la población.

En este modelo, política de Estado (permanente, que va más allá de los gobiernos de turno) no se confunde con política de Gobierno (transitoria, de cada mandato del Prefecto del Brasil, que correspondería en Argentina al Intendente y al Alcalde en los demás países de la región).

El objetivo de este modelo es hacer las políticas transitorias, escapar de la tradicional discontinuidad administrativa que caracteriza a América Latina. Y que sus actores dialoguen permanentemente con los sectores representativos de las comunidades. Por eso, en el Brasil, ese diálogo es constitucionalmente obligatorio. Si el gobernante de turno viola el principio constitucional de la participación, el sistema de Justicia puede ser movilizadopor cualquier ciudadano para corregir la desviación.

#### 4.2. **Cómo se diseña la nueva política municipal**

Los Estados nacionales toman hoy consciencia de la importancia del principio de la descentralización para formular, ejecutar y controlar adecuadamente la política pública de atención a los derechos sociales, a los derechos humanos, a los derechos, en fin, que tiene que ver con el bien común. Se vive una época de globalización y de interdependencia entre naciones para la producción y el consumo de bienes materiales.

Sin embargo, la globalización trae fuertes evidencias de que la producción y el consumo de los bienes sociales dependen de estructuras locales, eficaces cuando están organizadas lo más cerca posible de las comunidades, de las familias, de los grupos donde viven los individuos. El movimiento actual en América Latina es por tanto para organizar estas estructuras de producción y consumo de bienestar social; en los cantones, en los departamentos, los distritos, las parroquias, los municipios.

Esa producción y consumo local de bienestar (también llamado justicia) social tiene que ver con orientación y apoyo a las familias para mantenerse y poder criar, asistir y educar a sus hijos. Al Estado nacional, en ese modelo, compete hacer la coordinación general, global de una política que descentralice y atienda a las peculiaridades, a las peculiaridades, a las idiosincrasias locales. Esas comunidades, esas familias, esos grupos sociales son orientadas para que, por intermedio de ONG, dialoguen con los gobiernos de turno visando a un eficiente y eficaz sistema de oferta y consumo de salud, educación, cultura, esparcimiento, seguridad pública, capacitación laboral, etc.

Se plantea la organización de una política social de protección integral cuyos beneficiarios son ancianas, ancianos, adultos, adolescentes, niñas y niños. A la niña y al niño se buscará asegurar, en ese sistema de protección integral, el principio de la prioridad absoluta o principio del superior interés de la niña y niño, cuyo significado es, en cada caso, procurar atender al interés que es el mejor o el superior o el más adecuado para ellas y ellos.

#### 4.3. **Los tres niveles de la descentralización**

En su tradición, es decir, en sus ámbitos, usos y costumbres, los países de América Latina ejercitaron, en quinientos años de historia, la centralización

del poder en gobiernos nacionales. Las Prefecturas en Brasil, las Alcaldías en muchos países hispanos, las Intendencias en Argentina, pasaron a tener funciones, menos sofisticadas, como por ejemplo: cuidar de la basura, de los baches en las calles, de las cloacas.

Ahora, los municipios (o las parroquias, los cantones, los distritos, según la estructura de cada país) pasan a concientizar de que las políticas sociales, que fracasaron cuando fueron formuladas y controladas a nivel nacional, deben entrar en el rol municipal y por tanto en las preocupaciones de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales de los municipios.

Esas organizaciones gubernamentales y no gubernamentales municipales deben también concientizar para asumir el protagonismo previsto en los compromisos firmados por el país, cuando firmó la Convención Sobre los Derechos del Niño de la ONU de 1989: adoptar medidas educativas para la población en el planteo de ese fin; adoptar medidas sociales de movilización y organización de las estructuras comunitarias, y adoptar medidas administrativas locales, en la búsqueda de eficiencia y de eficacia.

Este pasaje de formulación de un control nacional hacia un control local puede asumir tres formas de las cuales sólo la última se constituye en auténtica descentralización. La primera forma se llama delegación, en ella el Gobierno central delega un poder que política, administrativa y jurídicamente es suyo; delega al nivel municipal poderes para formular política para familias, niñas y niños, organizar programas, administrar recursos y controlar la ejecución de todo eso. Sin embargo, a causa de quien delega puede requerir de vuelta sus poderes, esta fórmula es precaria, aunque pueda ser usada como etapa intermediaria para la verdadera descentralización.

La segunda forma es la desconcentración. En ella, el mismo Gobierno central que tiene el poder administrativo, jurídico y político, pasa a ejercer sus funciones no en el centro del sistema (la capital de la región, por ejemplo) sino en la periferia del sistema, creando puestos de su actuación junto a las comunidades. La desconcentración ha fallado en todos los países, a causa de que es todavía una forma centralizadora, principalmente en lo que se refiere a las decisiones que son importantes porque se refiere al contenido de las políticas y al poder decisivo de controlar la manera cómo las cosas serán ejecutadas, de controlar los criterios y la jerarquía de los beneficiarios.

La tercera y verdadera forma tiene el nombre adecuado: se llama descentralización. Y significa pérdida del poder central y transferencia de ese poder central para las regiones, los municipios, los cantones, las parroquias, etc.

Transferencia política, administrativa y jurídica para: 1. Formular desde lo local; 2. Controlar la ejecución de esa política; 3. Definir como serán movilizados los recursos (humanos, técnicos, materiales y financieros) para garantizar la jerarquía más justa a la atención de los derechos sociales de la población (derechos a la educación, a la salud, a la cultura, a la seguridad pública, al esparcimiento, a la capacidad laboral, etc.).

En derechos de la niña, niño y del adolescente, Brasil fue país que escogió esa verdadera descentralización, igual pasó, en los últimos años del Siglo XX, con Guatemala, Venezuela, Costa Rica, Ecuador y otros. Algunos países como Ecuador y Venezuela habían cometido equivocaciones graves en ese proceso, pero últimamente hicieron importantes correcciones. Colombia, que también había creado un sistema equivocado está, en el momento en que se escribo este texto, en proceso de cambio en su legislación.

La importancia del cambio paradigmático brasileño es que tiene rango constitucional, es decir, tiene él más alto nivel en la jerarquía de las leyes. También constitucionalmente estableció los principios de la participación en la formulación de políticas y el principio de la prioridad absoluta a la niña y niño. En la práctica eso significa imponer un límite constitucional al poder discrecional que las administraciones públicas tenían anteriormente. En Brasil, hay normas constitucionales que permiten cambiar los antiguos usos, hábitos y costumbres. Es un Derecho alterativo (no confundir con alternativo) constitucional, que no mantiene antiguas prácticas, sino que las altera. Es un esfuerzo por una nueva tradición.

#### 4.4. El principio del interés superior

Se habla en este texto muchas veces del interés de las personas. La convención habla del superior interés de la niña y niño. ¿Cómo enfocar eso en el nuevo paradigma? Cuando se discutía la elaboración del Estatuto brasileño, después de mucha controversia (dos años de debate público), se llegó a un consenso de que a la Convención le toca mencionar el superior interés de la niña y niño a causa de que en el viejo paradigma ese superior interés siempre se es-

tableció, subjetivamente, por una autoridad del Estado: esa autoridad o era un agente del patronato estatal, o era el antiguo juez de menores.

Lo previsto por Convención ahora, es que cada país establezca criterios y preceptos objetivos que van a orientar cómo se atiende caso a caso, colectiva o difusamente el mejor interés o el superior interés de la niña y niño. Así, en Brasil se atiende a ese superior interés cuando se aplica, en varias situaciones, las normas del Estatuto. Entonces, no le toca a la ley de cada país hablar en superior interés. Le toca a la ley, objetiva y expresamente, crear normas que pasan a ser, ellas mismas, las maneras locales para esa atención al superior interés.

Sin embargo, leyes como el Código de los Niños y los Adolescentes del Perú mencionan en su texto ese concepto de superior interés, lo que en la práctica se torna subjetivo según la percepción de quien va aplicar la norma en cada caso (padre, madre, profesor, policía, autoridad pública del Ejecutivo, jueces, etc.). Lo dispuesto en el Estatuto brasileño, para disminuir la subjetividad de la interpretación, es establecer, en su artículo 6, la regla de interpretación del Estatuto.

En Brasil, esa regla dice que en cada caso se debe interpretar la norma procurando atender:

- A los fines sociales del Estatuto (introducir niñas y niños en el mundo de la ciudadanía; si no introduce, no atiende al superior interés);
- A las exigencias del bien común (lo que no atiende al bien común no puede ser considerado de atención al interés del niño);
- A los derechos individuales y colectivos en juego (se atiende al interés o al derecho de uno, si se lleva en cuenta también sus deberes, sus derechos y los de los demás);
- A la condición peculiar de la niña, niño y del adolescente como personas en desarrollo (o como me ha dicho la pedagoga salesiana brasileña hermana María do Rosario: tratar al niño respetando su derecho de ser tratado como niño y al adolescente como adolescente).



#### 4.5. La dinámica de la protección integral

##### 4.5.1. ¿Quiénes amenazan y violan derechos?

A causa de que son humanas, las personas traen siempre consigo la posibilidad de amenazar o violar derechos, ya sean como particulares en las familias, en las instituciones, en las empresas, o como autoridades, en el ejercicio de cargos públicos. Con el fracaso de las políticas públicas organizadas en sistemas nacionales centralizadores, la tendencia hoy es traer las políticas sociales para el ámbito municipal. Esa estructura más próxima de los ciudadanos, permite identificar mejor los casos de violaciones de derechos, en el ámbito individual, colectivo o difuso.

##### 4.5.2. ¿Quiénes atienden a derechos?

Atienden a los derechos de la niña, niño y del adolescente las personas comprometidas éticamente con un conjunto articulado de acciones no gubernamentales y gubernamentales de todas las esferas de la sociedad y del gobierno. De ahí, la necesidad de la creación de muchas ONG que incorporen el sentimiento mediano de la población con relación a sus necesidades básicas, cuya atención ahora es reconocida como derecho. En Brasil, las reglas de efectividad para esa nueva ética se encuentran en la parte especial del Estatuto de Niño y del Adolescente.

Como se mencionó al final del capítulo de los victimarios, Perú, Guatemala y Costa Rica disponen ya de reglas excelentes para ese fin. Venezuela, Ecuador y Panamá están creando reglas bastante actualizadas con el mismo objetivo. Y los otros países latinoamericanos, en etapas diferentes, caminan hacia una organización adecuada.

Todas esas leyes, de una forma u otra, prevén la *descentralización*, al sustituir un antiguo sistema *nacional* por un sistema en el que los derechos son atendidos por mecanismos organizados en nivel de parroquias, cantones, distritos, departamentos o municipios. En todos se prevé alguna forma de participación de la población en la ejecución de los programas. Mucho más allá de la ejecución, los sistemas que se quieren más eficaces también prevén esa participación en la *formulación de la política* por intermedio de Concejos, Comités, Juntas, etc.

#### 4.6. Descentralización

El nuevo Derecho contiene los derechos y los deberes de la niña y el niño y reglas para poner fin a la tradicional centralización autoritaria y vertical de gobiernos federales como en Brasil y Argentina o nacionales como en los demás países latinoamericanos. Brasil descentralizó para los Municipios, con apoyo de los Estados y de la Unión, la definición de las acciones de atención. Se aplica el Estatuto para evitar que programas federales (o estatales) compitan con programas municipales. Esa competencia pulveriza recursos, creaba (crea para los que la mantienen) paralelismos de acciones y subordina prioridades a intereses político partidistas.

#### 4.7. ¿Dónde se atienden derechos?

Ya se vio que los Derechos se atienden o se violan donde las personas viven: en las familias, en la escuela, en la vecindad, en las calles, en la salud, en la cultura, en el deporte, en el esparcimiento, en la labor, en la seguridad pública, en el sistema oficial de justicia, en la elaboración de leyes, y así en adelante. En la era cibernética, existen técnicas para correcciones de desvíos (*feedback*), cada vez más cercanas de dónde y cómo se vulneran esos derechos.

#### 4.8. Las políticas públicas, las políticas básicas y la política de asistencia social

La política de los derechos de la niña y niño está o debe estar distribuida por todas las políticas públicas (educación, salud, deporte, cultura, esparcimiento, seguridad pública, producción, consumo, finanzas, etc.) pues todas, en diálogo con las ONG deben garantizar los derechos sociales inherentes a la ciudadanía, con prioridad a la niña, niño y al adolescente. Nótese que las políticas públicas incluyen la política económico-financiera la cual, en los días que transcurren, viene siendo tratada como si fuera *global*.

La política económica-financiera no es global, pues esta no es *el todo* de la política pública. Esta es una parte, un sector. Esta es una política *sectorial*, al lado de la política de educación, de deporte, de cultura, de salud, de asis-

tencia social, etc. Empresario o financiero que no entiendan eso, no entienden o no quieren de hecho entender que es con la niña, niño y con el adolescente que se inicia, de un lado la producción de riquezas y bienestar y, de otro, el consumo de productos y de bienestar de todas las comunidades.

En el conjunto de las Políticas Públicas, las Políticas Sociales Básicas son aquellas a las que todos tienen derecho de acceso, independientemente de la condición socioeconómica. Representan el llamado brazo o rama social de la sociedad organizada que es el Estado. Ejemplo: la educación, la salud, la habitación, etc. En la visión neoliberal, las ONG que cuida de aspectos de esa política social son llamadas de tercer sector. En el paradigma de la Constitución y del Estatuto brasileños, las políticas sociales públicas tienen dos sectores: el Gubernamental y el No Gubernamental.

En la visión de los neoliberales la sociedad debe controlar al Estado. Sin embargo, al decir eso, el neoliberal típico piensa en empresarios o financieros controlando la política económico-financiera. Se olvidan de los amenazados y violados en sus derechos sociales que, siendo ciudadanos, también deben controlar al mismo Estado por intermedio de Comités, Juntas, Concejos, etc. La política social en la visión neoliberal es un subproducto del mundo de la economía, donde la mano invisible del mercado, como quería Adam Smith, organiza el bienestar de la sociedad. El tercer sector entonces, sería aquel, además del sector público o del sector privado (este el motor del mundo) el que los empresarios y los financieros crean para hacer filantropía.

En el paradigma de la protección integral la visión es bien diversa. El sector público es el conjunto de las decisiones sobre economía, finanzas, administración, salud, educación, cultura, esparcimiento, etc. Este se divide en dos: el gubernamental en el cual la sociedad representativa y participativa (organizada política, administrativa y jurídicamente) formula y controla la política global que va de la economía a la urbanización, de la educación a la salud, de la cultura a la capacitación para el trabajo.

El sector público no gubernamental es aquel en que los particulares (que viven en el sector privado como patrones, empleados, profesionales liberales, etc.) organizan ONG, mediante las cuales se hacen representar y participan de las deliberaciones públicas. Las deliberaciones son tomadas entre gobiernos y comunidades en Concejos, Comités, Juntas que formulan

las políticas públicas y trazan los límites dinámicos del bien común. Se ha visto que la Constitución brasileña determina ese diálogo entre gubernamentales y no gubernamentales en la formulación de la política pública de carácter social.

#### **4.9. La asistencia social**

Para la Constitución brasileña, Asistencia Social es la protección debida por la sociedad organizada en Estado, a la maternidad, familia, niña, niño, adolescente, anciana, anciano, a los portadores de deficiencia y a los que van a ingresar en el mercado de trabajo. Debe ser presentada a quien de ella necesita, aunque el beneficiario no contribuya para la seguridad social. A propósito, se mencionó en la segunda parte que niñas y niños en régimen de abrigo auténtico en Brasil (así también consta en la ley de la República Dominicana) se benefician de la seguridad social para la cual contribuye su guardián.

#### **4.10. Política infantojuvenil**

En Brasil, por definición constitucional, una parte de la asistencia social se refiere a la niña, niño y adolescente. Esa parte, con prioridad absoluta, es planificada, financiada, ejecutada y controlada en ámbito propio, con un Consejo propio. En otro ámbito, también con Consejo propio, no regido por el principio de la prioridad absoluta, esta se organiza para los otros aspectos de la asistencia social.

#### **4.11. La desigualdad social**

La asistencia social se rige por el compromiso de acceso a los productos y servicios básicos de la ciudadanía por parte de los usuarios que sufren la desigualdad social históricamente construida. No es caridad, ni filantropía en sí misma. Es un derecho de los que, por algún motivo, no están atendidos en sus necesidades básicas. La ley tiene mecanismos para compensar la desigualdad, garantizando a cada uno los mínimos éticos. No hay sociedad desarrollada en los actuales momentos que no prevea la atención a ese mínimo ético.

#### 4.12. La situación de riesgo

Para reafirmar el carácter dinámico de la protección integral, vale la pena recordar lo mencionado en la primera parte: hay lo que dicen que niñas y niños fuera de la escuela, limosneando, maltratados, explotados, atraídos por pandillas o traficantes están en situación de riesgo. No están. En situación de riesgo estaban antes de sufrir esos males. Para el Estatuto, en esa condición, ellos están amenazados y/o violados en sus derechos. En el paradigma del Estatuto, estar amenazado ya es inicio de violación. El riesgo ahora es el de ser sancionado y es de quien amenaza y viola.

#### 4.13. La política de protección

Antes de existir el Estatuto, había una política de protección (asistencia) para todos los que de ella necesitaban y una política de menores para los que se encontraban al margen del proceso social. Hoy no se puede discriminar. No se puede decir que hay una política de asistencia para los que de ella necesita y, otra, para los que están en situación de riesgo. Eso sería discriminar otra vez; eufemísticamente sería llamar situación de riesgo la antigua situación irregular.

Todos tienen derecho a una política de protección amplia en el ambiente de su convivencia social, con prioridad absoluta (prioridad absoluta quiere decir: con protección especial) para la niña y el niño. La política de asistencia social es una sola. En ella, a niñas, niños y adolescentes, se debe garantizar prioridad absoluta. De ahí la existencia, entre los muchos Concejos Públicos Municipales, de dos muy especiales: uno, de la Asistencia Social para ancianas, ancianos, adultos y aspectos comunitarios generales, sin prioridad absoluta; otro, el del Niño y del Adolescente para garantizar prioridad absoluta a la población infantojuvenil, es así que está en la Constitución.

#### 4.14. Programas para víctimas y para victimarios

Todo municipio debe organizar (por organizaciones gubernamentales y no gubernamentales locales) un conjunto de programas de protección dedicados a la prevención y la atención especializada a la niña, niño y adolescente víc-

timas de abusos, negligencia, malos tratos, explotación, crueldad y opresión. Debe organizar también los *programas socioeducativos*, para cumplir las sentencias del Juez de la Juventud a adolescentes culpados de actos infraccionales a la ley criminal. Hay técnicas adecuadas para eso y los municipios deben procurar buena orientación.

Los que todavía con el paradigma de la minoría en la cabeza, organizan programas que llaman de protección o socioeducativos, pero concebidos en una forma anómala que, a pesar de abierta, es aún una institucionalización. Esa anomalía es debido al hecho de que, como lo que sabían hacer antes era institucionalizar al menor, crean una especie de institucionalización en régimen abierto, llamando al antiguo menor, niña, niño, o adolescente, pero institucionalizándolos y tratándolos aún como un objeto de los que dinamizan el programa.

Los verdaderos programas de protección o socioeducativos, se organizan en las comunidades, junto a familias, a escuelas, a puestos de salud, a programas de deporte, cultura, esparcimiento, capacitación para el trabajo, para encontrar formas de resolver casos individuales de amenazas y violaciones de derechos.

Tal programa se organiza, se estructura, se metodiza, se controla y se evalúa como un conjunto de iniciativas que sienten y piensen a la niña, niño y al adolescente (y a las personas de su familia, y a los miembros de su comunidad) como ciudadanos y como sujetos. Al mismo tiempo, ese programa, induce, orienta, enseña y prepara a la niña, niño y al adolescente, a sus parientes y amigos, etc., para pensarse y sentirse sujetos y ciudadanos. Programas de Protección y Programas Socioeducativos son programas de ciudadanía.

El autor trabaja intensamente con equipos de diversos países, en un esfuerzo por organizar metodologías para esa labor que, necesariamente, debe ser interdisciplinaria. Psicólogos, pedagogos, médicos, abogados, criminólogos, administradores, recreadores, etc. vienen contribuyendo para la construcción de las formas que los distintos países de América Latina utilizarán, en el inicio del Siglo XXI, para enfrentar su crónico déficit de participación popular y sus incipientes tentativas de alcanzar la protección integral.

#### 4.15. La municipalización y las nuevas relaciones de poder

En la última década del Siglo XX, Brasil fue ejemplo de un esfuerzo por la municipalización de los derechos de la niña, niño y adolescente. En el modelo brasileño, cada municipio debe organizar su política y crear consejos y programas regidos por el principio de la participación. De ser la democracia participativa un principio constitucional en Brasil, ahí tenemos un típico tema para el cambio de tradicionales hábitos, usos y costumbres de los dueños del poder. La nueva participación genera nuevas relaciones de poder.

#### 4.16. Cómo formular la política local

Las organizaciones representativas de la población (ONG) participan de la formulación de la política Municipal, en el Concejo Municipal de los Derechos del Niño y del Adolescente, que registra y autoriza los programas gubernamentales y no gubernamentales a funcionar. Prefectura (alcaldía) y ONG, en el Consejo, se controlan mutuamente. Prefecturas y ONG que se resisten a ese control están en la contramano de la historia.

#### 4.17. El Concejo de la participación

Todos los Estados y la Unión en Brasil deben mantener el *Concejo* de los Derechos del Niño y Adolescente (un órgano deliberativo, con igual número de miembros representantes de la población (ONG) y del Gobierno (OG) a que el Concejo queda vinculado). Sin ese Concejo queda inconstitucional la política para la niña, niño y adolescente. La Constitución exige la participación de representantes de las ONG.

#### 4.18. Función de los Consejos de los Derechos

Hay que prestar mucha atención a un punto fundamental: a los *Consejos* de los Derechos les toca *formular la política* del Niño y del Adolescente (ver Constitución, 204, II). En el *Consejo*, la población participa de la formulación de la política infantojuvenil que armoniza la garantía de derechos entre

las políticas públicas. Los que dicen que formular políticas es función privativa del Ejecutivo omiten que la propia Constitución vincula (204, II).

#### **4.19. Control de la sociedad**

El control de los ciudadanos en la ejecución de las políticas públicas, incluso del Fondo de Recursos (municipal, provincial y nacional) se da en el Consejo de los Derechos. Los programas gubernamentales y no gubernamentales son registrados y controlados en el Concejo Municipal porque, de los tres (Unión, Estados y Municipios), él es lo más próximo a los habitantes.

#### **4.20. La profundidad de lo que dice la constitución**

No se puede dudar de la profundidad con que Brasil introduce esos principios del nuevo paradigma de la niña y el niño. Leamos el párrafo único del artículo primero de la Constitución brasileña: “Todo el poder (es decir: el poder por entero) emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes electos o directamente, en los términos de esta Constitución”. En los términos de ella (según sus artículos 227, párrafo 7, y artículo 204, II) formular y controlar políticas para niñas, niños y adolescentes, sólo con participación de ONG.

#### **4.21. Registrar para controlar**

En ese sistema, la sociedad controla al Estado. Una organización (OG u ONG) solamente puede tener programas de atención a los derechos de la niña, niño y del adolescente si son registrados en el Concejo Municipal. En éste, gobierno y habitantes pueden evaluar, acompañar y controlar los servicios propuestos; se controlan mutuamente.

#### **4.22. Fortalecer la iniciativa local**

El principio de la descentralización política y administrativa fortalece la iniciativa municipal y comunitaria, en la cual deben ser definidas las acciones, programas y proyectos a ser implantados para la atención de los derechos de



la niña, niño y del adolescente. Esta materia fue tema de deliberación en la Conferencia Sobre Asentamientos Humanos (Hábitat II) realizada en Estambul en 1996. No solamente en lo que se refiere a las niñas y niños sino, por supuesto, a todos los aspectos de la organización social.

#### **4.23. Los recursos para los programas**

El Estatuto dice, los recursos para programas de niñas y niños víctimas (programas de protección) y de niñas y niños victimarios (programas socioeducativos) deben estar en un Fondo del Municipio, otro del Estado y otro de la Unión. De ser públicos, esos fondos son controlados por gobierno respectivo y por la ciudadanía en el Consejo de los Derechos.

#### **4.24. La composición de los fondos**

Los Fondos para programas de protección y socioeducativos son recursos suministrados por el presupuesto público, por donaciones, traslados y legados, por contribuciones deducibles del Impuesto a la Renta a personas físicas o jurídicas, así como por multas aplicadas por violaciones a los derechos de la niña, niño y del adolescente.

#### **4.25. Eficacia mediante los fondos**

La ley, al prever los Fondos del Niño, plantea efectividad al pronto financiamiento de acciones para corregir violaciones y amenazas a derechos, cuando niñas, niños y adolescentes son víctimas (programas de protección) o hacen víctimas (programas socioeducativos). Las protestas que existen en Brasil, por ejemplo, sobre reincidencia de infractores se debe siempre a la falta de programas socioeducativos bien organizados.

#### **4.26. Movilización social**

Armonizando sus acciones en el Consejo de los Derechos, las políticas públicas (educación, salud, asistencia social, deporte, cultura, esparcimiento, trabajo, seguridad pública, etc.) deben movilizar a la opinión ciudadana para

las muchas formas de efectivizar los derechos y deberes de las niñas, los niños y los adolescentes. ¿Cuántas personas plantean un sentido para la vida y podrían integrarse, con buena y competente orientación, en esos programas?

#### **4.27. Los tipos de programas**

En el Brasil, los programas para víctimas atienden en cuatro regímenes: 1. De orientación y apoyo sociofamiliar; 2. De apoyo socioeducativo en medio abierto; 3. De colocación familiar; 4. De abrigo. Para los que hacen víctimas, son tres los regímenes de atención: 1. Libertad asistida; 2. Semilibertad y 3. Internación.

#### **4.28. Participación comunitaria**

Los programas de protección a la niña, niño y al adolescente deben favorecer la participación de las personas de la comunidad en el proceso educativo que desarrollan. Los municipios que alcanzan mejores resultados son los que involucran en ese sistema a un gran número de ONG, incluso de empresarios y sindicatos y los que estimulan programas en las políticas de cultura, deporte, esparcimiento y capacitación laboral.

#### **4.29. Derechos, hechos, sociedad y Estado**

Me gustaría recordar que con el Estatuto, Brasil por primera vez hizo que la sociedad pueda controlar al Estado (si hay educación, movilización y administración) y que el mundo del Derecho (el mundo del comando y del control social) venga antes de los hechos. En el pasado, las normas garantizaban comando y control del Estado sobre la sociedad, y los hechos venían siempre antes del mundo del Derecho. Ahora, la nueva ética ilumina la corrección de los abusos y de las omisiones.

#### **4.30. Legalismo y ética**

Los que cobran las exigencias del Estatuto en Brasil son, peyorativamente, llamados por ciertas personas de legalistas. Brasil, como la gran mayoría de

los países del mundo, ha firmado la Convención. Éticamente nos comprometimos a adoptar medidas educativas, sociales y administrativas para esa garantía. No exigir el conjunto de esos compromisos éticos es omisión y grave desvío de conducta. Es renunciar a los medios objetivos de garantizar eficiencia y eficacia para alcanzar efectividad.

#### **4.31. De los derechos y de los deberes**

Algunos dicen que el Estatuto brasileño trata de los derechos pero no de los deberes de las niñas y los niños. El artículo sexto de ese mismo Estatuto dice que en la interpretación de cada uno de sus artículos (o sea, doscientos sesenta y siete artículos, doscientos sesenta y siete veces) se han de considerar siempre los deberes individuales (de niñas, niños, adolescentes y adultos) y colectivos correspondientes. No podría ser de otra forma. El Estatuto es una ley de ciudadanía.

#### **4.32. La nueva ética y la vieja tradición**

En Brasil, a muchas personas no les agrada el Estatuto, argumentando el choque entre sus normas y la tradición del país, de la región o de comunidades. El Estatuto contiene principios éticos que no forman parte de la tradición. Con él vamos a mantener tradiciones que garantizan derechos, y alterar tradiciones que amenazan y violan derechos. Con él se preparó, en los años noventa del Siglo XX, la ética del Siglo XXI.

# De invisibles a sujetos de derechos: una interpretación desde El principito

Ramiro Ávila Santamaría

---

## Sumario:

I. Introducción. II. El principito. III. 3.1. Invisibles. 3.2. Objeto. 3.3. Sujetos: el proceso de construcción. IV. El adultocentrismo. V. Bibliografía.

---

*A mi Nina, mi Manuela y mi María Eugenia*

## I. Introducción

Tres hechos marcaron mi entrada al mundo de los derechos humanos: el descubrir la cruel realidad en la que viven los presos sin sentencia cuando trabajé en el Consultorio Jurídico Gratuito de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE) de la Calle Ambato (cuando estudiante); el involucrarme en el caso conocido como “Putumayo”, que trataba sobre once quichuas campesinos detenidos arbitrariamente, torturados y acusados de ser guerrilleros (cuando recién graduado), y el trabajar en Defensa de los Niños Internacional en un proyecto de atención interdisciplinaria en casos de abuso sexual y maltrato (1993, en mis primeros años de ejercicio profesional).

Esta última experiencia contribuyó a desarrollar teóricamente un discurso relacionado con lo que se denominó como *doctrina de la protección integral*, que se desprendía de la Convención de los Derechos de los Niños, y que sustentaba el recientemente aprobado Código de la Niñez y Adolescencia. Esa doctrina la oponíamos a la *doctrina de la situación irregular*, que –decíamos– debía ser superada tanto en la teoría y en el sistema jurídico, como en la práctica.

Ese discurso repetido insistentemente en múltiples espacios, y en algún momento incluso en alguna clase sobre derechos de los niños en la PUCE, se publicó en una Revista Ruptura, en el año 1995, bajo el título de “Derechos de los niños/as: de la situación irregular a la protección integral”. Sin duda no era el mejor ensayo ni el más elaborado sobre el tema escrito en la región, pero sistematizaba lo que había leído al momento y lo que se decía por parte de nuestro equipo de trabajo.

Algunos años más tarde (2002), en un Congreso regional sobre maltrato infantil, volví a tratar el tema pero con una variación: el protagonista era *el principito*. Coincidió que cuando me invitaron a dar la charla estaba leyendo este libro y se me ocurrió asociar las doctrinas mencionadas con la historia de “el principito y el zorro”. El cuento y la asociación, de ahí en adelante, la volví a repetir en mis clases de Teoría General de los Derechos Humanos en la Universidad Andina Simón Bolívar e hice algún esbozo sobre su aplicación en un texto básico y no satisfactorio que lo publicó el Consejo de la Niñez y Adolescencia<sup>1</sup>.

Después de haber vivido muchas experiencias y haber leído muchos libros, para sacarme ese clavo de no haberlo escrito antes. Ahora intentaré plasmar mis interpretaciones a esa historia de “el principito y el zorro”, a propósito de este libro dedicado a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Seguro será muy diferente a como lo interpreté la primera vez y espero que sea útil, como ha sido aleccionador y divertido exponerlo en clases.

La estructura de este ensayo está dividida en tres partes. La primera será una breve introducción (un resumen) sobre quién es el principito; en una segunda parte se abordará la clásica interpretación de la relación entre el principito y el zorro, dividida en tres secciones: invisible, objeto y sujeto. El relato

1 Ávila Santamaría, Ramiro, *Módulos de capacitación*. Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, Quito, 2008.

siempre ha tenido una explicación de las relaciones interpersonales, que podría aplicarse para toda relación de poder (adulto-niño, hombre-mujer, patrono-obrero...) y creo que podría también ser útil para explicar relaciones entre ciudadano y estado, y eso intentaremos a lo largo del texto. Finalmente, una tercera parte que rescatará del principito lo que podría considerarse “el adultocentrismo”.

## I. El principito

El principito, un ser completamente extraordinario, que miraba gravemente, con una vocesita extraña y que siempre que pregunta espera una respuesta, vivía en un planeta en alguna parte del universo, que no era más grande que una casa (el asteroide B 612). Su mundo era casi perfecto. Tenía placeres que se podían multiplicar, como ver un atardecer varias veces durante el día con sólo mover una silla hacia delante (hasta cuarentaitrés veces); tenía responsabilidades, y por lo tanto era importante, como limpiar su planeta de las semillas que llegaban y que podían ser de baobabs, sacar la ceniza de sus volcanes para que no exploten y cuidar de su rosa caprichosa y hermosa al mismo tiempo. Pero había algo que no tenía y que le era necesario: un amigo.

Un día, aprovechando la migración de pájaros silvestres, salió en su búsqueda. Quien le dio el empujoncito para salir de su planeta fue, precisamente, quien menos pensó. La rosa, que siempre decía que tenía que ser cuidada del viento y de los animales, le enseñó que hay que hacer las cosas que se deciden. ¿Y el viento? Le preguntó el principito. Me encantará sentir la brisa, soy una rosa. ¿Pero los animales? No importa –siguió la rosa– si son orugas me encantará ver mariposas y si son animales más grandes, tengo las espigas que son mis garras. Y el principito se fue.

Tenía que llegar a algún lugar en donde encontrar amigos, y visitó siete planetas para instruirse. Conoció un planeta donde había un rey que necesitaba súbditos pero que sabía mandar razonablemente; otro planeta donde había un vanidoso que requería admiradores y que sólo sabía oír alabanzas; pasó por otro planeta donde había un bebedor que tenía vergüenza de todo; el cuarto planeta era habitado por un hombre de negocios que tenía millones de millones de estrellas que no sabían que tenían dueño; en el quinto planeta

había un farolero que tenía el oficio terrible de apagar y encender faroles; en el sexto planeta habitaba un anciano geógrafo que registraba océanos, ríos, montañas pero que no los conocía porque no era explorador. Cargado ya de nostalgia y un poco cansado de conocer adultos que sólo viven para sí mismos, salvo el farolero, preguntó al geógrafo por un lugar que valga la pena visitar. “El planeta Tierra –le respondió el geógrafo– tiene buena reputación”. Y el principito, pensando en su flor, partió hacia la Tierra, el séptimo planeta.

En la Tierra hay miles y a veces millones de reyes, vanidosos, bebedores, faroleros, geógrafos y posiblemente amigos. Llegó a la Tierra con tan mala suerte que cayó en un desierto de África. El primer ser que encontró fue la enigmática serpiente, delgada como un dedo y más poderosa que un dedo de rey, a quien confesó que se sentía solo y que buscaba seres humanos, y ésta afirmó que entre seres humanos también se pueden sentir solos. La serpiente será el último ser que encontrará en la Tierra. Luego, encontró una flor que alguna vez había visto seres humanos a lo lejos en una caravana y que no sabía dónde encontrarlos. Subió a una montaña, que repetía todo lo que gritaba y que le parecía poco original. Caminó y caminó por arenas, rocas y nieves. Encontró un huerto lleno de rosas, todas parecidas a su rosa, y se dio cuenta de que aunque parecida a su rosa, todas eran diferentes. Se tendió sobre la hierba y lloró<sup>2</sup>. Fue *entonces cuando apareció el zorro...*<sup>3</sup>

2 Mientras escribo, pienso que no tiene mucho sentido resumir el libro y peor desentrañar el mensaje del pasaje entre el zorro y el principito. Creo que lo único que se logra es arruinar la historia y, sobre todo, dar una interpretación que puede ocultar o impedir que salgan a flote otras lecturas. A mí me ha pasado que cada vez que leo *El principito*, algún mensaje nuevo y diferente puedo extraer. Ofrezco disculpas por los cortes, siempre bruscos, a la historia y siempre queda el derecho de tomar el libro *in comento* y disfrutarlo.

3 En adelante todas las citas sobre *El principito*, que serán transcritas textualmente en itálicas, son extraídas de Antoine de Saint-Exupéry, *El Principito-Le Petit Prince*. Traducción Joëlle Eyhéramonno, Enrique Sainz Editores S.A., impreso en T.G. Ripoll, España, 1994.

### III.

#### 3.1. Invisibles

- *Buenos días –dijo el zorro.*
- *Buenos días –respondió con cortesía el principito, volviéndose pero sin ver nada.*

Así comienza el capítulo XXI, que trata la historia del principito con el zorro. Antes del saludo, el principito era invisible para el zorro. Existían pero no trascendía. No había relación. Sin el saludo, el zorro seguramente hubiera dejado de ser un personaje del libro. Cuesta reconocer, pero inevitablemente esta es la regla en las relaciones humanas. Sólo imagínese usted, apenas sale de su casa u oficina, cuantas personas encuentra por su camino, que manejan los autos, que cruzan la calle, que dirigen el tránsito, que manejan bicicleta, que entran a restaurantes, que salen de almacenes, que toman bus... No sabemos quiénes son ni nos importa. Nadie toma la iniciativa y hasta parecería que no hace falta. Alguien de ellos o ellas morirá en pocos minutos, sabrá que tiene cáncer en pocos meses, se convertirá en padre, encontrará el amor de su vida, le entregarán el premio al mejor trabajador, se graduará del colegio, recibirá su primer sueldo, tendrá el financiamiento para comprar su casa, decidirá estudiar en el extranjero, pensará que el perro es su mejor amigo, comparará a su esposa con su madre, estará satisfecho consigo mismo, escogerá la mejor forma de suicidarse... Somos invisibles para ellos y ellos son invisibles para nosotros, su vida no importa y la nuestra a ellos tampoco.

La historia está llena de personajes, la mayoría de ellos invisibles. Se dice que Philippe Ariès<sup>4</sup>, para reconstruir la historia de la infancia tuvo grandes problemas al no encontrar recuento por parte de los historiadores tradicionales<sup>5</sup>. Recurrió, entonces, a otras fuentes, entre ellas la Biblia y la pintura.

4 Véase Philippe Ariès, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Editorial Taurus, Madrid, 1987.

5 Véase sobre una bien documentada y sintética reconstrucción de la historia de la infancia, que incluye el desarrollo de los derechos de los niños y niñas en el derecho internacional, Farith Simon, *Derechos de la niñez y adolescencia: la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Tomo I, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2008, pp. 31-47.



En la primera se puede constatar que simplemente los niños y niñas no aparecen, y cuando lo hacen están en situaciones extremas: son personajes elegidos o divinos. Lo triste es que los elegidos aparecen en situaciones que hoy consideraríamos graves violaciones a los derechos humanos y hasta delitos contra la humanidad. Piénsese, por ejemplo, en José que fuera vendido por sus hermanos, en Moisés abandonado en el río Nilo en una canasta, en Abraham que iba a matar a su hijo Isaac en sacrificio de fe en la cima de una montaña, en la masacre de los inocentes<sup>6</sup> para evitar que nazca Cristo y el Niño Dios. De este último, para confirmar la invisibilidad, se sabe apenas el nacimiento y una escena con los sabios de la ley, a los doce años, del resto de su vida nada. En la pintura, los niños no aparecen porque simplemente no son tomados en cuenta. Cuando aparecen, lo hacen como si fuesen adultos chiquitos, como ángeles y ya bien entrada la modernidad comienzan a ser retratados. Esto refleja que en la historia fueron invisibles. Lo mismo de la invisibilidad se puede predicar de las otras diversidades. La historia tradicional siempre se ocupó de las personas que tienen poder y lo ejercen, como presidentes, monarcas, reyes, incas, faraones, que eran no casualmente hombres y ricos. Construir la historia desde la perspectiva de las personas sin poder y diversas, sigue siendo una tarea pendiente<sup>7</sup>.

Pero también hay invisibilidades estructurales, que son muy preocupantes, y que tiene que ver con sociedades como las nuestras que producen y perpetúan situaciones de exclusión social y económica, derivada de niveles extremos de desigualdad. En palabras de Vilhena:

- 6 La masacre de inocentes, al igual que todos los tratos crueles a los niños, no tienen en la biblia un rechazo moral por parte de quienes escriben el texto, simplemente porque era normal o no era censurable vender, maltratar, abandonar o matar niños y niñas. Un relato particularmente sensible sobre lo que podría haber sido esa masacre, lo encontramos en José Saramago, *El evangelio según Jesucristo*, Alfaguara.
- 7 El primer libro que leí sobre ese esfuerzo de construir la historia desde quienes están en situación de vulnerabilidad o de víctimas de genocidios y etnocidios, fue de Eduardo Galeano, *Las venas abiertas de América Latina*; y otro libro maravilloso que reconstruye la historia desde los indígenas, los obreros, las mujeres y otros personajes invisibilizados es Howard Zinn, *People History of United States*. También es interesante la serie en cuatro tomos denominada *A history of women*, editada por Pauline Schmitt. Ese esfuerzo también puede verse, a escala nacional, en *Nueva Historia del Ecuador* de Enrique Ayala Mora y *Las Mujeres en la independencia* de Jenny Londoño.

la invisibilidad aquí significa que el sufrimiento humano de ciertos segmentos de la sociedad no causa una reacción moral o política en los más beneficiados y no dispara una respuesta legal en los funcionarios estatales. La pérdida de vidas humanas o la ofensa a la dignidad de los pobres, si bien se informa y se reconoce extensamente, es invisible en el sentido de que no da lugar a una reacción política o jurídica ni estimula un cambio social<sup>8</sup>.

Pasemos revista, muy brevemente, a dos cifras, que suelen esconder el rostro y que no describen el dolor humano de seres que están atrás de cada número. 6.800 niños y niñas mueren cada año en Ecuador, “cifra comparable con las víctimas de huracanes y terremotos”<sup>9</sup>, cada año mueren 140.000 personas por homicidios en Latinoamérica<sup>10</sup>, la mayoría de estos son jóvenes y además pobres. Estas vidas perdidas no han generado ningún tipo de responsabilidad alguna, si uno compara el número de condenados por homicidio y el número de muertes sucedidas. Este panorama es más dramático si consideramos la violencia ejercida por el estado contra las personas, por medio de mecanismos como las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones, la tortura y demás graves violaciones de los derechos humanos<sup>11</sup>, que han arrojado cifras alarmantes, como 200.000 muertes en Guatemala o 75.000 muertes en Perú. La misma invisibilidad se puede percibir en cuanto a la naturaleza como ser vivo; por ejemplo, los árboles se convierten en pies cúbicos de madera y las raíces se vuelven invisibles al carecer de utilidad económica<sup>12</sup>.

En términos institucionales podríamos afirmar que existe total impunidad por parte del estado ante esas muertes, y en términos personales esas cifras y esa realidad no despierta nuestra capacidad de compasión y solidaridad. Es decir, tanto para el estado como para las personas esas vidas no tienen valor alguno, son invisibles.

8 Oscar Vilhena Vieira, “Desigualdad y Estado de Derecho”, en *Sur Revista Internacional de derechos humanos*, No. 6, Año 4, Brasil, 2007, pp. 42-43.

9 UNICEF, “Ecuador–Panorama general”, Internet, <http://www.unicef.org/ecuador/overview.html>, Acceso: 23 abril 2010.

10 Fernando Carrión, “La violencia latinoamericana”, Internet, [http://www.flacso.org.ec/docs/lfc\\_violencialatino.pdf](http://www.flacso.org.ec/docs/lfc_violencialatino.pdf), Acceso: 23 abril 2010. Las cifras corresponden al BID, al año 2001.

11 Véase Eugenio Raúl Zaffaroni, *Muertes anunciadas*, 1993.

12 Eduardo Gudynas, *El mandato ecológico. Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Abya Yala, 2009, p. 68.

Algunos, como el zorro, se hacen notar, a veces de manera amable y otras desagradable, saludan, ceden el puesto, pitan, casi atropellan aún cuando uno va por el paso cebra, insultan, extienden la mano para cobrar el peaje, piden licencia, venden baratijas en las esquinas de las calles, dan la hora, informan cuando se les pregunta, cometen infracciones penales... Sin embargo, siguen siendo invisibles. En la historia, nuestros protagonistas no se permitieron, al menos por unos momentos, seguir su camino.

El zorro, la relación comienza, y este hecho no es poca cosa. Como veremos, el principito tiene de inicio la ventaja de tener apariencia humana y el zorro, al ser un animal, es perseguido por cazadores. A pesar de esa situación desapareja, el zorro llama la atención al posible cazador. Cuando uno mira, ligeramente, la historia de los derechos humanos y las grandes conquistas sociales por mejores condiciones de vida, uno puede sacar una constatación: quienes tienen poder no ceden de buena gana y por su propia iniciativa, y quienes se hacen escuchar son aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Ejemplifiquemos con algunos hitos históricos. En la revolución francesa, la aristocracia tenía el poder político y tuvo que ceder frente a la presión de la burguesía ilustrada, vulnerables políticamente al momento, que promovió la caída de la monarquía y el sometimiento del poder a las leyes diseñadas por la clase política emergente. En las reformas sociales de la primera mitad del siglo pasado, los empresarios y los dueños de los medios de producción ceden ante la lucha por mejores condiciones laborales de los obreros, que manifestaron su voz por medio de huelgas y protestas. En los Estados Unidos, el poder hegemónico de los “blancos” sobre los afrodescendientes, que habían instaurado prácticamente un régimen de *apartheid* en el que los espacios públicos estaban claramente marcados y diferenciados en detrimento de los segundos, el movimiento de derechos civiles se hizo escuchar mediante manifestaciones pacíficas. Algo parecido sucedió en la India, con el movimiento liderado por Gandhi ante el poder dominante inglés, que monopolizaba la sal, la industria textil y el control político, por medio de manifestaciones pacíficas los hindúes lograron no sólo ser escuchados, sino hasta su independencia<sup>13</sup>. Las mujeres, por su lado, también se hicieron escuchar acercándose a votar, matriculándose en universi-

---

13 Véase Larry Collins y Dominique Lapierre, *Esta noche la libertad*.

dades, demandando judicialmente, huyendo de sus casas, reclamando espacios que eran reservados sólo para los hombres<sup>14</sup>. En Ecuador, por citar un ejemplo, los indígenas son quienes levantan la voz para ser escuchados y hacer notar sus injustas condiciones de vida<sup>15</sup>.

Por su parte, el *Buenos días* del principito es la típica respuesta que se dice inconsciente y monótonamente. Contesta sin decir nada. Recuerdo un cuento en el que el niño escuchaba el llamado de un libro y tiene la tentación de no escuchar o contestar sin significar: “No era cosa de hacer lo mismo que los mayores, con sus irritantes “sí, claro”, esa frase que solía querer decir “ni te oigo”<sup>16</sup>.

El zorro toma la iniciativa, como lo hicieron los burgueses, los obreros, campesinos, los afrodescendientes, los colonizados, las mujeres, los indígenas, los niños y las niñas.

– *Estoy aquí, bajo el manzano –dijo la voz.*

El zorro es un animal que come gallinas y que huye de los seres humanos porque, al comer lo mismo, son cazados. En la cabeza de el principito no hay representación del zorro, no tiene categorías para verlo, es invisible, no existe; en la del zorro, en cambio, el principito es un ser humano que puede matarlo. En estas relaciones, como en cualquier otra, existen contextos que ayudan a entender las dinámicas sociales. El principito es un ser, con apariencia humana desde la mirada del zorro, que aburrido de su vida en su planeta siente la necesidad de tener amigos, no conoce en su vida nada más que tres volcanes, una rosa, algunos adultos egoístas y una serpiente, está triste y hasta acaba de llorar pocos minutos antes del encuentro. Hay, en suma, una relación de poder. El zorro está en desventaja y también tiene más de una razón para tener miedo.

El manzano es un elemento importante en este momento de la construcción de la relación. Si el zorro y el principito estuviesen en igualdad de

14 Sobre las reivindicaciones del feminismo, véase Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, *El género en el derecho. Ensayos críticos*.

15 En 1991, los indígenas se tomaron pacíficamente algunas iglesias de Quito y, por primera vez en nuestra historia, se logran sentar en una mesa con el Presidente de la República.

16 Gonzalo Moure, *El oso que leía niños*, Ediciones S.M, España, 2000, p. 47.

condiciones, el zorro no se hubiere escondido tras el árbol. El manzano es un mecanismo de defensa ante la posible amenaza de un humano cazador. El manzano, además, impide que el otro lo vea aunque lo puede escuchar.

El manzano es el miedo, el anonimato, el elemento que esconde la identidad pero que no impide el reclamo de atención. No es casual que muchas mujeres, ante el rechazo de los hombres, tuvieran que escribir con seudónimos para poder ser leídas sin censura. Este fue el caso de Amandine Aurore Lucie Dupin, escritora francesa que escribió bajo el seudónimo de George Sand, que le haría famosa<sup>17</sup>. Tampoco es casual que, ante un empresario o una empresa, las personas tengan que asociarse con otras para poder reclamar, sabiendo que si salen del manzano pueden ser despedidas. Cuando los medios de comunicación no recogen la voz de algunos grupos, aparecen *grafitti* en las paredes con mensajes que no difunden los periódicos ni los noticieros. El chisme y hasta el chiste también suele ser un mecanismo parecido al manzano para expresar descontento<sup>18</sup>. Sin el manzano, muchas veces no habría forma de expresarse. El manzano es, pues, el panfleto o libro sin firma o con seudónimo, el comité de huelga, el grafito, el chisme y el chiste, y mil formas más que buscan medios de expresión que, de otra manera, sería anulada o no sería emitida.

Como no se conocen el principito y el zorro, conviene tomar precauciones. Lo importante es ser escuchado. Después de la primera escucha pueden presentarse tres escenarios: continúa siendo invisible, establecen una relación y le consideran un objeto o le tratan como sujeto.

### 3.2. Objeto

– *¿Quién eres? –dijo el principito–. Eres muy bonito...*

– *Soy un zorro –dijo el zorro.*

– *Ven a jugar conmigo –le propuso el principito–, ¡estoy tan triste!*

17 Rosa Montero, “George Sand, La plenitud”, en *Historia de mujeres*, Santillana Ediciones, España, 2007, pp. 152-153.

18 James Scott le llama a esta forma de resistencia *hidden transcript*, por oposición al *public transcript*. El primero se manifiesta por medio de miradas, susurros, chismes, gestos y otras formas que no son fáciles de comprender para la cultura dominante, que domina el espacio público y las formas convencionales de comunicación. Véase James Scott, *Domination and the arts of resistance*, Yale University Press, 1990, p. 18.

El principito hace una pregunta que puede tener una respuesta muy simple, si se trata sólo de identificarse, o harto compleja si lo que está buscando es la esencia de un ser. Al parecer, por los comentarios del principito y por su invitación, no le interesaba realmente la respuesta. Algo así nos sucede cuando nos encontramos con un conocido y le preguntamos “cómo estás” y la respuesta es “bien”, aunque la verdad es que no nos interesa saber cómo está ni tampoco a la otra persona le interesaría saber que nos encontramos en la más terrible depresión.

Sorprende el calificativo que sigue a la pregunta y el hecho de que el principito se permita decir que el zorro es muy lindo. En esta línea encontramos algo que ya nos sospechábamos al inicio y que justifica el hecho de que el zorro se esconda detrás del manzano: el principito tiene poder. La calificación a otra persona, y por supuesto a un objeto, es una de las manifestaciones del ejercicio del poder. Por el contrario, quien no ejerce poder no cree tener el derecho de calificar. Piénsese, por ejemplo, en la relación entre un jefe y un subordinado; el primero puede decir que el trabajo del segundo es desastroso e inútil y casi nunca al contrario. En mis clases de género y derecho, reiteradamente las estudiantes solían contar que cuando van a los juzgados, los servidores judiciales suelen decirles “doctorita”, “bonita”, “princesa”, y que ellas no se atrevían ni se les ocurría decirles lo equivalente. En una sociedad patriarcal como la nuestra, es común que los hombres se permitan “vacilar” a cualquier mujer que pase por la calle, y esto sin importar el estrato social. En las relaciones entre adultos, niños y niñas, los primeros, padres o profesores, no sólo que solemos adjetivar el comportamiento de nuestros hijos o hijas, alumnos o alumnas, sino hasta podemos calificar la conducta y el comportamiento: tres puntos menos, cero en conducta, parado frente a la pared, expulsado de la clase, perdido el año.... Nunca sucede lo contrario. Alzar la voz a la mamá es una falta muy grave y al profesor puede significar la expulsión del aula o cero en conducta. Obviamente, en nuestro cuento, al igual que la mujer que camina en la calle o visita un juzgado o el niño en el aula, el zorro en momento alguno se permite calificar al principito.

Sin embargo, lo importante de este momento es que el zorro ya no sólo es escuchado, sino también visibilizado. El zorro lo mira, sale del manzano y permite ser mirado. Sólo que la mirada del principito no es la mejor ni la más adecuada.

La respuesta del zorro puede ser desconcertante: "Soy un zorro". Podría sonar, a primera vista, una respuesta tautológica, soy yo mismo, soy mi esencia, o como el mismo Jehová contestó a Moisés "soy el que soy"<sup>19</sup> (la verdad es que esta respuesta sí es tautológica, si contestaba soy dios, que quizá hubiese sonado poco humilde, lo hacía en términos equivalentes a nuestro zorro). Le dice, en pocas palabras, que no es un niño, que es diferente, que, como dicen algunos, "nada que ver" con el principito. Pero el principito no escucha.

El principito tiene una necesidad y un plan, quiere dejar de estar triste y quiere jugar. No le importa que el zorro no sea un niño ni que sepa qué es lo que hace un niño. Estamos en este segundo momento de las relaciones interpersonales, el principito trata como objeto al zorro.

En este punto creo que conviene tener una definición operativa sobre el poder, consciente de que es un concepto complejo y que puede tener muchas acepciones. Al poder lo entenderemos como la capacidad de incidir en las decisiones de otras personas. Si una persona toma, sin consideración alguna, completamente la decisión por otra, tiene poder total sobre ese ser. Si una persona tiene la capacidad para tomar decisiones por sí misma, está "empoderada".

El principito ejerce poder sobre el zorro y toma una decisión sin consultar, y lo hace de una forma imperativa, que es la forma de emitir una orden y ejercer el poder: "Ven a jugar conmigo". No espera oposición ni respuesta. Sólo quiere que se haga lo que él necesita. El principito quiere imponer su voluntad y es, en pocas palabras, autoritario. El querer, la necesidad, la esencia del zorro no cuenta para nada.

Como si dar la orden no fuera poco, el principito además intenta, para asegurar su voluntad, despertar compasión en el zorro y le dice que está tan triste. Es decir, el principito utiliza una de las formas más sutiles para objetivar al otro: manipula. Quiere lograr su voluntad enfatizando en la necesidad unilateral de una de las partes. En las relaciones interpersonales es tan común encontrar estos recursos que usa el principito; por ejemplo, para evitar una ruptura sentimental o para conseguir alguna conducta de la otra parte, una persona dice a la otra que no podría vivir sin ella, que se va a matar, que se va a deprimir, que la vida pierde sentido, que va a dejar de comer (esto me dicen mis hijas), que se va a enojar (esto, en cambio, digo yo a mis hijas

---

19 Éxodo, 3:14.

cuando no comen). Somos manipuladores por excelencia y usamos este recurso más frecuentemente de lo que nos imaginamos. En el trabajo, pido a la otra persona que haga la tarea que me corresponde porque estoy cansado, no tengo ánimo, me duele la muela, no tengo tiempo, tengo otra cosa más importante que hacer... en suma, impongo mi necesidad y mi justificación sin esperar respuesta.

A nivel estatal y en los espacios públicos suele suceder algo parecido. El gobierno hace un ajuste estructural o toma una medida económica drástica, y pide comprensión y sacrificio si es que éstas afectan a la canasta básica.

Otra forma de llegar al mismo resultado, y no pongo mucho énfasis en esta forma, es por intermedio de la fórmula kantiana de la dignidad: nadie puede ser un medio para cumplir los fines de otros<sup>20</sup>. En el caso que analizamos, el principito impone sus fines y utiliza al zorro como un medio. Al tratar como un mero medio al zorro, le está privando de ser un fin en sí mismo, luego el principito atenta contra la dignidad del zorro.

El cuento nos describe, en dos líneas, los mecanismos más usuales para objetivar a otra persona: ordenar y manipular. Las órdenes pueden ser acompañadas de la fuerza y la manipulación de la amenaza. Pero hay un extremo que quiero mencionar en la objetivación de otra persona, que Oscar Vilhena lo denomina “demonizar”, que nos lleva otra vez a la relación entre estado con la persona en términos estructurales.

La demonización es un proceso por el cual la sociedad hace una deconstrucción de la imagen humana de sus enemigos, que en adelante no merecerían estar incluidos dentro del reino de la ley... se volvieron parte de las “clases torturables”. Cualquier intento por eliminar o por infligir un daño a los demonizados queda legitimado socialmente, y legalmente inmune<sup>21</sup>.

20 Sobre el contexto, la descripción y la aplicación del concepto de dignidad puede consultarse, en la misma Serie Justicia y Derechos Humanos/Neoconstitucionalismo y sociedad, el artículo de mi autoría denominado “Derechos de la naturaleza: fundamentación y regulación constitucional”, en el tomo dedicado a los derechos de la naturaleza. También, la fuente original, Kant immanuel, “The doctrine of virtue”, en *Metaphysics of morals*, citado por Steiner Henry y Philip Alston, *International Human Right in context, Law Politics and Morals*, Oxford University Press, Second Edition, 2000, pp. 261-263.

21 Oscar Vilhena Vieira, “Desigualdad y Estado de Derecho”, en *Sur Revista Internacional de derechos humanos*, N. 6, Año 4, Brasil, 2007, p. 44.



Si los pobres, o los más débiles o los que están socialmente en situación de vulnerabilidad, en las cifras o en la impunidad son invisibilizados, ahora en cambio son vistos y considerados, en peores formas. Éstos son perseguidos y hasta muertos, son funcionales para calmar la sed de seguridad ciudadana y contra ellos se declara una guerra contra la delincuencia<sup>22</sup>.

Otra forma cruel de objetivar es por medio de la explotación laboral. Ecuador, según reportes de la OIT<sup>23</sup>, tiene 779.000 niños y niñas trabajadoras (21% del total de niños y niñas), de estos, el 80% está dentro de las peores formas de trabajo infantil (algunos trabajan más de 30 horas, en horarios nocturnos y no asisten a la escuela). Sin duda, esta mano de obra es más barata y quizá hasta más ágil. Los niños y niñas tienen como fin desarrollar al máximo sus libertades y derechos; las empresas tienen como fin obtener mayores ganancias a menor costo. Las empresas ejercen poder sobre los niños y niñas trabajadoras que tienen que hacer labores prohibidas por la ley aun contra su voluntad; desde la perspectiva de la dignidad, los niños y niñas trabajadoras son medios para cumplir los fines de las empresas, y sus propios fines son irrelevantes. Es decir, los niños y niñas son visibles pero son tratados como objetos.

### 3.3. Sujetos: el proceso de construcción

– *No puedo jugar contigo –dijo el zorro–. No estoy domesticado*<sup>24</sup>.  
– *¡Ah, perdón! –dijo el principito.*

Si el zorro optaba por jugar con el principito, aun sin saber cómo, definitivamente el principito consolidaría su poder. Pero el zorro dice algo que

22 Eugenio Raúl Zaffaroni, “The right to life and Latin American Systems”, Internet, [www.jstor.org/stable](http://www.jstor.org/stable), Acceso: 23 abril 2010.

23 OIT, “Ficha país Ecuador, situación y avances sobre el trabajo infantil”, Internet, <http://white.oit.org/pelipecl/documentos/fichaecuador.pdf>, Acceso: 23 abril 2010.

24 No hay que confundir la acepción de “domesticar” dada por Paulo Freire, por medio de la cual uno se apropia como objeto del otro, y éste responde a mis necesidades y “ordenar”. Domesticar, como se hace con un animal de casa, significa hacer dócil al otro para que pueda ser fácilmente manipulado. La concepción de domesticar en el principito tiene una relación diametralmente opuesta, se trata, en cambio, de construir una relación entre sujetos. Quizá sea una cuestión de traducción. En la versión original, francesa, se utiliza la palabra *apprivoiser*.

no muchas personas podemos expresar: no. El zorro es sujeto, tiene fines propios y no quiere ser manipulado. Dos letras, un monosílabo, puede ser tan difícil de decir y que puedan poner límites a la voluntad del otro. Cuando trabajaba con niños y niñas abusadas sexualmente, uno de los aprendizajes más lentos pero decisivos para evitar la reiteración del abuso o del maltrato físico, era el poder decir “no”, “no más”, “ya basta”. El “no” puede ser más significativo que la fuerza física, es como un escudo, como una señal de alarma, como un muro de contención. ¿Qué hubiese sido del zorro si éste era mascota de un ser humano? Seguro estaría jugando con el principito, movería la colita, lamería la cara del niño, se haría el muertito, se revolvería, le daría la patita y el principito quizá diría que el mejor amigo del ser humano es el zorro, no se sentiría solo ni triste. El zorro, en otras palabras, le dice que no es un niño y que, por tanto, no sabe jugar.

El “no” puede expresarse también con hechos. Algunos niños y niñas se fugan de sus colegios, se escapan de sus casas, denuncian a los adultos que deben cuidarlos, se deprimen, se esconden, se enferman, se molestan. A veces, tan insensibles que somos los adultos, no sabemos leer adecuadamente esos “no” de los niños y niñas, y persistimos en la conducta objetivante, manipuladora o demonizadora.

El zorro no dice un “no” absoluto y decisivo, que a veces hay que ponerlo, sino que plantea una condición: estar domesticado. Puede ser que el zorro admita jugar con el principito pero a condición de que acepte voluntariamente hacerlo. En esta hipótesis, el zorro convierte en fin propio el fin del principito y deja de ser indigno. Pero para llegar a este punto hay que pasar por un proceso.

El primer paso de este proceso es admitir que objetivamos al otro y que, al hacerlo, cometemos errores. El principito pide “perdón” que es el principal puente que tiende hacia el zorro. El poderoso no sólo que admite estar equivocado sino también que se disculpa por la falta de respeto. Y esto sí que es sumamente difícil en la vida. Este cuento me ha enseñado lo importante del perdón en mi cotidianidad. No se imaginan cuánto me ha costado ofrecer disculpas a mis hijas cuando no he podido controlar mis iras y he gritado o golpeado la mesa; o más difícil aún, ofrecer disculpas a mis alumnos o alumnas cuando me he burlado en clase, he realizado una distinción injustificada o he hecho un chiste que les ha parecido desagradable. Difícil, pero necesario.

Si el principito no ofrecía perdón, muy seguramente seguía su camino en búsqueda de un amigo<sup>25</sup>.

No decir “perdón” es señal de orgullo, de poder que no se quiere ceder, es no admitir que el otro ser es diferente que yo y que, como tal, puede tener otros fines; es, en otras palabras, persistir en mis fines y en no reconocer que utilicé o pretendí utilizar a los otros como medios.

- ¿Qué significa “domesticar”?
- Tú no eres de aquí –dijo el zorro–. ¿Qué buscas?
- Busco a los hombres –dijo el principito–. ¿Qué significa “domesticar”?
- Los hombres –dijo el zorro– tienen escopetas y cazan. ¡Es muy fastidioso! También crían gallinas. Es su único interés. ¿Buscas gallinas?
- No –dijo el principito–. Busco amigos.

El poder, como lo describía Foucault, fluye<sup>26</sup>. El momento en que el zorro dijo “no” y el principito ofreció “perdón”, el poder se equilibró, pasó de un lado a otro. No es cierto que el poder está en una persona. ¿Qué pasa si a un presidente le deja de obedecer la población, como ha sucedido reiteradamente en Ecuador? ¿Qué pasa si los estudiantes dejan de asistir a una clase? ¿Qué pasa si los trabajadores dejan de trabajar? El poder se transfiere.

La relación entre el zorro y el principito es igualitaria. El zorro también pregunta y el principito quiere escuchar. El zorro averigua cuáles son los fines del principito y el principito quiere saber cuál es la fórmula para jugar con el zorro. Hay un interés mutuo y un serio esfuerzo por comprenderse el uno

25 Me acuerdo de una película denominada “Mi vida” (Bruce Joel Rubin, “My Life”, 1993, con Michael Keaton y Nicole Kidman) una película algo cursi, que trataba sobre la historia de un hombre a quien le diagnostican cáncer y que seguramente va a morir antes de que nazca su hijo, que se encuentra en el vientre de su esposa. Éste decide contarle su historia de vida, mediante de una filmación, para que su hijo sepa quién era su padre. En la filmación tiene que enfrentarse con su pasado y comprender sus relaciones tensas con su padre. Nada especial aparentemente, su padre trabajaba y le daba lo necesario. Pero el padre era severo y el hijo le tenía miedo, al punto que se escondía en un closet al escuchar los pasos de su padre. El problema se resuelve cuando el padre le ofrece perdón y el hijo lo acepta.

26 Michel Foucault, *The history of sexuality, An introduction*, Volume I, Vintage Books, New York, 1990: “power do not cancel or turn back against one another; they seek out, overlap, and reinforce one another... never have there existed more centers of power”, pp. 48-49; “Power is everywhere; not because it embraces everything, but because it comes from everywhere.”, p. 93.

al otro. El zorro transparenta su percepción de los seres humanos y busca saber si, como todos los cazadores, el principito también busca gallinas. Pero el principito también le transparentó su necesidad de encontrar amigos. De aquí en adelante el zorro le indicará al principito la forma de considerar sujetos a otros.

– ¿Qué significa “domesticar”?

– Es algo demasiado olvidado –dijo el zorro–. Significa “crear lazos...”.

– ¿Crear lazos?

– Claro –dijo el zorro–. Para mí, tú no eres todavía más que un niño parecido a cien mil niños. Y no te necesito. Y tú tampoco me necesitas. No soy para ti más que un zorro parecido a cien mil zorros. Pero, si me domesticas, nos necesitaremos el uno del otro. Serás para mí único en el mundo. Seré para ti único en el mundo...

En este pasaje encontramos una de las enseñanzas más importantes de la historia. Las personas débiles, en condición de vulnerabilidad, las no poderosas, las sometidas, las cazadas, las invisibles, las objetivadas, las demonizadas... tienen que enseñar.

Boaventura de Sousa Santos sostiene que en una relación de alteridad siempre el uno es ignorante en relación al otro y, al mismo tiempo, sabio<sup>27</sup>. No es como la relación lineal de progreso a la que nos acostumbró Hegel, en la que se puede comparar al desarrollo como una flecha, en cuya punta estaba el ideal de superación –y no casualmente–: Europa. El resto de continentes no teníamos historia y estábamos en estados primitivos, subdesarrollados, atrasados. Teníamos que seguir el mismo camino. Igual sucede en la relación entre dos culturas o dos personas. Podremos saber mucho sobre el idioma español, la literatura, la pintura, la religión occidental, pero poco sabemos sobre el quichua, las tradiciones orales, la cosmovisión y las ritualidades indígenas. En este sentido, puede suceder que seamos completamente ignorantes frente a los otros y viceversa. Pero lo que sería inconcebible considerar es el conocimiento desde una sola perspectiva, que sólo cabría en una relación objetivada y, bajo ese patrón, considerar desde mi cultura

27 Boaventura de Sousa Santos, *De la mano de Alicia, Lo social y lo político en la postmodernidad*, Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, Universidad de los Andes, Colombia, p. 122.

como ignorantes a quienes no la conocen. Desde el punto de ignorancia, el mundo es una cantera de conocimiento. El principito está abierto a conocer el mundo del zorro y el zorro también en relación al principito. El principito tiene la humildad para preguntar y buscar, reiteradamente, respuestas que no las sabe.

La necesidad y el valor es lo que distingue unos seres humanos de otros. El momento en que se tiene conciencia de que el otro es necesario, se le valora (valorar en el sentido de cuidar, respetar y admirar). Si se siente que no se necesita y que, por tanto, no se valora, puede suceder que se descienda al otro al plano de objeto o de invisible.

Cuando el padre o la madre tienen conciencia de que necesitan de sus hijos o hijas para ser tales, que el profesor podrá ser cualquier cosa menos maestro sin estudiantes, que los médicos no podrían ejercer su profesión sin personas enfermas, que los curas no podrían dar la misa sin feligreses, entonces valoraríamos a quienes consideramos que nos deben agradecer. A veces creemos que sólo nosotros somos necesarios para los otros, que sólo los otros deben valorarnos. Este es un error propio de relaciones que, Paulo Freire, llamaba antidualógicas<sup>28</sup>.

La relación antidualógica sirve a la opresión y se caracteriza por cuatro elementos: la conquista, la división, la manipulación y la invasión cultural. Dominada la persona, se debe lograr una especie de amortiguamiento o estado de anestesia para poder manipular y asimilar a un modelo cultural.

*– Empiezo a comprender –dijo el principito–. Hay una flor... Creo que me ha domesticado...*

El principito se da cuenta de que ha tenido una relación con su rosa y que esta no ha sido valorada de forma adecuada. Tal vez el principito ha tenido una relación antidualógica y ha considerado a su rosa como un objeto. Pero nunca es tarde. A la distancia, comienza a valorar a su rosa y a darse cuenta de que es única. La misma relación, con las mismas personas, cobra otro sentido.

28 Paulo Freire, *Pedagogía del oprimido*, Siglo XX Editores, quincuagésima tercera edición, Uruguay, 2000, pp. 155-215.

*Pero el zorro volvió a su idea:*

*– Mi vida es monótona. Yo cazo gallinas, los hombres me cazan a mí. Todas las gallinas se parecen y todos los hombres se parecen. Por eso me aburro un poco. Pero si me domesticas, será como si mi vida se bañara de sol. Conoceré un ruido de pasos que será diferente de todos los otros. Los otros pasos me hacen meterme bajo tierra. El tuyo me llamará fuera del cubil, como una música. Además, fijate: ¿Ves allá los campos de trigo? Yo no como pan. Para mí el trigo es inútil. Los campos de trigo no me recuerdan nada. ¡Y eso es muy triste! Pero tú tienes cabellos de color de oro. ¡Entonces, cuando me hayas domesticado, será maravilloso! El trigo, que es dorado, me traerá tu recuerdo. Y me gustará el rumor del viento en el trigo...*

En este pasaje se establece la diferencia entre una relación en la que se considera objeto a una de las partes y las ventajas de tratar como sujeto. Saint-Exupéry lo hace de una manera harto poética. La vida entre seres que son invisibles y objetos es monótona, aburrida, miedosa, sombría. En cambio, la vida entre seres que se valoran es como música y llena de luz. Me acuerdo, en el primer caso, como una pesadilla mi aprendizaje en la escuela, mis primeros años, cuando me enseñaron a escribir o mis clases de educación física. Todas las clases se parecían y lo mejor era esperar el sonido estruendoso de la sirena que marcaba el fin de la clase. Los profesores tenían una forma particular en hacerse temer; ejercían su autoridad por medio de gritos, reglazos cuando uno tenía mala letra, hacían conejo (levantar el cuerpo agarrando las orejas), entregaban las tareas escolares desde el que tenía la mejor nota hasta el que tenía la peor, que feo era ser humillado ante todos y recibir el cuaderno al final, con una nota en rojo y una reprimenda en público... Algo así debe haber sentido el zorro cuando escuchaba los pasos de los cazadores. En cambio, que maravilla recordar a esas personas que nos trataron bien, que nos valoraron, que nos hicieron reír, que nos enseñaron que la vida valía la pena vivir.

Los recuerdos... y de eso también nos habla el zorro. Sucede que mientras uno más envejece, más relevancia cobran los recuerdos. Hay un punto en la vida en que todo es recuerdo y ese momento es la vejez. En ese punto, los buenos recuerdos nos hacen sentir algo parecido al calor en el corazón y los malos recuerdos nos hacen sufrir. Póngase a pensar en su vida, y seguro podrá constatar que los buenos recuerdos tienen que ver con relaciones en las cuales

nos trataron como sujetos y los malos recuerdos casi siempre, en cambio, cuando nos trataron como objetos. Una de las dinámicas grupales que se solía hacer en los talleres cuando se trataba sobre la sensibilización en derechos de los niños, consistía en pedir que las personas cierren sus ojos y recuerden su infancia. Dramático era constatar el dolor a flor de piel del abandono, del abuso, de demonización o de la invisibilización; y también reconfortante era escuchar el cariño, el amor, la comprensión, la trascendencia de algunos seres que dejaron huellas positivas en otras. ¿De qué sirve tratar como sujetos de derechos a las personas? El zorro evoca el color del trigo con el recuerdo del pelo del principito. Sin el recuerdo del principito el trigo no significa nada. El recuerdo alimentará la autoestima del zorro, que fue valorado, único y necesario para el principito, y acudirá a él cada vez que necesite fuerza. Lo mismo le pasará al aviador de la historia, que es el mismo Saint-Exupéry, cuando el principito le diga, al final de la historia, que cuando mire las estrellas piense que en alguna de ellas hay un niño que ríe al ver atardeceres, cuidar su rosa y limpiar sus volcanes. De alguna manera, y esto en términos utilitaristas, tratar a otros como sujetos es una inversión que cobra sentido con el tiempo. Trascienden y nos dan alegría los buenos maestros, los jefes comprensivos, las personas que nos sonrieron y nos ayudaron, los padres y madres que supieron considerarnos y jugar con nosotros, los compañeros que fueron solidarios...

*El zorro calló y miró largo tiempo al principito:*

*– ¡Por favor... domesticame! –dijo.*

*– Como quieras –contestó el principito–, pero no tengo mucho tiempo. Tengo que encontrar amigos y conocer muchas cosas.*

*– Sólo se conocen las cosas que se domestican –dijo el zorro–. Los hombres ya no tienen tiempo de conocer nada. Compran cosas hechas a los vendedores. Pero como no existen vendedores de amigos, los hombres ya no tienen amigos. ¡Si quieres un amigo, domesticame!*

*– ¿Qué hay que hacer? –dijo el principito.*

*– Hay que tener mucha paciencia –respondió el zorro–. Empezarás por sentarte un poco lejos de mí, así, en la hierba. Te miraré de reojo y no dirás nada. El lenguaje es fuente de malentendidos. Pero cada día podrás sentarte un poco más cerca...*

El zorro usa dos herramientas poderosas: el silencio y la mirada; el lenguaje es fuente de malos entendidos. Nuestro mundo moderno suele ser, en cambio, muy ruidoso y carente de miradas. Ruido, mucho ruido<sup>29</sup>. Mirar a los ojos, que son ventanas del alma, son formas también muy poco usadas y muy potentes de comunicación. En esos momentos posiblemente el zorro no sabía cómo proponer ser amigo del principito o quizás estaba invitándole ya con la mirada. Pero el principito, acostumbrado como estaba a tratar como objetos a sus seres queridos, aún no entiende. Cree, como buen humano y antropocéntrico, que sólo se puede ser amigo de seres humanos. Al final, cede y sin mucho convencimiento. Se abre a nuevas experiencias, que no suele suceder cuando nosotros tenemos una actitud de búsqueda y nos concentramos en objetivos preestablecidos<sup>30</sup>, y decidir intentar domesticar al zorro. El zorro, siempre enseñando, le reta a conocerle. Sólo se valora y se necesita algo o a alguien cuando se le conoce.

El principito esgrime como excusa el recurso más escaso de nuestro sistema occidental de vida (por no decir capitalista o neoliberal): el tiempo. ¡No tiene tiempo! Y este es uno de nuestros peores males. Hacemos lo urgente y dejamos de hacer lo necesario. La vida es lo que pasa mientras nosotros hacemos cualquier otra cosa. No tenemos tiempo para jugar, para conversar, para detenernos en nuestro informe, para escuchar el drama que vive nuestro colega, para buscar el juguete que se le perdió a nuestra hija, para leer un cuento, para aparentemente no hacer nada, ¡porque tenemos que trabajar!

29 Ruido de ventanas.../ruido de tijeras/ruido de escaleras/ que se acaban por bajar.../Ruido de tenazas/ ruido de estaciones/ ruido de amenazas/ruido de escorpiones/Ruido de abogados/ruido compartido/ruido envenenado/demasiado ruido/Ruido platos rotos/ruido años perdidos/ruido viejas fotos/ ruido empedernido/Ruido de cristales/ruido de gemidos/ruidos animales/contagioso ruido/Ruido mentiroso/ruido entrometido/ruido escandaloso/silencioso ruido/Ruido acomplejado/ruido invertido/ruido del pasado/descastado ruido/Ruido de conjuros/ruido malnacido/ruido tan oscuro/puro y duro ruido. /Ruido qué me has hecho/ruido yo no he sido/ruido insatisfecho/ruido a qué has venido/Ruido como sables/Ruido enloquecido/ruido intolerable/ruido incomprendido/Ruido de frenazos/ruido sin sentido/ruido de arañazos/ruido, ruido, ruido/Mucho, mucho ruido, tanto, tanto ruido/ Tanto ruido y al final... la soledad... Joaquín Sabina, "Ruido", *Esta boca es mía*, 1994.

30 Algo parecido le sucedió a *Siddhartha*, de Herman Hesse, que durante toda la novela está buscando y buscando, y en eso se pierde muchas experiencias que le ofrece la vida, hasta que, en cambio, al estar en actitud de encuentro, se abre a lo que le ofrece la vida.



El amor, lo esencial, la amistad, el ser y tratar como sujetos, no puede ser objeto de comercio ni entra en las relaciones económicas. La amistad no se vende ni se compra. En nuestro mundo, parecería que todo es objeto de comercio. Las propagandas nos anuncian que se puede conseguir la felicidad comprando una casa, la familia comprando una refrigeradora, la autoestima comprando cigarrillos, el estatus comprando un auto, la valentía comprando un traje de *Power Ranger*, la seguridad comprando una póliza privada de salud, la solución a lo imprevisto ahorrando en un banco... Pero el zorro es muy claro, no existen vendedores de amigos y por eso los seres humanos no los tenemos. Las relaciones se construyen y requieren de tiempo, por escaso que sea.

Hay una maravillosa novela de Michel Ende, cuya protagonista es una niña de la calle, que se llama *Momo*, que trata sobre el tiempo. En la novela hay unos personajes, que son los hombres grises, que sólo fuman y son fríos, pasan convenciendo a la gente que tienen que ahorrar el tiempo en un banco. Así convence a todos los del barrio menos a Momo, que comprendía el valor de la amistad y el amor. Los hombres grises sacaban una libreta y anotaban, en el día, cuánto tiempo se trabajaba y cuánto tiempo se perdía en relacionarse con los demás. El tiempo es oro, mientras más se trabaja más se acumula, y mientras más se conversa, se mira a los ojos, se “pierde” conociendo o domesticando a otros, menos se gana. El resultado fue que los padres ya no podían cuidar a sus hijos y los pusieron en guarderías, las personas no podían cuidar a sus ancianos y los pusieron en asilos... Momo ya no tenía con quién jugar. Al final, Momo se enfrenta a los hombres grises y mientras más despacio andaba, más avanzaba, junto con una tortuga, y logra liberar el tiempo de la gente, para que pierdan domesticándose unos a otros.

En el poco tiempo que se tiene, hay que tener paciencia. ¿Cuál es la diferencia entre tratar a un niño o niña que se vacuna como sujeto o como objeto cuando se tiene dos minutos, en un Centro de Salud, y hay decenas de niños o niñas que esperan? Mucha. Como objeto, llega el niño o niña, le desnudan la nalga o el brazo, le inyectan, se llena una cartilla y sale. Esto se puede hacer sin hablar palabra y sin proferir emoción alguna. Como sujeto, en los mismos dos minutos, puedo sonreír, preguntar como está, explicar para qué sirve la vacuna, prestar un muñequito, cantar una canción, mimar, consolar... La diferencia es grande. Se puede pasar, al dirigirse a su escritorio,

sin saludar a nadie y sentarse, o se puede saludar con una sonrisa, estrechando la mano y mirando a los ojos. Todo es cuestión de actitud frente a los otros: invisibles, objetos o sujetos, depende de nosotros.

Por último, las palabras son fuente de malos entendidos. Las palabras engañan. No hay nada más cierto como esa frase que dice que no importa lo que se dice sino cómo se dice. Durante todo el tiempo, el zorro hace un llamado a observar lo esencial, que, en este caso, trasciende las palabras (y más tarde en el cuento lo visible).

*Al día siguiente volvió el principito.*

*– Hubiera sido mejor volver a la misma hora –dijo el zorro–. Si vienes, por ejemplo a las cuatro de la tarde, a partir de las tres empezaré a ser feliz. A medida que se acerque la hora me sentiré más feliz. Y a las cuatro, me agitaré y me inquietaré; ¡descubriré el precio de la felicidad! Pero si vienes en cualquier momento, no sabré nunca a qué hora vestirme el corazón... Los ritos son necesarios.*

*– ¿Qué es un rito? –dijo el principito.*

*– También es algo demasiado olvidado –dijo el zorro–. Es lo que hace que un día sea diferente de los otros días, una hora de las otras horas. Por ejemplo, entre mis cazadores hay un rito. Los jueves bailan con las chicas del pueblo. ¡Entonces los jueves son días maravillosos! Voy a pasearme hasta la viña. Si los cazadores bailaran en cualquier momento, todos los días se parecerían y yo no tendría vacaciones.*

En este pasaje encontramos dos ideas centrales: la correspondencia y el rito. En una relación dialógica, propia de sujetos de derechos, los derechos y las obligaciones son mutuos. El incumplimiento de una de ellas, conlleva a la decepción, a la objetivación, a la ruptura del compromiso. En esa lógica de los medios y los fines, uno se torna medio y deja de ser un fin. El corazón no se viste, dice el zorro. En cambio, el cumplimiento de obligaciones mutuas libremente asumidas conlleva a la felicidad. Qué maravillosa sensación es aquella del encuentro esperado, que nervios que da, particularmente cuando el encuentro se produce después del algún tiempo y con un ser querido. Así sucede también en la espera de un niño o niña deseados, en una cita entre novios, en la reunión de amigos de barrio o colegio. En la teoría de derechos

hay un principio que se llama de corresponsabilidad, que tiene que ser leído desde esta perspectiva, y no sólo como fuente de obligaciones de uno de los lados de la relación.

En cuanto al rito, es efectivamente como dice el zorro, algo olvidado entre los seres humanos. Los ritos suelen ser pocos y distanciados en el tiempo. Algunas vidas transcurren siempre esperando determinados ritos marcados socialmente: el nacimiento, el bautizo, la entrada a la escuela, la graduación, el matrimonio, la jubilación, el velorio. En el medio, todo rutina, nada, el tedio, el aburrimiento. Lo peor es que cuando llega el día, estamos tan estresados y nerviosos que ni siquiera disfrutamos el evento. El zorro hace un llamado a hacer de la vida un rito cotidiano, para evitar que todos los días se parezcan y todas las conductas sean predecibles. Así se logra que el zorro sea *mi* zorro y el principito sea *mi* principito, y que el tiempo, por poco que sea, tenga sentido en tanto fuente de felicidad, tranquilidad, “ritualidad”.

*Así, pues, el principito domesticó al zorro. Y cuando se acercó la hora de marcharse:*

– ¡Ah! –dijo el zorro–. ¡Lloraré!

– Tú tienes la culpa –dijo el principito–. Yo no quería hacerte daño, pero quisiste que te domesticara...

– Claro –dijo el zorro.

–Pero ¡vas a llorar! –dijo el principito.

– Claro –dijo el zorro.

– ¡Entonces no sales ganando con todo esto!

– Si salgo ganando –dijo el zorro– por el color del trigo.

Luego añadió:

– Vete a ver las rosas otra vez. Comprenderás que la tuya es única en el mundo. Volverás para decirme adiós y te regalaré un secreto.

Todo es finito en la vida. Cuando la relación ha sido entre dos sujetos, la terminación siempre es dolorosa. Y la relación termina por la separación, por la distancia, por la muerte. ¿Vale la pena construir una relación sabiendo que tiene que terminar y producir dolor? Hay una historia maravillosa de Miguel Delibes, que se llama *La sombra del ciprés es alargada*, en la que el

protagonista, que había sido abandonado por sus padres y abuelos en una pensión, logra hacer amistad de su compañero de cuarto, con quien siente por primera vez el amor, el cuidado, el respeto, el ser, en suma, sujeto. Este muere repentinamente provocando un dolor insuperable. Para evitar sentir ese dolor, el protagonista decide no volver a tener una relación dialógica. Decide ser un hombre solo y evita crear vínculos. Busca trabajos, como el de marinero, para evitar el contacto con seres humanos. Hasta que, en un puerto, muchos años más tarde, se enamora. Y el dilema vuelve. ¿Crea vínculos, sabiendo que puede volver a sentir dolor, o no? Opta por domesticar y el día en que decide dejar el mar y la persona a la que decide domesticar le espera en puerto, ante sus ojos, sufre un accidente y muere con un hijo en su vientre. Al final el protagonista aprende que, aún por los pocos momentos de felicidad que tuvo, valió la pena construir una relación y sufrir la pérdida. El principito, siempre aprendiendo del zorro, no entiende todavía el valor de la relación y tampoco su relación con la rosa.

El zorro le insiste al principito en el valor inmenso del recuerdo. El color del trigo y su cabellera. El buen recuerdo, nutre, aviva emociones, pinta colores al presente. Y para que entienda lo que siente el zorro frente al principito, le hace experimentar al principito con su rosa. Sin duda una de las mejores formas de entender al otro es, como se dice, poniéndose en sus zapatos.

*El principito se fue a ver la rosas otra vez:*

*– No os parecéis en nada a mi rosa, todavía no sois nada –les dijo–. Nadie os ha domesticado y no habéis domesticado a nadie. Sois como era antes mi zorro. No era más que un zorro parecido a otros cien mil zorros. Pero le hice mi amigo y ahora es único en el mundo.*

*Y las rosas se sentían muy molestas.*

*– Sois hermosas, pero estáis vacías –siguió diciéndoles–. No se puede morir por vosotras. Por supuesto, un transeúnte cualquiera creería que mi rosa se parece a vosotras, pero ella sola se sabe más importante que todas vosotras: porque yo la regué. Porque le maté las orugas (excepto dos o tres por lo de las mariposas). Porque le escuché quejarse o vanagloriarse, o incluso a veces callar. Porque es mi rosa.*

Entonces el principito entendió al zorro al comprender su relación con la rosa. A las rosas le dice que son invisibles, que son unas más del montón, a pesar de ser bonitas. Las rosas por supuesto que se enojaron. A nadie le gusta saber o sentirse objetos o invisibles. Así como son los seres humanos cuando somos transeúntes. Así incluso son nuestras apreciaciones culturales de otras culturas, solemos decir que todos los asiáticos son iguales, como decían en el *Planeta de los simios* de los seres humanos. Las rosas, como cualquier ser vivo, si no están en una relación dialógica, están vacías. De ahí la importancia de dejar de considerar a los seres humanos sólo números, estadísticas, registros, clasificaciones.

Cuando hay relación como sujetos se puede hacer sacrificios, tan grandes que hasta se puede dar la vida. El principito se da cuenta de que su rosa, a pesar de ser caprichosa y vanidosa, es única. Todo lo que hizo por ella valió la pena. Y así son las relaciones, nadie afirma que la vida es como una película con final feliz (así como son las historias de Walt Disney en las que el matrimonio con el príncipe es el comienzo de la vida feliz). En el rito del diario vivir, la construcción de los vínculos no suele ser fácil. La rosa se queja, se vanagloria, no se comunica, sin embargo tiene sentido cuidarla, limpiarla, quererla, porque al final la rosa es única y necesaria para el principito y viceversa. El principito ya está recordando, como le sugirió el zorro, y está sintiendo el valor de ser sujetos.

Se ha construido, pues, en términos de Freire, una relación dialógica, caracterizada por la colaboración, la unión, la organización y la síntesis cultural<sup>31</sup>.

*Y se dirigió otra vez hacia el zorro:*

*– Adiós –dijo.*

*– Adiós –dijo el zorro–. Este es mi secreto. Es muy sencillo: solo se ve bien con el corazón. Lo esencial es invisible a los ojos.*

*– Lo esencial es invisible a los ojos –repitió el principito para acordarse.*

*– El tiempo que perdiste con tu rosa hace que tu rosa sea tan importante.*

*– El tiempo que perdí con mi rosa... –dijo el principito para acordarse.*

*– Los hombres han olvidado esta verdad –dijo el zorro–. Pero tú no debes*

31 Paulo Freire, *op. cit.*, pp. 155-215-240.

*olvidarla. Te haces responsable para siempre de lo que has domesticado. Eres responsable de tu rosa...*

*– Soy responsable de mi rosa... –repitió el principito para acordarse.*

En este último párrafo encontramos uno de los desafíos más grandes para el conocimiento. En nuestra cultura occidental nadie podría negar que el conocimiento se centra en la racionalidad y en la experimentación. Nos aproximamos al mundo por medio de los sentidos y damos valor de verdad lo que puede ser demostrado científicamente. Este conocimiento lamentablemente ha tenido consecuencias negativas en la forma de concebir la vida. En primer lugar despreciamos y hasta negamos otras formas de conocimiento y, en segundo lugar, nos separamos de la cosa o persona conocida.

El sentimiento, la fe, la magia, la tradición, los mitos y otras formas no racionales de aprehender la vida no cuentan. Sólo lo que se percibe por medio de los sentidos y puede ser empíricamente demostrado tiene que ser creído. De ahí, nada extraño que el oficio racional sea más valorado que el manual. Se paga más a un gerente, a un ejecutivo, a un diseñador, a un ingeniero, a un abogado, que a quienes hacen labores manuales y de cuidado. El zorro invierte la carga tradicional de valoración, dice que lo más importante es imperceptible a lo experimentable y observable. El principito se refiere al corazón, a la emoción, al amor. Estas formas de aproximarse causan desconfianza y hasta burla en un ser racional. Me acuerdo que mi tesis doctoral, que trataba sobre la prisión preventiva, acababa con una frase de Tolstoi, sacada de su libro *Resurrección*. Y era que al final, el problema de la cárcel se resuelve con el amor, algo parecido de lo que sostendría Carnelutti en su libro *Las miserias del proceso penal*<sup>32</sup>. Una profesora me dijo que sonaba bonito pero que el amor no era una categoría jurídica. Desde su perspectiva, sin duda, tenía razón. El problema está en que no es la única perspectiva.

“Las apariencias engañan”, reza un dicho popular. Y nuestra sociedad se nutre de los prejuicios y de los estereotipos. Juzgamos a la gente por lo que dicen nuestros ojos y a primera vista. Si tiene apariencia de malo, por el color de la

---

32 Carnelutti afirma que el derecho tiene que ser un instrumento para la “civilidad”, entendida como la “capacidad de los hombres de amarse y, por eso, de vivir en paz”. En este contexto, para el jurista italiano, el proceso penal es un aspecto de la vida social que afecta a la civilidad. Francesco Carnelutti, *Las miserias del proceso penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1989, p. XI.

piel, la condición social o la nacionalidad, entonces le cierro las puertas para entablar una relación. Las personas no son lo que aparentan y lo que son sólo se puede saber a través del corazón. Sólo domesticando se puede conocer al otro.

El tiempo vuelve a ser un elemento importante. Las relaciones se construyen con tiempo y paciencia. Aparentemente, cuando se entablan relaciones, se pierde el tiempo, pero en el fondo se gana. En nuestra sociedad las labores de cuidado, que son las más esenciales, que se construyen con el corazón, son siempre despreciables. Lo triste del asunto es que cuando es muy tarde, nos damos cuenta de que valía la pena haber “perdido” el tiempo con nuestros seres queridos.

Finalmente, la cara complementaria de los derechos: la responsabilidad. El zorro le dice al principito que una vez domesticado, uno se hace responsable para siempre. En una relación entre sujetos los derechos son correlativos a las responsabilidades, de lo contrario estaríamos en una relación de objetos y de privilegios. La responsabilidad sintetiza toda la construcción de la relación dialógica: hay que evitar invisibilizar y objetivar, se requiere dedicar tiempo, paciencia con los caprichos y vanidades del otro, hay que respetar los compromisos, se debe ritualizar la relación, hay que valorar al otro, se debe conocer... sólo así las personas seremos necesarias y únicas a las otras.

*Sólo se ve bien con el corazón. Lo esencial es invisible a los ojos.*

## VI. El adultocentrismo

Los ismos no suelen llamar la atención sobre relaciones que son desiguales y discriminatorias. Así, el racismo tiene que ver con un grupo racial que se considera superior a otro, el *sexismo*<sup>33</sup> con la relación de subordinación de las mujeres a los hombres, el *especismo*<sup>34</sup> de la actitud depredadora de la

33 Véase Frances Olsen, “El sexo del derecho”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, *El género del derecho, Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos/Neoconstitucionalismo y sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas, Quito, 2009, p. 141.

34 Peter Singer, *Animal liberation, The definitive classic of the animal movement*, Harper Perennial modern classics, 2009, p. 6.

especie humana a otras especies de la naturaleza. El *adultocentrismo* es la relación de poder que ejercemos los adultos frente a los niños, niñas y adolescentes.

El principito es una fuente maravillosa para describir esa relación desigual entre niños y niñas con los adultos. De hecho, el protagonista es un niño y quien cuenta la historia es un adulto que, incesantemente, recuerda con cierta nostalgia y a ratos con dolor su niñez. El *adultocentrismo* aparece en varias circunstancias: cuando el autor describe sus relaciones de niño con otros adultos, y cuando el adulto autor se encuentra con el principito-niño. Al final, la estructura mediante la cual se convierte en objetos a los niños, niñas y adolescentes se llama *adultocentrismo*, y la lucha por ser sujetos de derecho tiene que ver con la eliminación de sociedades basadas en este y en todos los *ismos*.

Vamos a reflexionar, muy ligeramente, sobre las manifestaciones del *adultocentrismo* en *El principito*. De lo que se tratará es, ojalá, de vernos retratados en esas manifestaciones para tratar de no repetirlas o de no asumirlas como formas normales de relacionamiento.

La dedicatoria a León Werth abre el mundo que distingue a los niños y niñas de los adultos. El autor tiene que excusarse por dedicar un libro a una persona adulta, y de este modo marcar la diferencia entre un libro insensible al *adultocentrismo* y otro que pretende establecer pautas para evitarlo. Cuatro explicaciones ofrece: León es amigo, y en el contexto del libro quiere decir que está domesticado, entiende a los niños, tiene necesidades apremiantes (pasa hambre y frío, porque es un judío exiliado en pleno régimen fascista) y, por sobre todo, ha sido un niño.

Las personas adultas no entienden, necesitan explicaciones. Esta conclusión se llega después de comprobar la incapacidad de interpretar un dibujo, que representa a una boa comiéndose a un elefante, que los adultos siempre decían que era un sombrero. Como se ha visto, en el mundo dominante predomina la racionalidad y no se lee la vida a través de las emociones. Luego, hay un lado, que es fácilmente penetrable por los niños y niñas, que se va perdiendo poco a poco conforme nos vamos convirtiendo en adultos, que simplemente ya no tenemos capacidad de entender.

Las personas adultas somos serias y razonables. Aprendemos a tener poses y a aparentar. Podemos hablar con solvencia de deportes, política y corbatas.



En cambio, los niños y niñas entran con facilidad en el mundo de la fantasía y de la realidad, a veces casi sin distinguirlas, y la vida seguro debe ser más emocionante y menos aburrida.

Las personas adultas juzgamos según las apariencias. En la historia hay un famoso astrólogo hindú, que conocía muchas cosas, pero que no le creían por sus vestimentas, hasta que se puso un traje o terno, y todo el mundo le creyó. Un niño o niña, en cambio, juzga por las actitudes. Digamos que las personas adultas miran con los ojos y los niños y niñas con el corazón. La ropa, el auto, el barrio en que se vive, las marcas, la universidad en la que se estudia, las cosas que se comentan, el amor entra por los ojos... la verdad es que, en sociedades de consumo como las nuestras, somos tan superficiales.

Las personas adultas amamos las cifras. Recordemos que una de las formas de ocultar los rostros, las vidas, las personas de carne y hueso son las estadísticas. El principito afirma que los adultos no entienden cuando se habla de los colores o las sensaciones, sino que valoramos cuando ponemos números. Entonces, para valorar a alguien o a algo, tenemos que preguntar cuánto gana, qué edad tiene, cuántos años de experiencia, cuántos libros ha escrito, cuánto pesa, cuántos carros tiene, cuántos puntos ha obtenido...

Al viajar el principito por los siete planetas hace un retrato de las diferentes características que tenemos los adultos:

1. Autoritarios: el rey. Los adultos sólo queremos mandar y las personas que nos rodean son súbditos, viven para cumplir órdenes. Esas personas que nos rodean, no casualmente siempre son niños y niñas. Tenemos que mandar o al menos creer que mandamos. El poder nos da autoestima y lo ejercemos frente a los más vulnerables que nos rodean.
2. Vanidosos: el vanidoso. Las personas adultas sólo escuchamos lisonjas. A veces aprendemos a decir lo que quieren escuchar quienes tienen poder. Es tan fácil hacernos creer que somos lo mejor y lo más bello. Es como el cuento de Blancanieves, todos buscamos un espejo que nos diga que somos inigualables. Si no es un adulto, entonces los adultos de este estilo simplemente no escuchan.
3. Bebedores: el olvidado. En el tercer planeta está el borracho que bebe para olvidar. La borrachera no sólo es de licor, sino de abundancia,

de hastío. Mediante la bebida, éste huye de sí mismo. Y en la huída, no se encuentra con nadie. Así el trabajo (*workaholico*), el deporte, el juego, el placer y cualquiera de los múltiples vicios que ofrece nuestra sociedad.

4. Negociantes: el capitalista. Este está muy ocupado en contar sus pertenencias. Posee por poseer, aunque lo poseído no sea utilizado, como las estrellas que son dominio de este personaje, que no es útil para ellas y ellas son sólo un número. A mí siempre me ha llamado la atención cuando publican las cifras de dólares que poseen las personas más ricas del mundo. No hay forma de gastar ese dinero y, sin embargo, se sigue acumulando en la misma proporción lo humanamente miserable.
5. Cumplidores: el trabajador. El farolero acepta sumisamente su tarea de prender y apagar faroles. Está aburrido pero tiene que cumplir el deber por el deber. Así somos muchos adultos, pasamos la vida trabajando en medio de la burocracia porque nos da seguridad y no tenemos ni buscamos otra alternativa. Sometiéndonos al trabajo nos sometemos nosotros mismos.
6. Formalistas: el geógrafo. Éste registra todo lo que informan los exploradores, pero no le importa ni cómo son, ni cómo huelen, ni cómo se sienten los ríos, las montañas, los bosques. Este personaje me recordó esa frase que dice que el matemático puro es un burro puro (perdón a los burros, peor ahora en tiempos de derechos de los animales y de la naturaleza). Aquel que cultiva una ciencia y prescinde de la vida que le rodea, francamente está desequilibrado. A mí me suele pasar con el derecho y mi compañera, Eugenia, quien me suele recordar que tengo que leer libros de literatura, ir al teatro y ser menos jurista.
7. Domesticables: el aviador. Quien cuenta la historia, el mero Antoine de Saint-Exupéry, al principio es como cualquier adulto. Está concentrado en su avión dañado, le falta el agua, no tiene repuestos, que está en medio del desierto... por eso se desconcierta cuando aparece un niño al que le parece más importante un cordero que pueda comer una rosa o cualquier historia que pueda ser fantasía, como aquella de que el niño vive en un planeta muy lejano. Este se molesta cuando le desconcentra el principito, cuando le pregunta insisten-

temente hasta lograr una respuesta, cuando sonrío o cuando pide dibujar. Al final, como cualquier ser humano, las personas adultas podemos recuperar nuestro niño o niña, que está ahí, en nuestro corazón, para poder ser domesticado.

En un mundo adultrocéntrico como el nuestro existen millones de personas que somos autoritarios, vanidosos, bebedores, negociantes, cumplidores, formalistas... millones. Lo que nos enseña el libro es que todo puede ser diferente si nos atrevemos a recuperar a nuestro niño o niña interior, si escuchamos, si nos dejamos domesticar.

Los adultos no sabemos lo que queremos (somos los típicos neuróticos de los que hablaba Freud), medimos el peligro y no nos atrevemos ni a caminar por las calles por el terror de la inseguridad ciudadana, apreciamos a quienes se comportan conforme exige el statu quo, y creemos que quienes se comportan como niños y niñas, siendo adultos, son locos o malcriados, y a veces hasta les encerramos y nos avergüenzan. Tampoco entendemos ni queremos entender lo diferente. Por ejemplo, el principito, de pronto llora, cuando recuerda a su rosa después de haber visto muchas de ellas en un jardín. Las lágrimas son un misterio tan insondable y los niños y niñas pueden pasar, con facilidad, del llanto a la risa, como lo hace el principito, sin que los adultos podamos comprender. En ese misterio los adultos, lamentablemente, no penetramos.

Los niños y niñas, al igual que todo ser que no ha sido escuchado histórica y tradicionalmente por quienes detentamos poder, tienen mucho que enseñar y nosotros mucho que aprender. Quizá la respuesta para un mundo más justo, menos excluyente, más solidario precisamente esté en, humildemente, aceptar que podemos aprender de los otros.

Afortunadamente el mundo no es blanco o negro y esto quiere decir que no todos las personas adultas son como las hemos descrito. Todos y todas tenemos algo de esos personajes que habitan los planetas. Pero eso no niega que la cultura dominante es adultrocéntrica. Tampoco quisiera caer en la ingenuidad de que todos los niños y niñas son como el principito, hay algunos que aprenden tan rápido a ser adultos que son irreconocibles, pero si uno mira con atención y con el corazón atrás siempre hay un niño o niña que espera ser domesticado.

La gran enseñanza de la historia es que todos fuimos niños o niñas y, por tanto, todos podemos ser domesticados. En la historia de Gonzalo Moure, el personaje, un oso cazado, que tenía la habilidad de leer en los ojos de los niños, se enfrenta a los ojos del cazador: “Conocía muy bien esos ojos, y verlos allí, sobre él, le hizo temblar, en el fondo de la jaula... Pero luego se fue acercando a ellos. Intentó leer, pero no podía. Los ojos de los adultos no son tan tiernos y sinceros como los de los niños, o eso le pareció... Entonces he visto que de sus ojos caía una lágrima... sus ojos, ablandados por las lágrimas, ya no eran tan duros como antes (...)”. Al final el adulto recupera su alma de niño<sup>35</sup>. Es decir, nunca hay que perder la esperanza por un mundo mejor, en el que las palabras acabadas con *ismos*, desaparezcan.

Qué difícil debe ser para un niño o niña vivir en este mundo lleno de adultos que lo copan todo. Por ello el principito afirma que los niños y niñas tienen que ser tan indulgentes.

Para no ser pesado y muy autobiográfico, en un libro tan serio de doctrina jurídica escrito para adultos, no mencioné a mis hijas, Manuela y Nina, y a mi compañera María Eugenia, mi rosa, que sin duda han estado presentes en cada viaje, en cada palabra, en cada pregunta, en cada reproche y en cada aprendizaje del principito. Ya me encantaría tener esa actitud que tuvo el principito frente al zorro, o en general que tienen los niños y niñas frente a los adultos, pero lo intentamos con María Eugenia aunque a veces nos cuesta tanto dejar de ser racionales y transformar nuestros roles en este mundo adultocéntrico. La vida nos dirá si el recuerdo que tengan de la infancia Nina y Manuela será como para el zorro el campo de trigo o como para el aviador las estrellas que ríen en la noche.

## V. Bibliografía

Alston, Philip, *International Human Rights in context, Law Politics and Morals*, Oxford University Press, Second Edition, 2000.

Ariés, Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Editorial Taurus, Madrid, 1987.

---

35 Gonzalo Moure, *El oso que leía niños*, Ediciones S.M, España, 2000, p.53-54.

- Ávila Santamaría, Ramiro, *Módulos de capacitación*, Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, Quito, 2008.
- Ayala Mora, Enrique, *Nueva Historia del Ecuador*, Quito.
- Carnelutti, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1989.
- Carrión, Fernando, “La violencia latinoamericana”, Internet, [http://www.flasco.org.ec/docs/ffc\\_violencialatino.pdf](http://www.flasco.org.ec/docs/ffc_violencialatino.pdf), Acceso: 23 abril 2010.
- Delibes, Miguel, *La sombra del ciprés es alargada*.
- Ende, Michel, *Momo*.
- Foucault, Michel, *The history of sexuality, An introduction*, Volume I, Vintage Books, New York, 1990.
- Freire, Paulo, *Pedagogía del oprimido*, Siglo XX Editores, quincuagésima tercera edición, Uruguay, 2000.
- Galeano, Eduardo, *Las venas abiertas de América Latina*.
- Gudynas, Eduardo, *El mandato ecológico. Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Abya Yala, 2009.
- Hesse, Herman, *Siddhartha*.
- Kant, Immanuel, “The doctrine of virtue”, en *Metaphysics of morals*.
- Londoño, Jenny, *Las Mujeres en la independencia*.
- Montero, Rosa, “George Sand, La plenitud”, en *Historia de mujeres*, Santillana Ediciones, España, 2007.
- Moure, Gonzalo, *El oso que leía niños*, Ediciones S.M, España, 2000.
- OIT, “Ficha país Ecuador, situación y avances sobre el trabajo infantil”, Internet, <http://white.oit.org.pe/ipec/documentos/fichaecuador.pdf>, Acceso: 23 abril 2010.
- Olsen, Frances, “El sexo del derecho”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, *El género del derecho, Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos/Neoconstitucionalismo y sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas, Quito, 2009.
- Saint-Exupéry, Antoine de, *El Principito-Le Petit Prince*, Traducción Joëlle Eyhéramonno, Enrique Sainz Editores S.A., impreso en T.G. Ripoll, España, 1994.
- Sousa Santos, Boaventura de, *De la mano de Alicia, Lo social y lo político en la postmodernidad*, Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, Universidad de los Andes, Colombia.

- Saramago, José, *El evangelio según Jesucristo*.
- Scott, James, *Domination and the arts of resistance*, Yale University Press, 1990.
- Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Tomo I, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2008.
- Singer, Peter, Animal liberation, *The definitive classic of the animal movement*, Harper Perennial modern classics, 2009.
- Tolstoi, León, *Resurrección*.
- UNICEF, “Ecuador- Panorama general”, Internet, <http://www.unicef.org/ecuador/overview.html>, Acceso: 23 abril 2010.
- Vilhena Vieira, Oscar, “Desigualdad y Estado de Derecho”, en *Sur Revista Internacional de derechos humanos*, No. 6, Año 4, Brasil, 2007.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Muertes anunciadas*, 1993.
- , “The right to life and Latin American Systems”, Internet, [www.jstor.org/stable](http://www.jstor.org/stable), Acceso: 23 abril 2010.
- Zinn, Howard, *People History of United States, 1492-Present*, Perrenial Classic, 1998.



II

Derechos humanos específicos

---





## El derecho a la salud de niñas, niños y adolescentes en las últimas tres décadas

Juan Vásquez

---

### Sumario:

I. Panorama general de las condiciones de vida de la población ecuatoriana. II. Las ideas sobre la salud/enfermedad. III. Los procesos de transformación del sector salud. IV. Acceso de servicios y programas de salud. V. Bibliografía.

---

En las últimas tres décadas, la sociedad ecuatoriana ha atravesado por cambios profundos en la demografía, la economía, la política y la cultura. Estos cambios han tenido un impacto directo en la salud y la vida de niñas, niños y adolescentes, que constituyen como grupo alrededor de la mitad de la población total del país.

La pobreza durante este período se mantuvo e niveles altos, y entre los niños, niñas y adolescentes se han mantenido claras brechas de acceso a servicios sociales básicos de salud, nutrición, desarrollo infantil, educación y protección integral. Un factor que explica estas brechas ha sido la baja inversión social en Ecuador. Según la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), la inversión pública para el sector social de Ecuador se mantuvo en uno de los niveles más bajos en América Latina y El Caribe. Esto incidió en la pobreza, migración analfabetismo, violencia, y mayor

riesgo de enfermedad y muerte en niñas, niños y adolescentes. Sin duda influyó también en los problemas de gobernabilidad democrática en el país. En el período 2007-2009, la inversión social en Ecuador se incrementó de manera significativa. Está en proceso el análisis de los efectos redistributivos e impactos positivos de esta mayor inversión en la salud y vida de niñas, niños, adolescentes y mujeres del país.

## **I. Panorama general de las condiciones de vida de la población ecuatoriana**

El perfil demográfico en el Ecuador cambió en las últimas décadas. La tasa de fecundidad se redujo de 5,4 hijos/as por mujer en 1979, a 2,5 en 2009. La tasa de mortalidad infantil disminuyó a la cuarta parte. Mientras la tasa de mortalidad general bajó, la esperanza de vida al nacer aumentó.

Durante el período, también se registró una tendencia importante a la urbanización: actualmente, más del 60% de la población vive en ciudades. La migración campo-ciudad y la migración hacia el exterior fue un fenómeno importante. Esto último tuvo impacto negativo en la vida de niñas y niños, al causar desintegración familiar y mayor vulnerabilidad al maltrato, trabajo infantil, abuso, explotación sexual y exclusión de los servicios de salud, educación y protección especial. El dinero que llega al país enviado por migrantes del exterior, incrementó la capacidad de consumo, pero en muchos casos éste se orientó al gasto suntuario y no a inversiones que mejoren las oportunidades y calidad de vida de niñas, niños y adolescentes.

El perfil epidemiológico también cambió en las últimas décadas. Se redujeron las tasas de mortalidad de la niñez y de mortalidad infantil. Pero la velocidad de reducción disminuyó en los últimos años, en especial a expensas de la mortalidad neonatal. En el 2008, dos tercios de la mortalidad infantil ocurrió en niñas y niños antes de cumplir un mes de vida. Esto evidencia la necesidad de aumentar esfuerzos para mejorar el acceso a programas de control prenatal, atención del parto y atención del recién nacido, con énfasis en poblaciones rurales y urbano marginales. A la desnutrición e infecciones se les sumó el aumento de malformaciones congénitas y neoplasias como causa de mortalidad. La reducción de la mortalidad infantil cumplió la meta del

Plan de Acción de los Años 90 y tiene alta probabilidad de cumplirse en el marco de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) al 2015.

La mortalidad materna se mantuvo en niveles altos, tiende a disminuir pero no a la velocidad esperada. Las debilidades en información son evidentes. La causalidad es en su mayoría evitable y está ligada a la baja percepción de riesgo y a limitaciones en el acceso y capacidad resolutive en cuidados obstétricos esenciales de los servicios de salud. Especial atención requiere la alta tasa de mortalidad materna en adolescentes. Esta se relaciona con embarazos asociados con riesgos físicos, nutricionales y con discriminación en la familia y en los servicios de educación, salud y protección especial. También hubo un elevado subregistro de embarazos no deseados que terminaron en abortos. No se cumplió la meta de reducción de la mortalidad materna en el Plan de Acción de los 90 y hay inciertas probabilidades de su cumplimiento en el marco de los ODM al 2015.

La mortalidad en adolescentes se relacionó de manera creciente con accidentes y violencia. Este grupo ocupa un quinto de la población del país y tiene altos niveles de exclusión del sistema educativo por falta de matrícula o deserción. También está excluido en alto grado de educación sobre sexualidad y uso adecuado del tiempo libre. Es en la última década que el grupo de adolescentes gana identidad y especificidad y participa en las políticas y en los programas de salud, educación y protección especial.

En cuanto a la morbilidad entre niñas, niños y adolescentes coexisten los viejos problemas de infección y desnutrición con problemas de la vida moderna de malformaciones congénitas, alergias, neoplasias y accidentes y violencia. El VIH/Sida tiene una tendencia creciente en el país. El número anual de nuevos casos creció de 8 en 1984, a 5 336 en el 2009. De estos, 586 ó 11% corresponden a la población de 0 a 19 años. La incidencia de VIH/Sida en niños, niñas, adolescentes y mujeres, y su impacto en huérfanos y familias afectadas por el VIH/Sida está en franco crecimiento.

La situación nutricional de la niñez y adolescencia es un problema nacional. La mala nutrición en niñas, niños y adolescentes se caracteriza por: i) altos niveles de desnutrición en menores de 5 años y escolares, relacionados con inadecuada práctica de lactancia materna, inadecuada alimentación, enfermedades infecciosas, bajo nivel de educación de la madre, inadecuadas condiciones de higiene y saneamiento, bajos ingresos en el hogar; y por ii)

crecientes niveles de sobrepeso y obesidad, relacionados con alto consumo de grasas e hidratos de carbono, bajo consumo de frutas y vegetales, y sedentarismo asociado con muchas horas de televisión y poco ejercicio físico.

El Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013 prioriza la reducción de la desnutrición crónica, es decir la baja talla para la edad en menores de 5 años, dado que es una de las más altas de la Sub-Región Andina. Para el efecto, el Gobierno Nacional ha establecido una Estrategia Nacional de Nutrición, que incluye intervenciones territoriales intersectoriales en las provincias y áreas de mayor prevalencia, con miras a reducir la desnutrición crónica de 26% en el 2006 a 14% en el 2013.

Ecuador inició la década de los ochentas con una prevalencia de 40% de bocio y cretinismo endémicos en la región andina. Por la intervención del programa del MSP, en 1994, Ecuador cumplió la meta de yodación de la sal de consumo humano. En 1999 fue declarado por organismos internacionales como país que tiene bajo control epidemiológico los desórdenes por deficiencia de yodo (DDI). Pero, en otros micronutrientes, Ecuador requiere mayores esfuerzos. Es así que más de la mitad de mujeres embarazadas y niñas y niños pequeños tienen anemia por déficit de hierro. Existe alta morbilidad por caries dental relacionada al déficit de flúor, y hay alta incidencia de infecciones relacionada a déficits moderados de vitamina A.

El maltrato infantil, la violencia intrafamiliar y de género, el abuso, la explotación sexual, la pornografía infantil y la trata de niñas, niños y adolescentes mantuvieron niveles altos en la últimas tres décadas. Estos problemas se mantienen generalmente invisibles. Cobraron importancia en la agenda de políticas de salud pública y protección especial. En los últimos años el país logró incorporar reformas legales, contenidos de política e instrumentos para su detección, registro, prevención y atención integral. El trabajo infantil peligroso para la salud y la vida es alto, pese a los esfuerzos de actores públicos y privados por erradicarlo, principalmente en bananeras, basurales, florícolas y mineras.

Durante el período, las condiciones de vivienda y saneamiento de al menos la mitad de niñas, niños y familias fueron inadecuadas. Sin embargo, hubo una mejora sustancial en el acceso a electrificación urbana y rural, que llegó a la mayoría de la población. También hubo avances en la dotación de infraestructura de agua y saneamiento, principalmente urbana, pero las

brechas se mantienen altas. Cerca de la mitad de hogares del país cuentan con abastecimiento de agua dentro de la vivienda y con servicio higiénico conectado a alcantarillado. También persisten prácticas inadecuadas en el manejo de basura. El ambiente ha sufrido deterioro por la tala indiscriminada de bosques, daño de las fuentes de agua, y contaminación del aire, suelo y agua debido al limitado control e inadecuado manejo de desechos vehiculares, industriales y de hogares a nivel nacional y local. Esto se mantiene pese a crecientes esfuerzos realizados por organizaciones gubernamentales, principalmente locales, y de la sociedad civil.

Los avances técnicos y tecnológicos de los últimos 25 años no han sido suficientes para superar el subregistro y otras debilidades de la calidad de la información. Ecuador avanzó en construcción de bases de datos y sistemas de información. El Sistema de Vigilancia Alimentaria y Nutricional (SISVAN), el Sistema de Información e Indicadores Sociales del Ecuador (SIISE), el Sistema de Indicadores de la Niñez (SINIÑEZ), las salas de situación, el Sistema de Vigilancia Epidemiológica (SIVE-Alerta), los sistemas de información local (SIL) y los análisis de vulnerabilidad son entre otros ejemplos representativos. Persisten debilidades en sistemas de información que incluyan indicadores estratégicos para la planificación y aplicación de políticas públicas y programas prioritarios, para la medición de progreso de metas y resultados de acceso universal e impactos, que faciliten además la participación y vigilancia ciudadana.

## **II. Las ideas sobre la salud/enfermedad**

Con el fortalecimiento del movimiento indígena desde inicios de la década de los noventa, se modificó el escenario político y social. El movimiento social incorporó en sus agendas de reivindicaciones el derecho a la salud, con propuestas propias que incluyen un interés creciente por lo intercultural, es decir por la interrelación entre las cosmovisiones y prácticas de los mundos indígena y occidental. El Movimiento también logró posicionar propuestas de soberanía alimentaria. Hay avances en la presencia institucional de los pueblos indígenas por intermedio de la Dirección de Educación Intercultural Bilingüe (DINEIB), el Consejo de Nacionalidades y Pueblos del Ecuador

(CODENPE) y la Dirección Nacional de Salud de los Pueblos Indígenas, luego de Salud Intercultural, creada en el MSP en 1999.

En los últimos años se han impulsado foros de discusión de políticas sociales para la niñez y adolescencia indígena con importante participación de jóvenes de organizaciones indígenas y campesinas. Estas incluyen agendas centradas en los derechos de niñas, niños y adolescentes que abren espacios de construcción de políticas públicas interculturales con impacto positivo en la vida de los niños. Hubo avances en la discusión de la política de salud sexual y reproductiva, con énfasis en la salud materna y cuidados obstétricos esenciales con enfoque intercultural. El reto se mantiene en concretar programas y servicios interculturales de acceso universal.

Por su parte, las niñas, niños y adolescentes afrodescendientes mantienen altos niveles de pobreza y exclusión. No se conoce la magnitud de sus problemas precisamente por debilidades institucionales y de organización social. Se requiere fortalecer procesos de política pública y programas para la población afrodescendiente.

### **III. Los procesos de transformación del sector salud**

En el Ecuador se realizaron esfuerzos para incorporar el enfoque de derechos humanos a la política social. Se consiguieron significativos avances a nivel de legislación, entre los que destacan: el Código del Menor (1992); las Constituciones Políticas de 1998 y de 2008, que incorporaron el contenido de la Convención de los Derechos del Niño de 1990; la Ley de Protección, Promoción y Fomento de la Lactancia Materna (1992); el Código de Ética de Comercialización de los Sucedáneos de la Leche Materna (1992); la Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia (1994 y reformada en 1998 y 2005), el Código de la Niñez y Adolescencia (2002); la Ley del Sistema Nacional de Salud (2002); la Ley Orgánica de Salud (2006), la reforma al Código Penal sobre delitos sexuales contra niñas y niños (2005). Además leyes de descentralización y la ley que exige a los municipios la inversión en grupos vulnerables. En el 2010 están en debate en la Asamblea Nacional leyes de gran trascendencia para la salud. Estas incluyen el Código de Ordenamiento Territorial Autonomía y Descentralización (COTAD), la Ley de Participa-

ción, la Ley de Agua, la Ley de Educación, entre otras. La Asamblea Nacional prevé además la actualización de la legislación en salud y alimentación y nutrición.

Otras leyes vigentes en salud incluyen: la Ley de Medicamentos Genéricos de Uso Humano, la Ley de Derechos y Amparo al Paciente, la Ley de Federación Médica Ecuatoriana, la Ley de Seguridad Social, la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la Ley de Discapacidades, la Ley de Trasplantes de Órganos y Tejidos, la Ley que Regula a las Empresas Privadas de Salud y Medicina Prepagada, la Ley de la Sexualidad y el Amor, la Ley de VIH/SIDA, entre otras.

En el Ecuador también se realizaron esfuerzos en la planificación y el seguimiento estratégico del cumplimiento de metas mínimas para la niñez y adolescencia. El Plan Nacional de Acción para la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño en el Decenio del noventa fue diseñado de manera participativa y evaluado en el 2001 a la luz de las metas de la Cumbre Mundial de la Infancia. Durante el 2003 y 2004, los diversos actores públicos y privados prepararon el Plan Nacional Decenal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia y el Informe de país sobre los ODM. Muchos gobiernos locales cuentan con planes de desarrollo local, en su mayoría generados de forma participativa a la luz de la legislación vigente, que incluyen metas y resultados sobre la salud de la niñez y adolescencia. También han participado en la construcción de la Constitución 2008 y del COTAD, con miras a establecer las definiciones sobre la concurrencia de las políticas y servicios sociales a nivel territorial, que en la Constitución 2008 incluye los niveles parroquial, cantonal, provincial, regional y nacional.

En las últimas décadas, la salud no ha tenido el nivel de prioridad política y social que merece. Ha ganado presencia en las propuestas políticas, pero no ha contado con el correlato práctico de financiamiento y recursos para su desarrollo. La limitada continuidad en las políticas de salud ha sido una constante. Solo un gobierno mantuvo su ministro de salud y una política continua de salud familiar y comunitaria por el período completo de cuatro años. En los últimos años se han posicionado propuestas de reforma de salud. Estas incluyen la de aseguramiento universal en salud, que originó procesos incipientes de aseguramiento en salud en los municipios de Quito, Guayaquil y Cuenca, y la de transformación del sector salud, impulsada desde el 2007,



y enmarcada en la nueva Constitución a partir del 2008. Esta sigue en proceso de construcción y acuerdos.

La Constitución 2008 ofrece un marco favorable para garantizar el derecho de acceso universal y gratuito al derecho a la salud. Favorece la construcción de políticas públicas y servicios integrales de salud, en base al desarrollo de redes públicas de servicios y de redes complementarias con participación del sector privado, a escala nacional, regional, provincial, cantonal y parroquial. Las organizaciones que agrupan municipios (AME), consejos provinciales (CONCOPE) y juntas parroquiales (CONAJUPARE), y algunos gobiernos locales se han incorporado a la construcción de procesos orientados a garantizar el derecho a la salud.

Con la creación del Frente Social, la Secretaría Técnica del Frente Social, el Ministerio Coordinador de Desarrollo Social en 2007, el Consejo Nacional de las Mujeres en 1998, y el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia en el 2003, se amplió el marco institucional que favorece la articulación interinstitucional e intersectorial por la niñez y adolescencia. Por su parte, se evidencia la necesidad de fortalecer la capacidad técnica y de gestión de los ministerios de Salud, Educación e Inclusión Económica y Social (MIES) y de los gobiernos locales para garantizar derechos a niñas, niños y adolescentes. Hay procesos de articulación entre los Ministerios de Salud Pública y Justicia y Derechos Humanos para la atención integral en salud y prevención de VIH a adolescentes privados de la libertad en los 14 Centros de Adolescentes Infractores (CAI) a escala nacional.

#### **IV. Acceso de servicios y programas de salud**

El acceso a servicios de salud de la niñez y adolescencia se caracterizó por la inequidad y persistencia de brechas. El gasto per cápita en salud tiene grandes diferencias entre el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IEES), las Fuerzas Armadas, los gobiernos locales y el MSP. Hasta el 2007, el gasto en salud dependía en más del 50% del bolsillo de la gente. Está pendiente una evaluación sobre el efecto redistributivo del importante incremento de la inversión pública en salud a partir del 2007. El presupuesto del MSP subió de 1,3% del PIB en el 2006 a 1,8% del PIB en el 2009. La inversión per cápita

del MSP pasó de USD 37 en el 2006 a USD 64 en el 2009. Los recursos humanos y físicos se concentran en las ciudades y son insuficientes en el área rural y zonas de mayor pobreza. La tecnología se concentra en las ciudades, en el sector privado y tiene acceso limitado. El aseguramiento como modalidad de financiamiento para garantizar el acceso a los servicios de salud sigue siendo débil. En la actualidad, alrededor de 1 de cada 5 ecuatorianos tiene acceso a un seguro de salud, pese a la inclusión de niñas y niños menores de 6 años a la atención médica en el IESS. Por otro lado, el acceso gratuito a servicios de salud y a medicamentos, estudios de laboratorio de imagen, cirugías generales y traumatológicas, tratamiento de cáncer, hemofilia, leucemia y otras enfermedades catastróficas ha mejorado de manera significativa en los últimos 3 años.

En las últimas décadas, el país avanzó en el camino hacia el acceso universal a programas prioritarios. El Programa Ampliado de Inmunizaciones del MSP cubrió a más del 90% de la población en la última década. Completó 12 años sin un caso de sarampión y 18 años sin un caso de poliomielitis. Tuvo un alcance sectorial y logró la participación interinstitucional y ciudadana. En salud materna aumentó el acceso a atención prenatal y a atención adecuada del parto. Sin embargo, la brecha nacional en el 2008 fue de alrededor de 1 de cada 5 partos sin atención institucional a escala nacional y 1 de cada 2 partos sin atención calificada a escala rural. En salud infantil mejoró el acceso a prestaciones básicas y se incorporó el enfoque de intervenciones articuladas mediante la estrategia AIEPI.

En nutrición, el país estableció el Programa de Micronutrientes en la década de los noventa. Incluyó estrategias de fortificación mediante la yodación universal de la sal, impulsada desde 1984; la fortificación universal de harina de trigo con hierro y folato, desde 1998; y la fluoración de la sal desde 1996. Incluyó además estrategias de suplementación con hierro a embarazadas y niñas y niños menores de dos años, y de vitamina A a niñas y niños de 6 a 36 meses de edad. Finalmente incluyó estrategias de educación nutricional, optimizando espacios de promoción de la salud y estilos de vida saludable en ciudades y escuelas. A partir de 2007, el Programa Aliméntate Ecuador del MIES impulsó el programa de fortificación casera de alimentos con polvos enriquecidos con micronutrientes, denominado Chispaz. Este programa busca reducir la anemia por déficit de hierro en niñas y niños menores de 5

años usuarios de los servicios de desarrollo infantil, y es complementario al programa de suplementación con hierro a niñas y niños usuarios de la red de servicios de salud del MSP. En los años noventa se desarrolló el programa la Mejor Compra, impulsado por el MSP y gobiernos locales. Este busca un balance económico, cultural y nutricional de la alimentación. Persiste el reto de promover la lactancia materna, como el mejor recurso alimentario, nutricional y de vínculo afectivo para un buen comienzo en la vida. Una vía es retomar la iniciativa hospital amigo de la madre y el niño que incidió en la política de lactancia materna en la década de los noventa.

En cuanto al acceso a alimentación complementaria el país consiguió algunos avances. Se incrementó el acceso a los programas PACMI y PANN 2000 del MSP, dirigido a mujeres embarazadas y en período de lactancia materna y a niñas y niños de 6 meses a 2 años de edad, al Programa de Alimentación Escolar del Ministerio de Educación y otros. También se desarrollaron modalidades de programas de cuidado a niños pequeños, que incluyen alimentación. En los últimos años, hay esfuerzos por articularlos y potenciarlos. Por ejemplo, por medio del Sistema Integrado de Alimentación y Nutrición (SIAN) en inicios del 2000 y del Ministerio Coordinador de Desarrollo Social a partir del 2007.

El financiamiento público de salud evolucionó hacia proteger programas prioritarios. Un ejemplo es vacunación. Desde hace más de una década, toda vacuna que se administra por medio de las redes públicas de servicios del MSP, Seguro Social Campesino y otros, se compra con recursos del presupuesto público. Incluso, en 1995 se estableció una Ley específica para garantizar este financiamiento, con vigilancia permanente del MSP.

El endeudamiento externo y la cooperación internacional han sido parte del financiamiento y asistencia técnica de los programas de salud y nutrición para madres y niños. El endeudamiento externo para salud ha sido poco evaluado. Es percibido como de escasos resultados, con agendas propias y mecanismos de gestión paralelos a la institucionalidad pública. La cooperación internacional no reembolsable, técnica y financiera de las agencias del Sistema de NNUU, Unión Europea y USAID canalizó sus recursos a través de la institucionalidad del MSP, otras instituciones públicas, y ONG. Contribuyó a logros importantes en la salud de niñas, niños, adolescentes y mujeres.

## V. Bibliografía

- Comisión económica para América latina y el Caribe (CEPAL), Panorama social de América Latina 2002 – 2003, Santiago, 2003.
- Centro de Estudios de Población y Desarrollo Social (CEPAR), Informe preliminar de la Encuesta Demográfica y de Salud Materna e Infantil (EN-DEMAIN) 2004, Quito, 2005.
- Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CNNA), Normativa de la Niñez y Adolescencia, Quito, 2006.
- Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), Estado de la población mundial 2009, Nueva York, 2009.
- Ministerio de Salud Pública (MSP), Proyección de la población 2008 por provincias, cantones y parroquias según grupos programáticos, MSP/OPS-OMS/UNFPA/UNICEF, Quito, 2008.
- Ministerio de Salud Pública (MSP) 2009 Riesgo de bocio y cretinismo endémicos bajo control, Ecuador 2005 – 2008, MSP/OPS.OMS, UNICEF, Quito, 2009.
- Ministerio de Salud Pública (MSP), Indicadores básicos de salud, Ecuador 2008, MSP/INEC/SENPLADES/STFS/OPS-OMS/PNUD/UNIFEM/UNICEF, Quito, 2008.
- Ministerio de Salud Pública (MSP), Informe nacional sobre los progresos realizados en la aplicación del UNGASS, período enero 2008 a diciembre 2009, Quito, 2010.
- Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia (ODNA), Los derechos de la niñez y adolescencia en el Ecuador 2003, ODNA/UNICEF, Quito.



# Educación y Equidad. Apuntes sobre el derecho a una educación intercultural y bilingüe para todos los ecuatorianos

Juan Pablo Bustamante

---

## Sumario:

I. El Ministerio de Educación y el frente social. II. La Dirección Nacional de Educación Intercultural Bilingüe (DINEIB). III. Aprendizajes de calidad para una sociedad intracultural e intercultural compleja. IV. Las organizaciones indígenas. V. Las universidades. VI. Los gobiernos territoriales. 6.1. Bases para el futuro.

---

¿Cuál es la situación actual con respecto a la normativa internacional y nacional que ampara y protege a los pueblos y nacionalidades indígenas de nuestro país en el ámbito educativo? ¿Cuál es la acción intencionada que orienta a la educación pública para que sea intercultural? ¿Cuál es la agenda por la cual podemos trabajar para que estas normas se apliquen realmente?

Tomemos como referente a la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ratificada y suscrita por Ecuador.

### **C 169. Art. 26**

Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.

El índice de derechos de la Niñez y Adolescencia del Ecuador señala:

	Promedio	Indígenas
Primeros años 0-5	4.3 sobre 10	2.2 sobre 10
Niñez 6-11	4.2 sobre 10	2.7 sobre 10
Adolescencia 13-18	4.4 sobre 10	2.8 sobre 10

Índice que integra variables de sobrevivencia, salud, nutrición, educación y condiciones básicas para el desarrollo humano. Observatorio de los derechos de la niñez. Boletín, Alerta. Niñez Indígena: la doble exclusión

Datos básicos en educación:

	Indígenas	Mujeres indígenas	Promedio nacional
Escolaridad	3,7	2,5	7,9
Analfabetismo absoluto	Shuar 13%	Shuar 17%	9,0%
Analfabetismo funcional	Shuar 34% Cañari 64%	Shuar 39% Cañari 58%	21,3%

Fuente: SIISE. Censo Nacional 2001

Inversión *per cápita* educación primaria:

	<i>Per capita</i> Bilingüe	<i>Per cápita</i> Hispano
País	134	\$ 261
Cañar	109	\$ 426
Morona	394	\$ 409

Fuente: Grupo Faro – UNICEF. Inversión social, análisis presupuesto 2006.

La relación acceso-resultados, representada por etnia, ubica a los indígenas en el índice que mantiene tasas de matrícula básica de 86% y de instrucción básica completa de 20%; esto implica lo siguiente: aunque entre 8 y 9 indígenas de cada 10 en edad adecuada están matriculados en el nivel de educación general básica, apenas 2 de cada 10 mayores de 14 años culminan este nivel de instrucción. Los afroecuatorianos sostienen tasas de matrícula inferiores a los indígenas; sin embargo, los niveles de culminación son superiores, alcanzando el 34% (Ver gráfico 2.11). Informe CISMIL 2007-PNUD, Informe metas del milenio. Documento electrónico.

**Gráfico 2.11: relación acceso-resultados según autoidentificación étnica\***

\* Del jefe de hogar

Fuentes: ECV 2006

Elaboración: CISMIL

Dentro del marco de acuerdos internacionales en educación, hay algunos que tienen un carácter vinculante, como el Pacto Interamericano de Derechos Económicos y Sociales, la Convención de los derechos del niño y el Convenio 169 de la OIT. Este último, en su artículo 26, expresa la necesidad de adoptar “medidas” para lograr una mayor escolaridad. Pero, si bien la brecha actual es menor que la existente hace 10 años, todavía falta trabajar mucho sobre el tema para que este compromiso del Estado ecuatoriano se haga efectivo. Múltiples exclusiones pesan sobre los titulares de derechos: sufren exclusión debido



a condiciones de pobreza, sufren exclusión de género, sufren exclusión por vivir en zonas rurales y sufren exclusión por ser de una cultura diferente. El imperativo ético de una sociedad como la nuestra es garantizar que la igualdad de oportunidades empiece por aquellos que más exclusión sufren.

Sin embargo, las instituciones sociales y públicas que trabajan en la actualidad para el logro de esta meta, aún tienen grandes debilidades y desafíos para cumplir con su mandato. Este artículo pretende aportar con un análisis desde la situación de los titulares de derechos, pero también me atrevo a realizar un esbozo de la situación en la que se encuentran los titulares de obligaciones.

Del mismo modo, es necesario discutir más a fondo sobre nuestro entendimiento en torno a un proyecto educativo de calidad, intercultural e intercultural bilingüe, y los fines a los que éste contribuiría en el proyecto educativo de país.

**Convención de los Derechos del Niño:**

**Artículo 30**

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Comprendo que, para garantizar la igualdad de oportunidades educativas para los pueblos y nacionalidades indígenas y afrodescendientes, será necesario atacar, en forma simultánea, múltiples factores como la salud, el trabajo, la producción, la protección, el bienestar y la inclusión de los pueblos y nacionalidades indígenas y afrodescendientes en un proyecto nacional de desarrollo. En este contexto, sin duda alguna, la Dirección Nacional de Educación Intercultural Bilingüe (DINEIB), el Ministerio de Educación y el frente social, las universidades, las organizaciones indígenas y el poder territorial cumplirán un papel relevante. Quisiera compartir un relato sobre estas instituciones, ateniéndome más a la libertad narrativa de la crónica periodística que a la rigurosidad científica que caracteriza este tipo de publicaciones.

## I. El Ministerio de Educación y el frente social

Todavía persiste la “tara” legal de la división del sistema educativo en fragmentos como la educación Hispana, la Educación intercultural Bilingüe, la educación fiscomisional, la educación privada, experimental, municipal, etc., sin la existencia de un marco jurídico e institucional que ampare a la educación como un bien y un derecho público, más allá del tipo de prestación de servicios al cual se refiera el sujeto de derechos.

Esta fragmentación del sistema educativo ha tenido por correlato una pérdida de su capacidad rectora, de su capacidad orientadora y movilizadora, sumiéndolo en un conjunto de sistemas precarios de prestación de servicios que han aprendido, en muchos casos, a sobrevivir. Este debilitamiento de la función pública se expresa en diversos niveles del campo educativo; por ejemplo, en los borradores de proyecto de Ley de Educación, los actores educativos tienen la tendencia a confundir el ámbito de la Ley, reduciéndolo a la administración de un sistema educativo, en lugar de construir un cuerpo orgánico centrado en el titular de derechos y en los mecanismos para garantizarlos; pero esto también se refleja en los maestros y maestras, quienes, al responder a la pregunta de cuál es su misión, tienden a afirmar que ésta consiste en “enseñar” o en “impartir” conocimientos. Nada más alejado de sus funciones primordiales. En Japón, cuando los maestros se gradúan, realizan un juramento, como el juramento Hipocrático de los médicos. En este juramento, el primer precepto es “Proteger y garantizar el bienestar de los niños y niñas”; mientras que el segundo precepto es ayudar, facilitar y garantizar condiciones para lograr aprendizajes de calidad.

Afortunadamente, en la actualidad, el Ministerio de Educación, orientado por el Plan Decenal de Educación, ha realizado grandes avances hacia la reconstrucción de la confianza en la función pública y en sus facultades rectoras. Ha levantado una serie de banderas e hitos para la educación, como la reducción de barreras al acceso, la eliminación de los mal llamados aportes “voluntarios”, la entrega de textos escolares gratuitos para todos, la universalización del primer año de básica, la realización de las pruebas de aprendizaje y el desarrollo de un sistema nacional de evaluación, entre otras políticas. Es necesario reconocer que en el Diseño del Plan Decenal, la educación intercultural bilingüe no es un actor de primera plana. Está integrada y subsu-

mida al a un criterio homogéneo de rectoría nacional. Se han tomado medidas valiosas para recuperar la confianza en la función pública, garantizando una mayor inversión y mejores condiciones de trabajo para el magisterio y el conjunto del sistema educativo, aunque todavía hay mucho camino por recorrer para que estas medidas lleguen al (sub) Sistema de Educación Intercultural Bilingüe en forma sistemática, pertinente y efectiva.

Pueden tomarse algunos ejemplos de la coyuntura actual: el sistema educativo trabaja para garantizar textos escolares gratuitos para todos. Ha realizado importantes avances de cobertura y ha difundido una versión en Kichwa muy valiosa, el “Kukayu Pedagógico” –no por su contenido, el cual desconozco, sino porque es producto de la concertación y del trabajo en equipo de la Dirección Nacional de Educación Bilingüe, su regional de la sierra y las Direcciones provinciales, donde predomina la nacionalidad Kichwa con sus diversos pueblos–. Este trabajo ha sido logrado con el apoyo decidido de Plan Internacional. También es imperativo construir materiales educativos y textos escolares para las demás lenguas indígenas del país. En esta tarea trabajan actualmente los equipos provinciales del sistema de educación bilingüe de la Amazonia, en conjunto con la regional amazónica y la DINEIB nacional, con el apoyo de UNICEF. Sin embargo, este desafío de escribir en diferentes lenguas y desde la diversidad cultural y geográfica del país, exige la participación de más actores y fuerzas, tales como el sector editorial, los medios de comunicación y los gobiernos seccionales, etc.

De todas formas, hay muchos aspectos por mejorar. Un estudio realizado por el proyecto regional de Educación Bilingüe EIBAMAZ demuestra, en un análisis de algunos textos “hispanos” difundidos en la Costa y en la Sierra, que no existe un enfoque profundo de interculturalidad y género. Llegan al folklore, al mito antiguo, pero poco profundizan en la diversidad cultural del Ecuador actual. Hace pocos meses estuve presente en una escuela donde se hacía la entrega de textos distribuidos por el Ministerio y una Prefectura. Abrí al azar una página de tercero de básica. El titular era “LA SELVA”. En la ilustración se veía un paisaje con hipopótamos, jirafas, elefantes, leones, y monos... Las prefecturas se sorprenden ahora con el texto de Lugar Natal de 4to año de básica, al constatar que los datos referidos en torno a sus provincias no coinciden con la realidad que ellos viven y experimentan en el día a día. No se sienten representados en el texto sino, más bien, relatados por otros. Aún no contamos con

normas precisas que prescriban la obligatoriedad de los estudios sobre las culturas actuales del país. Una obligatoriedad que debe imperar en todos los planteles educativos del país, sin importar si éstos son privados, públicos, religiosos, etc. Un valioso aporte para este fin son los materiales producidos por el Gobierno de la provincia de Pichincha, el Ministerio de Educación, la CONAIE y la DINEIB en el marco del proyecto regional EIB-AMAZ, llamado “Aprendamos de los pueblos y nacionalidades del Ecuador”.

Es indudable que hay que contribuir para que las vitrinas pedagógicas consideren algunas variables de participación y consulta para mejorar la calidad de los textos, tanto en los preceptos básicos de equidad de género como en la valoración de la unidad en la diversidad cultural y lingüística del Ecuador. El futuro es alentador y el camino está trazado. Es hora de aunar esfuerzos y afinar los mecanismos institucionales para lograrlo. Para este fin, será necesario revisar el proyecto editorial y su consistencia con el proceso de reforma educativa que el Ministerio de Educación impulsa actualmente. Será de especial interés para todos nosotros el aprender a producir textos que cumplan reglas básicas de la pedagogía y la narrativa.

Un texto escolar representa, bajo el imaginario de las ciencias positivas, el universo; sin embargo, bajo este relato aparentemente “objetivo” siempre se esconde un relato dominado por el drama y la intriga de un sujeto colectivo. No sé si una lectura de los textos actualmente distribuidos nos permitiría configurar al sujeto colectivo que se trasluce en ellos. Me temo que será un sujeto monocultural, urbano, masculino, blanco y de clase media alta. Todavía estamos lejos de representar adecuadamente el universo que constituye al Ecuador. Hay que trabajar mucho para configurar este sujeto llamado Ecuador y todas sus particularidades, las cuales, a su vez, constituyen un universo en sí mismas, como el sujeto Kichwa, Naporuna, Siona, Waodani, Afro, urbano, montubio, en fin, todos los que somos desde una perspectiva intra e intercultural.

Bajo la lupa de la interculturalidad y del derecho que tiene cada colectividad, pueblo y nacionalidad a expresarse, a referir su universo en algo tan emblemático como un texto escolar, no sólo está en discusión la distribución de un texto escolar gratuito para todos, sino que se abre la puerta para sugerir y ejercer el derecho a producirlo como parte necesaria del proceso de fortalecimiento de las identidades individuales y colectivas. Es propio de la socie-

dad que aprende, el permitir que el tutor faculte a sus miembros para que ejerzan sus capacidades.

Otro ejemplo de las políticas que se están impulsando en la actualidad es la universalización del primer año de educación básica, como primer paso para garantizar una educación básica de 10 años. Gracias a esta iniciativa del movimiento ciudadano Contrato Social por la Educación, retomada por el Plan Decenal de Educación y el Plan Nacional del buen Vivir, podemos afirmar que se han realizado importantes avances, pasando de una cobertura aproximada del 42% en el año 2003, al 81% de los niños de 5 años que actualmente sí acceden al primer año de básica. Si bien podemos felicitarnos por estos avances, siguen siendo excluidos los niños de las escuelas rurales y unidocentes de los lugares más marginados del país, en donde habitan, sobre todo, indígenas y afrodescendientes. Podríamos afirmar que aún tenemos cerca de 30.000 niños de 5 años que no tienen la oportunidad de aprender en una escuela.

Pero la exclusión que experimenta el sector indígena respecto de esta política también ha tenido otra causa: El Modelo del Sistema de Educación Intercultural Bilingüe MOSEIB, promulgado en el año 2003 (un año antes de que el sistema educativo "Hispano" iniciara su propio proceso de reforma curricular para transitar de la primaria de 6 años a los 10 años de básica que actualmente se impulsan), tuvo el atrevimiento de postular 9 años de educación básica en el MOSEIB. Su modelo abarcaba, inicialmente, desde los 6 años hasta los 14. Los argumentos para no incluir a los niños de 5 años son importantes. Durante este período, las organizaciones indígenas acordaron que era preferible el contacto de los niños con los padres, para promover así su incorporación a la vida social y cultural tradicional de las culturas indígenas. También se tomaron en consideración las distancias que tienen que recorrer estos niños para acceder a la escuela, sin perder de vista que un niño muy pequeño tiene sus límites. Era mejor que los niños conocieran el trabajo de sus padres para, al menos, contar con las herramientas básicas de sobrevivencia. Si bien estas posturas pueden ser contradictorias, se vieron fortalecidas por la experiencia vivida por medio de los centros de desarrollo infantil de los programas sociales de los años ochenta y noventa, donde las prácticas de atención infantil en comunidades indígenas desestructuraron considerablemente la cultura y los hábitos de sus miembros. Las organizaciones indígenas

entraron en debate, concluyendo que ése no era el modelo de atención que ellos querían. Se pretendía una educación más centrada en la comunidad y en las familias, antes que mantener a niños muy pequeños en condiciones igualmente precarias, dentro de un aula donde “*nos dan cuidando*”. Esta actitud de confiar al sistema educativo la crianza de los niños tiene el gran riesgo de formarlos en todo menos en lo que ellos son y, además, tiene la grave implicación de que las propias familias también llegan a desaprender muchas cosas relativas a su acervo.

Había que revertir esta tendencia y promover otras bases para la educación inicial. En el 2001, la DINEIB, en colaboración con GTZ y UNICEF, realizó una importante reforma del MOSEIB y acordó que el modelo inicia con la Educación Infantil, Familiar y Comunitaria, EIFC, y que ésta debe orientarse a generar capacidades en las comunidades, a fin de que los niños y niñas aprendan desde su concepción y crezcan en familia y comunidad. Este valiosísimo componente del MOSEIB ha sido impulsado por la DINEIB, reasignando partidas presupuestarias para todas las provincias y permitiendo que, de este modo, cada lugar explore el modelo de trabajo que más se adecua a sus necesidades. En la actualidad se ha generado una valiosa alianza entre la DINEIB y la Dirección de educación inicial del Ministerio de Educación para fortalecer esta política. Sin embargo, estas medidas no son suficientes: los imaginarios sociales pesan mucho y la tentación de aplicar el modelo “hispano” es muy grande. En este caso la DINEIB cumple una función de mediación social entre los intereses de las culturas minoritarias y las tendencias de la cultura hegemónica en torno a la crianza y educación de la primera infancia y el significado de un buen comienzo en la vida de acuerdo a cada cultura. Me temo que la tendencia será institucionalizar el primer año de básica, colocar aulas y encerrarse dentro de ellas, y no pretendo afirmar que el ministerio haga esto en forma intencionada, pero quiero resaltar que, en las culturas locales, fetiches como el cemento, el pupitre, las aulas y “lo moderno”, siguen siendo símbolos de poder y prestigio que, muchas veces, carecen de las potencialidades del descubrimiento, la sorpresa y el aprendizaje en comunidad de acuerdo con patrones culturales originarios de los pueblos y nacionalidades indígenas y afrodescendientes del país.

Es muy común recorrer comunidades que, después de haber acordado sobre la importancia del trabajo al interior de las familias en lo que respecta

al cuidado de los niños pequeños, llegan a la conclusión de que es necesaria la existencia de un aula cuando, irónicamente, en el traspatio de la escuela está expuesto un muestrario de arqueología política, con las ruinas y escombros de aulas que han quedado inutilizadas y olvidadas porque son inhabitables y nunca han sido cuidadas. No olvidemos que la colonización del mundo indígena también se hace por la vía de la escuela y su institucionalidad. Pero, por suerte vivimos en una esperanzadora paradoja, donde esta escuela también es una autopista para la emancipación. Ojalá las universidades y otras instituciones exploren más a fondo los mecanismos para transitar de la escuela unidocente hacia Centros Comunitarios de Aprendizaje con, al menos, dos maestros/as que integren a la comunidad y al ciclo de vida en forma creativa y renovada. Ojalá estas universidades contribuyan con modelos arquitectónicos pertinentes para la cultura y el entorno donde se realizarán los procesos de enseñanza-aprendizaje. Sin embargo, me temo que el modelo de producción de infraestructura escolar sigue siendo imperio de otro género de consideraciones.

El Ministerio de Educación ha dado algunas señales interesantes en el concepto de las unidades educativas del milenio. Reivindica y dignifica el aprendizaje. Bajo esta veta se podrán explorar mejor las condiciones de infraestructura física y el equipamiento del sistema educativo. Ojalá logremos que este concepto pueda ampliarse a las redes del milenio donde se encuentren incluidos los centros comunitarios de aprendizaje y las unidades educativas. En las primeras, se concentrarían los esfuerzos para la educación inicial, familiar y primeros años de escolaridad, mientras que en las unidades educativas podrían trabajarse más a fondo los años posteriores de la educación básica y el bachillerato.

La historia de las relaciones entre el Ministerio y la DINEIB es una historia de negociaciones apretadas, incomprensiones, aciertos y desaciertos. Un ejemplo es el caso de las redes educativas a inicios del milenio. Mientras la DINEIB construye un mapa escolar para todo el sistema educativo bilingüe y define la política de implementar Redes de centros Educativos Comunitarios Interculturales Bilingües R-CECIB, el Ministerio de Educación emprende la ejecución de un préstamo internacional regido bajo una unidad ejecutora independiente, donde se constituyen redes en forma discrecional y donde se toman las decisiones sobre las Redes Bilingües a ser financiadas

con importantes recursos del Estado. En consecuencia, el SIISE reseña, como categoría en la oferta educativa, a las redes amigas, pero sin dar cuenta del sistema de educación bilingüe. Cuando en aquel entonces era director de Educación Bilingüe Luis Montaluisa, la DINEIB presentó la propuesta de reglamento de redes bilingües a la unidad ejecutora de Redes Amigas. La respuesta de su director, cuyo nombre afortunadamente no recuerdo, fue que se llevaría el reglamento para consultarlo con Washington. El director de Educación Bilingüe se levantó de la mesa y se despidió educadamente, sin dejar de manifestar su absoluto desacuerdo.

Si bien el principio de armar el territorio en redes de servicios es loable y compartido por todos, los procedimientos y mecanismos institucionales dejan mucho que desear. El mundo mestizo invisibiliza el proyecto bilingüe y subsume las R-CECIB al concepto de las redes amigas, promoviendo, incluso, la ruptura en la jerarquía institucional de la DINEIB entre los directores provinciales y los directores de las redes, quienes empezaron a considerarse falsamente *“autónomos y únicamente dependientes de una unidad ejecutora donde hay que hacer gestiones y trámites en Quito”*. Era de admirar el debate en ciertas organizaciones indígenas que sopesaban la posibilidad de acceder a los recursos de la unidad ejecutora, evaluando el riesgo de que estos procesos desestructuraran su organización y valores fundamentales. El ingreso de recursos, infraestructura e insumos educativos no necesariamente fortalece la organización indígena, la calidad de la educación y sus objetivos...

## II. La Dirección Nacional de Educación Intercultural Bilingüe (DINEIB)

En sus 20 años de vida, la DINEIB es un adolescente que ha logrado ponerse un traje que ampara a todas las nacionalidades indígenas. Podríamos afirmar que, sobre todo, destaca la wipala del mundo Kichwa, mientras que entre sus atuendos podemos ver fragmentos de todas las demás nacionalidades, incluyendo muchas de reciente autoidentificación, como los Andoas, los Sapa, entre otros. El problema es que el traje le queda corto. Tenemos como referente (aunque esto se preste a dudosas interpretaciones) el censo nacional del 2001, donde se señala que aproximadamente el 8% de la población se



declara indígena, mientras que la DINEIB brinda servicios educativos a cerca del 5% de la población en edad escolar. La CONAIE afirma que cerca de un 30% de la población nacional es indígena. Queda claro, en ambos casos, que no todos los indígenas del país tienen ni asumen la posibilidad de garantizar una educación intercultural y bilingüe para sus hijos. Muchos de ellos optan por asumir un sistema educativo mal llamado “hispano” porque es la mejor estrategia de inserción social y reducción de las exclusiones. Basta con comparar la inversión per cápita estimada entre las escuelas bilingües e hispanas para entender que la sociedad no estimula la identificación de los indígenas con un sistema educativo propio, sino que lo pauperiza, lo limita y lo reduce a su más mínima expresión, casi como si se tratara de una pieza de museo.

A pesar de esto, la DINEIB ha realizado una labor extraordinaria y digna de admiración al construir un sistema de educación intercultural bilingüe en condiciones extremadamente precarias y, muchas veces, adversas. Es comparable a un joven de 18 años que ha sido maltratado, que está desnutrido y que desconfía, con justas razones, de muchos de nosotros pero que, a pesar de ello, ha aprendido a constituirse en un sistema educativo a lo largo de estos años. Tuvo como referente a su hermano mayor y mucho más anciano, el sistema hispano. Observó sus formas de operar y empezó a asimilarlas y a aprehenderlas. Un ejemplo de ello es la maduración que han tenido las direcciones provinciales en el manejo de las normas administrativas y financieras. Sin embargo, este aprendizaje también va acompañado de muchas cosas que debería desaprender. Pero este es un tema que abordaremos más adelante, cuando hagamos un intento por comprender qué entendemos por educación intercultural y bilingüe. Por eso, podemos decir que al sistema bilingüe el traje también le queda corto, pues no logra ampliar su cobertura hacia la educación secundaria y tampoco logra articularse con fuerza en los sectores urbanos donde hay importantes asentamientos de población indígena.

Con respecto a la educación afrodescendiente, ésta sigue siendo parte del mal llamado sistema hispano y se encuentra inserta en los mecanismos institucionales de las Direcciones provinciales de educación hispana de Esmeraldas, Imbabura, Carchi y Guayas, entre otros.

### **III. Aprendizajes de calidad para una sociedad intracultural e intercultural compleja**

Hasta ahora he evitado realizar comentarios con respecto a la calidad de la educación. Esto vale tanto para los pueblos y nacionalidades indígenas y afrodescendientes que reivindican su derecho al desarrollo y al fortalecimiento de sus propias culturas y lenguas, como para el conjunto de la sociedad ecuatoriana que debe aprender a ser, conocer, hacer y convivir en la interculturalidad.

Tenemos amplios indicios de que las pruebas que se han aplicado en el país durante los últimos años para analizar las capacidades instrumentales de lenguaje y matemáticas demuestran un bajísimo nivel de aprendizajes en el conjunto del sistema educativo ecuatoriano, tanto fiscal como privado. Las mismas pruebas, en ciertas ocasiones, también han sido aplicadas al sistema educativo intercultural bilingüe, arrojando como resultado lo que ya sabemos: que los niños y niñas de este sector se encuentran rezagados en comparación con el mundo mestizo y el promedio de país.

Los maestros y maestras que asisten a las zonas rurales tienen bajos niveles de educación y, en muchos casos, no cuentan con la formación adecuada. Las instituciones encargadas de formar maestros, o bien se encuentran ahorcadadas en la burocracia y andamiaje institucional, o bien se dedican a formar educadores y educadoras para escuelas de clase media y alta urbana.

Nos encontramos en un círculo vicioso donde no es fácil hallar la punta de la madeja. No vale la pena continuar con una descripción lastimera de la realidad, aunque es muy importante comprender desde dónde estamos arrancando. Estudios realizados en Chile demuestran que un 70% de las razones por las cuales una persona tiene bajo rendimiento en la vida escolar tiene relación con su entorno de vida, familia y comunidad, dejando a la escuela un pequeño margen para generar oportunidades y cambios sustanciales en las condiciones de vida de las personas. Asimismo, existe evidencia empírica, a escala mundial, de que no hay un país con alta calidad de la educación que no haya trabajado el tema desde la equidad social o, para decirlo de otra forma, no existe experiencia histórica de un país que tenga altos resultados en los aprendizajes de su población y que, a su vez, sea un país altamente inequitativo.

Probablemente podríamos extrapolar una conclusión similar desde el mundo de la economía al mundo de la cultura y afirmar que, sin una educación de calidad intracultural e intercultural para los pueblos y nacionalidades indígenas y afrodescendientes, no habrá buena calidad en la educación intercultural en el mundo mestizo, blanco y urbano, y viceversa. La calidad del sistema educativo se expresará en la equidad de sus políticas y en su capacidad de permitir e incentivar a las instituciones titulares de responsabilidades para que puedan ejercerlas, ya sean éstas interculturales o interculturales bilingües.

De la misma forma en que un buen maestro es reconocido porque se concentra en el alumno de menor rendimiento y logra sacarlo adelante, generando aprendizajes de calidad e incorporándolo a la colectividad, una buena democracia es aquella que permite a la sociedad y a sus instituciones aprender a ejercer sus responsabilidades y derechos, especialmente a aquellas instituciones y familias que se encuentran en condiciones de desventaja y que, actualmente, no pueden ejercer sus derechos y tampoco pueden decidir con libertad.

Discutamos un poco el concepto de calidad desde la perspectiva de la intraculturalidad. El proyecto educativo indígena encuentra en la lengua un puntal para reivindicar sus diferencias y su universo. Esto no sólo se puede entender como una postura caprichosa de un adolescente que utiliza otros instrumentos para comunicarse, sino que exige el cumplimiento del derecho que tienen los pueblos y nacionalidades indígenas de imaginar y vivir en un universo “ético-mítico” propio. Sin embargo, este universo construido a lo largo de los siglos se encuentra seriamente afectado por los procesos de colonización que han vivido nuestros pueblos. La educación intracultural y bilingüe ejerce, por lo tanto, un trabajo como el que realizan los buscadores de oro, separando una pepita de entre toneladas de arena y escombros, tratando de descubrir, sistematizar y ordenar lo que le pertenece, decantándolo de lo que es de otros. Se nos vienen enfoques “puristas” y muchos se encuentran tentados a aislarse del mundo mestizo para lograr preservar cierta consistencia en su universo cultural. Los lingüistas hacen su “agosto”, sistematizan y producen, pero el uso social de la lengua está estrechamente ligado al sentido de las acciones, a los hábitos ciudadanos que han cambiado en forma tan precipitada. No hay nombre para decir “iPOD” en castellano,

probablemente tampoco hay nombres para decir ordenador en waorani. El universo que nos rodea está constituido, en gran parte, por medio del lenguaje que le da sentido. Para el mundo occidental, colonizador y depredador, el lenguaje ancestral es muchas veces disfuncional; es necesario adoptar el patrón de la otra cultura para poder designar este mundo transformado. Por desgracia, este mundo transformado tampoco se nos abre como una caja de herramientas útiles y valiosas, sino que muchas veces se nos viene como un tinglado impuesto, como un molde al cual hemos aprendido a acoplarnos sumisamente, “naturalmente”, como un ritual mágico que no es necesario comprender.

Una vez visité una comunidad Shuar en el Transcututcú. Había fiesta, era domingo. Sonaba música tecno a gran volumen por los altoparlantes de la escuela y las familias se encontraban un poco dispersas en torno a la radio. La batería que la proveía de energía era un regalo de unos misioneros. Radio Bonita estaba sintonizada a todo volumen. Los jóvenes jugaban fútbol, los mayores tomaban chica y trago. Los niños más pequeños tenían unas impresionantes barrigas llenas de parásitos, que exhibían ante todo el mundo; estaban desnudos, sin que por ello se preocuparan los adultos. Le pregunté a una persona de la comunidad que hablaba castellano: ¿por qué sucedía esto?, y la respuesta fue simple: “los misioneros no nos han entregado las pastillas”. La persona que me acompañaba me pidió que me acercara a un arbusto que crecía junto a la escuela y me dijo: “¿Ves?, con esta planta nosotros nos desparasitábamos antes, pero como ahora hay pastillas, ya no lo hacemos, nos hemos olvidado...”. En entrevistas realizadas a líderes y dirigentes de comunidades de la Amazonia se destaca la nostalgia del aprendizaje libre, del aprendizaje a la hora de la guayusa, de las formas de expresión cultural, espiritual y comunitaria que empiezan a ser sustituidas por un esquema educativo y social que lo fragmenta todo: edades, grados, espacios y saberes. Es una sociedad que rompe y diluye el horizonte, el sentido, la pertenencia al mundo de la vida. La escuela reemplaza un universo de sentido centrado en la espiritualidad y la complementariedad, por un universo de sentido centrado en el poder instrumental y mítico de occidente. Esto suena bonito para quienes tenemos la oportunidad de aprenderlo y ponerlo en práctica, pero los instrumentos de la escuela de mala calidad, de la democracia de mala calidad en las zonas más pobres, en realidad, terminan por convertirse en ins-

trumentos para clientelizar los derechos humanos, fortaleciendo este esquema de privilegios sobre el cual se han asentado nuestras sociedades y prácticas políticas. El poder del conocimiento queda en segundo plano, cuando la escuela reproduce el esquema de nuestro poder de mala calidad. Un buen alumno no se caracteriza por acceder a más y mejores conocimientos, sino por complacer al poder instituido, halagarlo, perpetuarlo con la sumisión y la paciencia. No importa lo que dicta el maestro; lo que importa es el ritual por medio del cual un conjunto de sujetos se someten a los comportamientos, muchas veces arbitrarios e impredecibles, de quien detenta el poder en el aula, así como en el entorno político y social.

Un Proyecto Educativo Nacional, intercultural e intercultural bilingüe para todos y todas supone que ambos subsistemas tienen las fronteras bien trazadas. ¡Nada más alejado de la realidad! El debate de la calidad está permeado y atravesado por la desorientación histórica del sistema educativo con respecto a un hipotético y aún frágil proyecto de desarrollo nacional. Y aquí no se trata de transferir culpas, sino de aceptar que, ante la carencia de un proyecto nacional hasta el año 2007, era imposible perfilar los fines de la educación y el rol que cumplirá este bien público y estratégico en el marco de un proyecto nacional.

¿Si pasáramos nuestras identidades por un cedazo de equidad, democracia e igualdad, quedaría acaso algo que nos una?, ¿algo que nos identifique y nos coloque en un lugar común, en igualdad de condiciones frente al mundo de la vida? Indudablemente, ésta es una época para reconstruir los sueños. Quizás, al hacer esta exploración, los ecuatorianos descubramos que tenemos aprendizajes interculturales muy profundos y subterráneos, a los que aún no nos atrevemos a nombrar. Uno de ellos, y quizá uno de los más valiosos, es el ejemplo histórico de las revoluciones, los golpes de Estado, los cambios de gobierno y el debate político, ejercidos sin violencia política manifiesta. ¡En Ecuador hay menos muertos y heridos en una revolución que en un día normal! A diferencia de algunos países vecinos, en Ecuador estamos muy convencidos de que no existe razón suficientemente válida para negar al *Otro* y disponer de su vida. Esta forma de ser en el mundo, se acerca más al pensamiento histórico de la resistencia. Cuando resisto, me coloco en cercanía con el valor de la vida; no me desprendo de ella.

¿Cómo podemos hacer que esta fuerza que emana de la resistencia se convierta en una afirmación firme y a voz en cuello? Tal vez sea necesario volver a una de las premisas fundadoras de toda cultura; a la forma en que nos organizamos los seres humanos para adaptarnos a la vida natural y establecer relaciones de comunicación y poder entre los miembros de nuestra propia especie. Si la cultura se despista del camino, entonces las condiciones del entorno de la vida y las transformaciones que ésta sufre tienen implicaciones directas en las posibilidades de sobrevivencia y pervivencia de una organización cultural determinada. Abundan los ejemplos históricos; si un modo de organización social no considera el entorno y lo depreda, inmediatamente queda en duda su propia posibilidad de pervivir. Occidente se enfrenta a una encrucijada. Si no toma correctivos, es probable que el destino de la vida en el planeta Tierra tenga que prescindir del proyecto humano como parte ella. Si las culturas y las civilizaciones del mundo entero tienen la capacidad de permear y controlar a las hordas depredadoras y desacralizadoras que se ocultan bajo esta máscara mal llamada “occidente o globalización”, podremos anclar a la civilización humana para que no se desprenda del mundo de la vida y, así, quizá todos tengamos oportunidades de aprender a convivir en y con la vida. El entorno natural no sólo puede ser comprendido desde una lógica instrumental, sino que se convierte en un entorno sacralizado al cual pertenecemos y con el cual aprendemos a comunicarnos, entendernos y expresarnos. La cultura y el ser humano pertenecen al mundo de la vida; no lo dominan. Tarde o temprano, occidente deberá aprender esta lección. Ojalá logremos que el trauma no sea tan grave y que todavía tengamos el derecho de pertenecer a la vida. Ojalá que nuestras culturas, sean las que fueren, encuentren un camino de adaptación al mundo natural que nos acoge. Ecuador en su conjunto (blancos, negros, mestizos, indios y afrodescendientes), en su proyecto estratégico de país, deberán recoger estos saberes ancestrales y fundamentales para garantizar su prosperidad y futuro.

#### **IV. Las organizaciones indígenas**

Si bien las organizaciones indígenas fueron las procreadoras de la DINEIB, con el transcurso de los años se han convertido en progenitores indiferentes

y han descuidado el proyecto educativo por perseguir el poder en otros ámbitos y esferas del Estado y la institucionalidad pública. Este abandono se refleja claramente, por ejemplo, en el documento de propuestas realizadas por la CONAIE a la Asamblea Constituyente a finales del 2007, así como en la importancia que se le ha dado a la Educación Bilingüe en la agenda de reivindicaciones de su organización política, Pachakutik, la cual debería representar sus intereses.

No es tarea fácil identificar las causas de este debilitamiento de la bandera educativa en las organizaciones indígenas. Para ello, es necesario comprender un conjunto de factores y relaciones complementarias. Sin atreverme a emitir juicios de valor, quisiera compartir una anécdota que nos puede invitar a la reflexión.

En un estudio realizado con estudiantes indígenas de la Amazonia, que cursaban el nivel de educación superior, se les pidió realizar un sociodrama que interpretara su situación laboral en el futuro, diez años después de haber egresado. Más del 60% de los estudiantes que hicieron el sociodrama eran maestros del sistema de educación bilingüe amazónico, ya sea bonificados o con nombramiento.

- Los estudiantes del primer semestre interpretaron un sociodrama cuyo protagonista era consultor de una ONG. Trabajaba en un proyecto y apoyaba a la comunidad para su desarrollo.
- Los estudiantes del segundo semestre interpretaron un sociodrama cuyo protagonista era alcalde de su municipio y atendía a las comisiones de las comunidades rurales para dotarles de mejor infraestructura y equipamiento para sus escuelas.
- Los estudiantes del tercer semestre interpretaron un sociodrama cuyo protagonista presidía el consejo directivo de un banco de los indígenas y que apoyaba proyectos productivos de las comunidades y organizaciones.
- Los estudiantes del cuarto semestre interpretaron un sociodrama cuyo protagonista gerenciaba y administraba su propia finca con prosperidad.

¿Qué pistas nos puede dar esta anécdota? No olvidemos que en el imaginario de los maestros, ninguno pensaba que seguiría siendo maestro. El ser maestro es una circunstancia para otro proyecto: el proyecto del poder, que muchas veces se traduce en la identificación de mecanismos de inserción en el mundo occidental; una inserción que se realiza bajo los patrones de éxito del mundo occidental y no necesariamente bajo las condiciones de un proyecto político propio de los pueblos indígenas. ¿Para qué son las mayores oportunidades de educación superior de los pueblos indígenas? ¿Para lograr una mayor y mejor inserción y participación del mundo occidental, intercultural y hegemónicamente mestizo? Este recorrido por el imaginario del poder, de semestre en semestre, desde la idealización del mundo de las ONG, pasando por las instancias del poder local y financiero, hasta la configuración del proyecto individual y privado, ¿no es precisamente lo que se logra con “educar”? ¿Queremos una educación superior para los pueblos indígenas con el objetivo de que aprendan a insertarse en nuestras sociedades? ¿Es eso lo que queremos?

¿Hasta qué punto las organizaciones indígenas tienen un proyecto de poder configurado a largo plazo que apueste por la educación superior como la posibilidad de sustentar, con conocimientos y saberes, el proyecto político? Más allá del derecho individual de todo ecuatoriano de acceder a una educación superior, ¿en dónde está el derecho colectivo a una educación superior propia? ¿Es posible postular este derecho en forma clara y explícita? Esta pregunta queda abierta para un debate posterior.

También es motivo de indagación y análisis el tipo de poder que se persigue mediante el modelo de educación hegemónico, así como los fines que lo articulan. En una mala democracia como la nuestra, muchas veces el poder se ejerce no desde el bien común ni desde la meritocracia que estimula a los que más saben y conocen, sino desde la exhibición de fetiches, como los títulos universitarios vaciados de contenidos y las prácticas orientadas a clientelizar la función pública, como pretexto para mal administrar los privilegios que se puedan derivar del sistema reinante.



## V. Las universidades

Durante estos últimos años hemos presenciado una irrupción de los pueblos indígenas en la educación superior; las oportunidades se han ampliado en forma sensible y tenemos ejemplos dignos de aliento, como los realizados por la Universidad de Cuenca, la Universidad Salesiana, la Universidad Andina, la FLACSO, entre otras. También han surgido iniciativas orientadas a concebir un sistema de educación superior intercultural bilingüe, como las experiencias de Kawsay y UINPI y, por otro lado, importantes recursos de préstamos internacionales han sido utilizados para financiar los estudios superiores de miembros de la población indígena, desde el CODENPE y otras instituciones del Estado. Incluso universidades privadas, como la Universidad San Francisco, tienen planes de becas para estudiantes indígenas del país.

Sin embargo, pocos esfuerzos hemos realizado para analizar la pertinencia y calidad de dichos estudios, por lo que queda pendiente estudiar si éstos están orientados a la construcción de un sistema nacional de educación superior incluyente y pertinente.

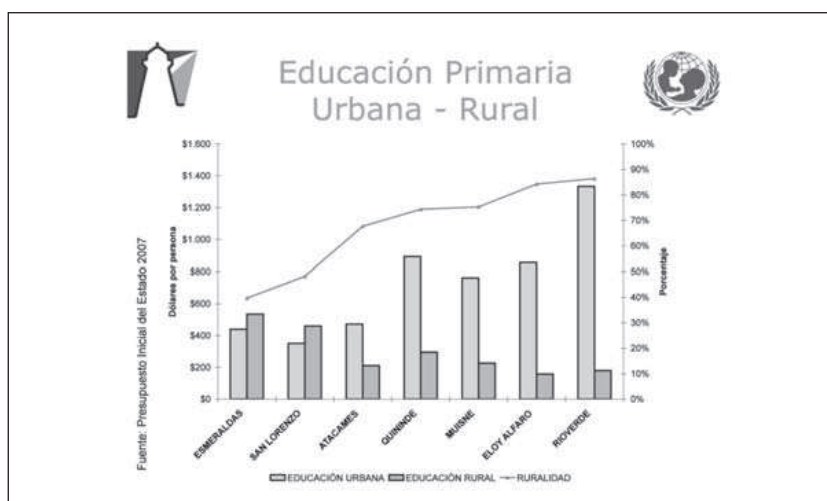
Está en discusión la posibilidad de concebir y conciliar un concepto de educación superior indígena diferenciado. Y, más lejos aún, está la opción de que un sistema de educación superior occidental sea capaz de integrar el universo de los saberes indígenas, desde el mundo de la ciencia, al mundo de las humanidades, la espiritualidad y la valorización de las diversas culturas que constituyen al Ecuador. Por el momento, la mayor parte de proyectos consisten en proveer a los individuos de los pueblos indígenas de una educación superior desde la perspectiva del mundo occidental, con muy escasas oportunidades de concebir la ciencia y los saberes sobre la base de parámetros de las culturas indígenas y afrodescendientes.

## VI. Los gobiernos territoriales

El movimiento indígena ha aprendido a insertarse en la institucionalidad pública bajo múltiples formas. En su proyecto de poder ha logrado fortalecer su presencia en las instituciones sectoriales, tales como el Ministerio de Educación, pero ahora, sobre todo, ha logrado una importante presencia política

en el poder territorial. Este aprendizaje de cómo llegar a formar parte del Estado le ha costado muchos esfuerzos pero, por otra parte, le ha dotado de las competencias necesarias para desenvolverse en el mundo mestizo hegemónico. El riesgo actual es que el proyecto político de los pueblos y nacionalidades se diluya en los mecanismos perversos de la trituradora clientelar y en la concepción de que las instituciones son nichos para distribuir privilegios, antes que para garantizar derechos.

El análisis del territorio denota que las exclusiones no son sólo de carácter étnico e institucional, como es el caso de la DINEIB, sino que son un reflejo de las inequidades económicas y la concentración de la riqueza en los centros urbanos, con el consecuente sacrificio del sector rural y las posibilidades de desarrollo de los pueblos afrodescendientes e indígenas en sus territorios. Un ejemplo de esto es la distribución del presupuesto nacional para educación en la provincia de Esmeraldas.



Fuente: Grupo Faro – UNICEF.

Actualmente, nuestro territorio está fragmentado y recortado por las instituciones sectoriales que sólo miran aquello que “éstas atienden”, sin inmutarse por la escuela, por el vecino, por el sujeto de derechos y su entorno. Si Eloy Alfaro fundó los 100 colegios nacionales, es hora de fundar 219 redes

del milenio; una por cada territorio: una red que incluya todos los servicios educativos en un solo proyecto y una red territorial que integre, en una acción teleológica, a todos los seres humanos que lo habitan, a fin de aprender y mejorar las condiciones de vida y adaptación del universo humano al entorno natural y cultural. ¿Es posible concebir este territorio con una institucionalidad pública que tenga por sujeto/objeto a la totalidad de sus habitantes y la garantía del derecho de aprender en conjunto? ¿Es posible que estos territorios cuenten con la tutela y el apoyo de las instancias sectoriales y sus especificidades?

### 6.1. Bases para el futuro:

#### Convención 169 OIT Art. 27

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.
2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.
3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

Al momento, en los corredores de la Asamblea Nacional se discute si la DINEIB perdurará en el texto de la Ley Orgánica de educación o, si acaso, ésta simplemente deba ser subsumida al marco legal y administrativo del Sistema educativo Hispano. Algunas tesis plantean lo siguiente:

- “La DINEIB no es más que otra forma de exclusión que pretende dar educación de pobres para pobres”.
- “Es necesario recuperar la rectoría del Ministerio, y la DINEIB no puede ser un organismo descentralizado, como lo expresan la actual carta constitucional y la Ley 150, donde se precisa su creación. Es un organismo desconcentrado”.
- “La DINEIB no cumple ni con los más mínimos requerimientos, y la calidad de su educación es tan deficiente que debe ser evaluada y reorganizada inmediatamente; para ello, el Estado y el Ministerio deben recuperar su control”.
- “Es inaceptable que el Ministro de Educación no pueda nombrar a los directivos de la DINEIB”.
- “Por el bien y el derecho de los propios indígenas, es necesario intervenir la DINEIB y ajustarla a los requerimientos de calidad que todos deseamos”.

Reconocemos sus falencias, pero señalamos que es derecho de los pueblos indígenas aprender y, en el proceso, cometer errores. Así pues, el primer derecho que debemos asegurar es que los propios pueblos sean quienes definan su propia educación y aprendan a construir su propia institucionalidad educativa, sin dejar de integrar parte de un sistema de educación nacional que les brinde igualdad de oportunidades. Esto demanda abrir y promover todos los espacios de diálogo necesarios para lograr acuerdos entre la institucionalidad pública y los pueblos y nacionalidades indígenas y afrodescendientes para lograr mecanismos de integración creativa sin sacrificar el mandato de desarrollo de sistemas educativos intraculturales e interculturales. ¿Hasta dónde puede llegar la acción tutelar del Estado ecuatoriano en lo relativo a imponer condiciones de igualdad para todos sus miembros, sin considerar su participación, su diversidad, su actoría y protagonismo? ¿Hasta dónde podemos afirmar que el Estado debe intervenir en la identidad y finalidad de una institución “adolescente”, que ha trazado su camino en un marco de adversidad, en una sociedad racista y excluyente? ¿Hasta dónde podemos demostrar bases de confianza y esgrimir antecedentes históricos que garanticen la inclusión de los pueblos indígenas en el proyecto nacional, como una prioridad estratégica en la que sus instituciones no sufran trabas y formas sutiles

de empobrecimiento y marginación? ¿Hasta dónde el Estado tutelar puede juzgar y evaluar a la DINEIB y definir los cambios institucionales que se requieren, sin antes consultar y hacer partícipes a los pueblos, organizaciones e instituciones indígenas?

Para el logro de este fin se podrán considerar los siguientes aspectos para el diálogo entre las culturas y su ordenamiento institucional.

1. Reconocer en la Ley Orgánica de Educación el derecho colectivo de los pueblos y de las nacionalidades indígenas a definir cuál es la educación adecuada para sus culturas y a construir las instituciones necesarias para el logro de estos fines, con el objetivo de alcanzar las garantías universales de un sistema educativo nacional, orientado a la intraculturalidad, la interculturalidad, al reconocimiento y a la valoración de la diversidad.
2. Reconocer en la Ley Orgánica de Educación la existencia de la DINEIB como un subsistema educativo con regulaciones propias articuladas al Ministerio de Educación, cuyo éxito depende no sólo de la igualdad en la distribución de recursos para su educación sino que, además, requiere de medidas y recursos suplementarios.
3. Estas regulaciones propias de la DINEIB inician con la constitución de su propio Consejo Educativo, adscrito al Consejo Nacional de Educación. Dicho consejo educativo, compuesto por representantes de todas las nacionalidades y pueblos indígenas, deberá conocer y aprobar sus planes, propender a garantizar su financiamiento, bajo criterios de acción positiva, y velar para que se cumplan los planes aprobados; además, deberá convocar a concurso para la designación de las autoridades educativas, asegurando la representación de todas las organizaciones indígenas como representantes de los pueblos y nacionalidades del país, y deberá establecer los enlaces con el Sistema Nacional de Educación, promoviendo así la armonización de procedimientos y políticas.
4. El Estado deberá adoptar medidas y disposiciones dirigidas a construir espacios públicos de diálogo intracultural e intercultural en los ámbitos educativo, público, cultural, mediático y social. Para este fin, es necesario que el ordenamiento institucional tome en cuenta a la

totalidad de los sistemas educativos en un territorio determinado, para garantizar el derecho a la educación en todas las modalidades y niveles existentes. Esto exige que el Ministerio de Educación realice una doble articulación entre la rectoría, los planes y los programas de los subsistemas intercultural e intercultural bilingüe y sus instancias de prestación de servicios, que demandan la homologación del sistema educativo al mapa político y territorial del país. Y esto exige, además, que el Ministerio de Cultura tenga acciones explícitamente orientadas a potenciar la diversidad de voces, incluyendo las expresiones culturales locales, indígenas, afrodescendientes y mestizas.

**Convención de los Derechos del Niño:**

**Artículo 17**

Los Estados partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto los Estados partes:

Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29 (sobre el derecho a la educación).

Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales.

Alentarán la producción de difusión de libros para niños.

Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena.

Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18 (libertad de expresión y responsabilidad de los padres).



## Trabajo infantil y derechos de la niñez y adolescencia

Margarita Velasco Abad

---

### Sumario:

I. ¿Qué es el trabajo infantil y por qué es riesgoso? II. Trabajo infantil y normativa legal en Ecuador. III. Cronología del marco legal y de políticas públicas para proteger a la niñez ecuatoriana del trabajo infantil. IV. La magnitud del problema y su evolución. V. Los impactos de la política pública. VI. Los pendientes. VII. Bibliografía.

---

*El Estado y la sociedad deben elaborar y ejecutar políticas, planes, programas y medidas de protección tendientes a erradicar el trabajo de los niños, niñas y de los adolescentes que no han cumplido 15 años.*

*La familia debe contribuir al logro de este objetivo.*  
Art. 83. Código de la Niñez y Adolescencia, 2003

El Observatorio de los Derechos de la niñez y adolescencia monitorea desde hace 7 años el cumplimiento de los derechos de los niños y niñas ecuatorianas a la educación mediante la creación de una medida denominada *índice de los*



*derechos de la niñez y adolescencia*<sup>1</sup>. Este índice para la edad escolar y la adolescencia (IDN-12 e IDN-3) demostraba una escasa mejoría en el período estudiado: nunca lograba superar la nota de 4.5/10.

Uno de los indicadores que componen esta medida es la asistencia a clases de los niños y niñas. El Observatorio encontró que ellos y ellas desaparecían del sistema escolar al terminar la primaria (al pasar del sexto al séptimo de básica) y al concluir la educación básica (10 años de educación). En ambas situaciones, dos de cada diez no volvían a la secundaria y abandonaban el sistema escolar<sup>2</sup> ¿Dónde estaban estos niños y niñas? Se iban a trabajar. Esto motivó al Observatorio a estudiar el comportamiento de los indicadores del trabajo infantil en los últimos 7 años y a relacionarlos con las políticas sociales que fueron fortalecidas en este período; los resultados de esta indagación se exponen en este artículo.

## I. ¿Qué es el trabajo infantil y por qué es riesgoso?

Múltiples autores definen al trabajo infantil y lo relacionan con dos dimensiones de la vida de los niños y niñas: el acceso y permanencia en la escuela y la explotación social a la que son sometidos.

Gajardo y Andraca<sup>3</sup> definen al trabajo infantil como el conjunto de actividades realizadas por los niños y niñas en edad obligatoria de estar en la escuela, pudiendo éstas realizarse en el ámbito doméstico o no y significar o no una contribución económica para sí mismos o para el núcleo familiar (1988). Siendo una actividad complementaria al ingreso familiar, el trabajo

1 El IDN es una medida sintética sobre el cumplimiento de los derechos de la niñez y adolescencia. En 2002, el ODNA junto con UNICEF crearon esta medida que desde entonces ha permitido realizar el monitoreo del cumplimiento de estos derechos de manera objetiva e integral.

Este índice está conformado por varios indicadores que parten de la garantía de derechos de acuerdo al ciclo de vida: IDN1, Primeros Años (0 a 5 años); IND2, Edad Escolar (6 a 11 años) e IDN3, Adolescentes (12 a 17 años). Cada uno de ellos abarca tres derechos fundamentales, representados por un indicador social. La combinación de los tres indicadores se transforma en una calificación con una escala que va de 0 (deficiente) a 10 (sobresaliente).

2 Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia-UNICEF, *Estado de los derechos de la niñez y adolescencia*, EDNA, 2007 y ODNA, 2009.

3 Gajardo, Marcela y De Andraca Ana María, *Trabajo Infantil y Escuela*, Flacso, Santiago de Chile, 1988. \*Secretaría Técnica del Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

de los niños y niñas muchas veces es tan solo una necesidad marginal de la familia. Sin embargo, en algunos casos los niños y niñas aparecen también como los responsables económicos únicos del ingreso familiar.

El trabajo infantil desde una lectura negativa y pernicioso se define también como las actividades donde se utiliza a los niños y niñas como mano de obra barata, en sustitución de los adultos, perjudicando sus procesos escolares. El destacar que los niños no son trabajadores libres, no tienen autonomía de decisión en cuanto al empleo de su fuerza de trabajo, lleva a identificar que las decisiones para que ellos trabajen las toman los padres y otros adultos. Dentro de la unidad de producción, el niño está sometido a formas de subordinación que son legitimadas por la estructura familiar. Un niño o niña con menos de 15 años es mucho más vulnerable a ser objeto de esta manipulación, esta es una de las razones por las cuales —en la legislación mundial de trabajo infantil— se prohíbe el trabajo en personas que no han cumplido esta edad. “*El niño y la niña antes de los 15 años no tiene todavía el criterio para tomar decisiones, por lo tanto, el niño o la niña que trabaja está siempre obligado a ello*”<sup>4</sup>.

El trabajo infantil puede tener una acepción positiva siempre y cuando sea comprendido como el conjunto de actividades regulares o esporádicas realizadas bajo supervisión de padres que contribuyen al buen funcionamiento del núcleo familiar y estén direccionados a buscar efectos sobre el aprendizaje o formación de los niños-as. Este concepto como práctica es encontrado en varias comunidades indígenas del país, donde se coloca a la labor que realizan padres e hijos como parte de los procesos de formación e integración de la niñez a la vida comunitaria. Si las tareas implican el abandono y migración de los niños y niñas de sus comunidades, el trabajo conjunto de los niños y niñas y sus progenitores pierde su carácter formativo y pasa a ser considerado trabajo infantil precoz<sup>5</sup>.

Sin embargo, éstas son situaciones no comunes, la generalidad de casos encontrados más bien tienen que ver con niños y niñas captados sobre todo por el mercado informal de trabajo donde se dan condiciones poco seguras, la mano de obra es barata e incluso gratuita sobre todo si son niños los que

4 UNICEF, *Estado Mundial de la Infancia, 2006. Excluidos e inviables*, UNICEF, Nueva York, 2006.

5 UNICEF, Internet, [www.unicef.org](http://www.unicef.org), Acceso: 15 julio 2009.

laboran. La preponderancia del trabajo infantil en la economía informal, que queda fuera del alcance de la mayoría de las instituciones oficiales, es uno de los principales problemas que entorpece su abolición efectiva. El trabajo informal es sinónimo de falta de acceso a la protección social oficial, a los recursos jurídicos y suele ser un trabajo invisible cuyos principales protagonistas son los niños y las niñas.

Néstor López<sup>6</sup>, citando a la UNICEF hace una nítida diferenciación entre dos tipologías de niños que trabajan: por un lado señala a aquellos que dentro de las familias campesinas o artesanas trabajan para ellas mismas y por la situación de pobreza: la falta de infraestructura o la ausencia de garantías sociales necesitan de los brazos infantiles. El niño puede trabajar algunas horas al día e ir a la escuela o en otros casos puede que trabaje todo el tiempo, pero no se puede hablar de explotación sino sólo de miseria.

Por otro lado, López hace referencia a los niños y niñas que son explotados por un patrón externo, muchas veces una multinacional, o que son sometidos a las peores formas de esclavitud tales como la explotación sexual comercial.

Igualmente se puede distinguir entre los casos menos graves –el trabajo durante algunas horas al día, en sectores que no perjudican la salud o el crecimiento– y aquellos más graves, es decir el trabajo a tiempo completo y en condiciones insalubres.

El concepto de trabajo infantil construido por UNICEF, además, permite perfilar cuáles son los criterios para calificar a esta actividad humana de inapropiada. Entre ellos, la dedicación exclusiva al trabajo a edades tempranas, la intensidad y duración de la jornada laboral, el estrés físico, social o psicológico indebido, el salario inadecuado, el asumir siendo un niño demasiadas responsabilidades, el impedimento del acceso a la escolaridad, el hecho de que el trabajo mina la dignidad y la autoestima de los niños –por ejemplo el esclavismo, la explotación laboral y la explotación sexual comercial– y cómo en definitiva esta situación impide que los niños y niñas consigan un pleno desarrollo social y psicológico.

6 López, Néstor, "Equidad educativa y desigualdad Social", IPEE-UNESCO, Sede Regional Buenos Aires, 2006.

## II. Trabajo infantil y normativa legal en Ecuador

A inicios del 2002, cerca de 700.000 niños y niñas trabajaban en el Ecuador. Hoy se estima que la cifra puede haber disminuido a la mitad y aproximarse a los 400.000. Esta tendencia al descenso del número de trabajadores infantiles es similar a la encontrada en América Latina por la OIT, que afirma que entre el 2000 y el 2004 bajó en 11% el número de niños y niñas trabajadores en esta región<sup>7</sup>.

La Convención de los Derechos del Niño de 1989 firmada por todos los países del mundo, con excepción de los Emiratos Árabes Unidos y Estados Unidos, fue uno de los hitos fundamentales para desencadenar en los países leyes que normalicen y regulen las actividades laborales de los niños y las niñas. Cincuenta países por ejemplo ratificaron la convención 139 de la OIT y definieron 15 años como la edad mínima para el inicio del trabajo infantil. El Ecuador es signatario de estos acuerdos internacionales y además, desde el 2003, el Código de la Niñez y Adolescencia establece normativas sobre los temas de protección a la explotación laboral de los niños, niñas y adolescentes.

El avance en la consecución de leyes y compromisos por parte del Estado ecuatoriano –en los últimos 20 años– que se describe en el recuadro demuestra la alta preocupación del país por el tema. El logro de esta normativa legal es un paso importante, y una de las consecuencias de la Convención de los Derechos del Niño, sin embargo, son los impactos de la legislación sobre la vida de los niños y niñas trabajadoras las que comprueban la efectividad de las mismas.

---

7 Organización Internacional del Trabajo (OIT), Desciende el trabajo infantil en América Latina, Internet, <http://www.ilo.org/>, Acceso: 3 julio 2009.

**Cronología del marco legal y de políticas públicas  
para proteger a la niñez ecuatoriana del trabajo infantil**

<b>1990</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• La Convención de los Derechos del Niño.</li> <li>• Plan Nacional de Acción a favor de la Infancia.</li> </ul>
<b>1992</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Reforma del Código de Menores.</li> </ul>
<b>1997</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Creación del Comité Nacional para la Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil (CONEPTI).</li> </ul>
<b>1998</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Constitución Política del Ecuador.</li> </ul>
<b>2000</b>
<p>Ratificación de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Convenio 138 sobre la edad mínima para entrar al mundo laboral.</li> <li>• Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil.</li> </ul>
<b>2002</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Creación del Sistema de Inspección y Monitoreo del Trabajo Infantil.</li> <li>• Primer Plan Nacional para la Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil.</li> </ul>
<b>2003</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• El Código de la Niñez y Adolescencia.</li> </ul>

<b>2005</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Plan Nacional Decenal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia.</li> <li>• Reforma del Código del Trabajo.</li> </ul>
<b>2006</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Plan Nacional de Desarrollo 2006 – 2010.</li> <li>• Agenda social de la niñez y adolescencia 2006 – 2010.</li> </ul>
<b>2008</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Agenda social de la niñez y adolescencia 2006 – 2010.</li> <li>• Constitución Política del Ecuador.</li> </ul>
<b>2009</b>
Creación del Instituto Estatal de la Familia, INFA.

Elaboración: ODNA 2009.

El análisis de la normativa legal ecuatoriana permite identificar dos tipos de riesgos en los niños y niñas que trabajan: uno, al que se ha hecho ya referencia y que tiene que ver con los obstáculos que el trabajo coloca a la niñez y adolescencia para acceder, permanecer y ser exitosos en la escuela. El segundo y que aparece en la normativa legal de esta década está referido a la explotación laboral y a las peores formas de trabajo infantil, tales como la explotación sexual comercial, la prostitución, el reclutamiento a la fuerza, el esclavismo, la trata y a la utilización de los niños y niñas para cometer actividades ilegales y que ponen en peligro su vida<sup>8</sup>. El Código de la Niñez y Adolescencia es explícito sobre el tema cuando destaca que “los niños, niñas

8 La normativa de la OIT de la cual es signatario el Ecuador recoge explícitamente estas definiciones como las peores formas de explotación laboral a las que están sometidos en la actualidad los niños y las niñas.

y adolescentes tienen derecho a que el Estado, la sociedad y la familia los protejan contra la explotación laboral y económica y cualquier forma de esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso o nocivo para su salud, su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social o que pueda entorpecer el ejercicio de sus derechos a la educación” (Artículo 81)<sup>9</sup>.

## VI. La magnitud del problema y su evolución

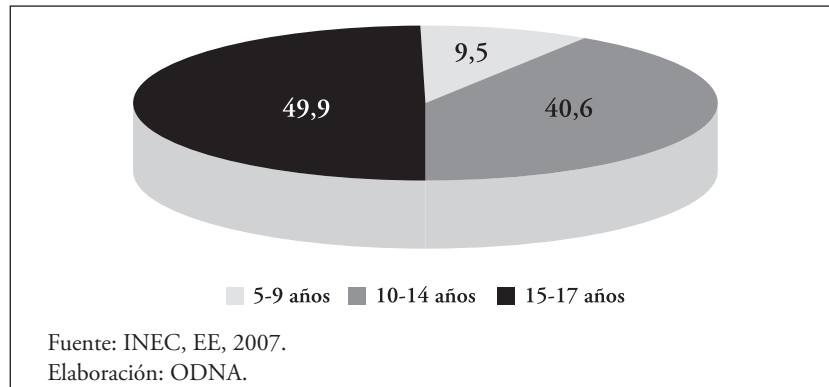
Uno de los problemas que el país tenía en la década del noventa era la ausencia sistemática de datos sobre la magnitud del trabajo infantil. En el 2001 la OIT coloca un módulo de trabajo infantil en las encuestas realizadas por el Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos. Desde entonces, el INEC recoge sistemáticamente información en sus encuestas de empleo que captan el trabajo infantil desde los 5 años.

El Sistema de Indicadores Sociales del Ecuador, SIISE, construyó una tipología del trabajo infantil en la que es posible observar niños y niñas que no trabajan, niños y niñas que estudian y trabajan, niños y niñas que solo trabajan y niños y niñas que ni trabajan ni estudian. Esta última categoría se refiere sobre todo al trabajo oculto doméstico que no es remunerado y que, como se observa en el gráfico No. 4 que aparece en páginas posteriores, se refiere sobre todo a las niñas.

---

9 Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia. Código de la Niñez y Adolescencia, 2003.

**Gráfico No. 1**  
**Distribución por edad del trabajo infantil en Ecuador**



La distribución por edad del trabajo infantil aparece en el gráfico No. 1, en él es posible observar cómo la mitad de niños y niñas trabajadoras se encuentran en edades comprendidas entre los 5 y 14 años, lo que significa una violación de las disposiciones legales ya que el Código de la niñez impide el trabajo de niños y niñas que no tengan 15 años.

Si bien el porcentaje más bajo de niños y niñas trabajando se encuentran en las más tiernas edades (cinco a nueve años), la cifra llama la atención sobre el hecho de que uno de cada diez trabajadores infantiles está en esta edad. La alerta encontrada por el Observatorio referida a que el momento de culminación de la escuela es un período de riesgo para el trabajo infantil, es corroborada ya que cuatro de cada diez niños y niñas entre los 10 a los 14 años está trabajando.

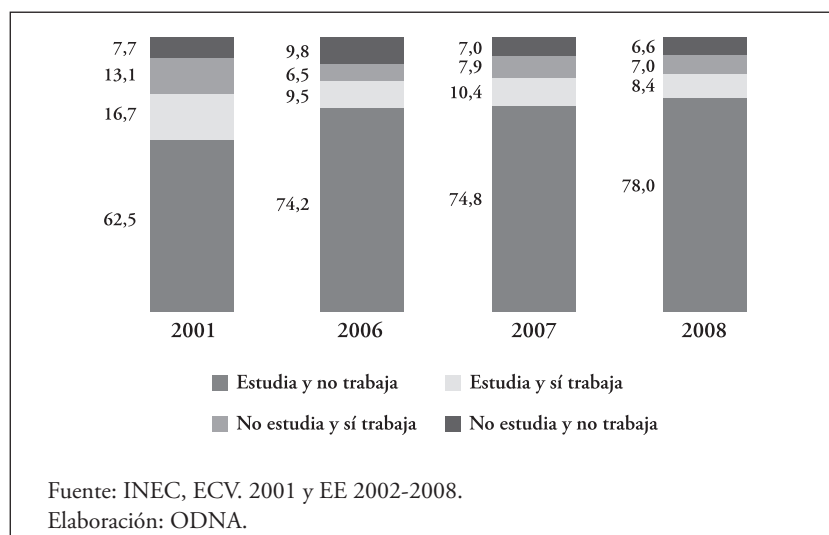
El gráfico No. 2 describe la tendencia histórica del trabajo infantil según su tipología, a partir del 2001. El porcentaje de niños y niñas que solo estudiaban a inicios de la década era del 63%. Esto significaba que 37% de la población infantil y adolescente trabajaba. Esta situación sufre un cambio significativo para el 2006 ya que se incrementan los niños y niñas en el sistema educativo a 74%, con un aumento en los dos años del gobierno de Rafael Correa de cuatro puntos porcentuales. Siendo así, casi ocho de cada diez niños, niñas o adolescentes estudian en el país, es decir dos niños más que en el 2001.



Por otro lado, frente a esta buena noticia, el porcentaje de niños y niñas que ni trabajan ni estudian, casi no varía durante los siete años analizados. Si en el 2001, 8% estaban en esta situación, en el 2008, el porcentaje es del 7%. Como se había señalado, en este componente de la tipología está el trabajo oculto, a veces no remunerado y tan solo pagado por medio de un canje por acciones de sobrevivencia de los niños: comida, alojamiento, vestido.

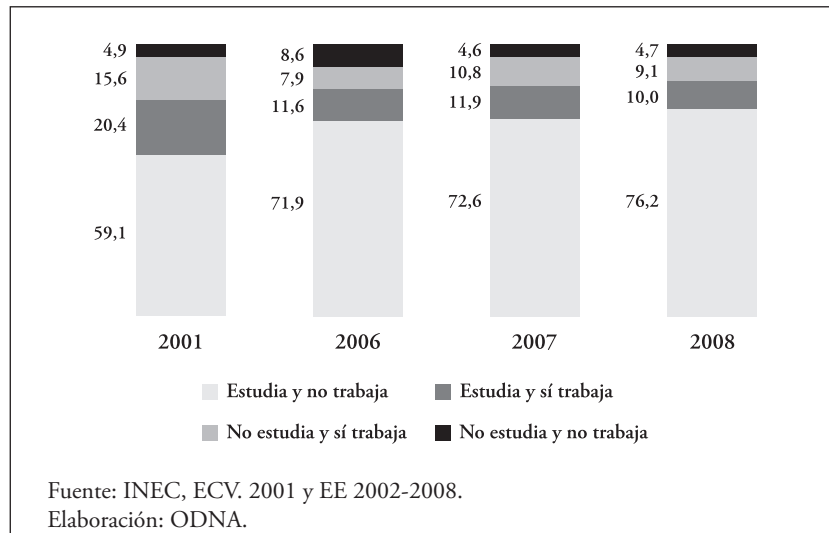
La prueba de que efectivamente más niños y niñas dejan de trabajar e ingresan al sistema educativo se evidencia con el descenso de 13% a 7% de niños y niñas que solo trabajan, entre el 2001 y el 2008.

**Gráfico No. 2**  
**Evolución del trabajo infantil 2001-2008**



Los niños laboraban en mayor proporción que las niñas. La serie histórica señala que 40% de los varones entre 10 y 17 años trabajaban en el 2001. La cifra desciende siete años más tarde, y 16% más niños ingresan al sistema escolar y dejan de trabajar, esto se corrobora con la disminución –a la mitad– de los niños que trabajan y estudian, éstos disminuyen a la mitad.

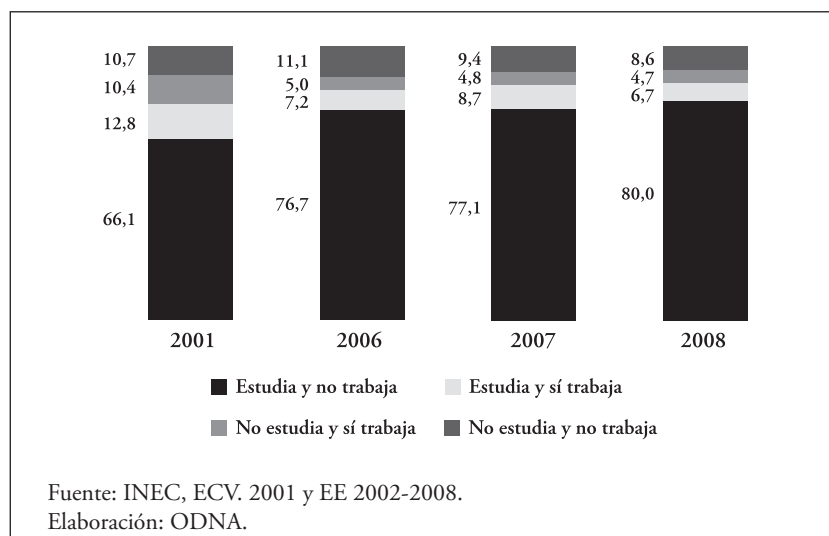
**Gráfico No. 3**  
**Evolución del trabajo infantil masculino. Ecuador 2001-2008**



Una caída importante y favorable a los niños es la observada en los que solo trabajan: de 16% desciende a 9%.

La información sin embargo, vuelve a alertar sobre los extremos de la situación, es decir lo difícil que es reducir el trabajo oculto. La serie demuestra que los porcentajes no variaron –más bien en el 2006 se elevaron al 9%– para volver al 5% de inicios de la década. En este caso las medidas tomadas no estarían resolviendo el problema de los más vulnerables.

**Gráfico No. 4**  
**Evolución del trabajo infantil femenino. Ecuador 2001-2008**



La evolución del trabajo infantil femenino en edades comprendidas entre los 10 y 17 años, señala que al presente existe un porcentaje menor de niñas que de niños trabajadores: en el 2001, tres de cada cuatro trabaja, a diferencia de lo encontrado entre los niños donde cuatro de cada diez lo hacían. Las niñas se van retirando del trabajo e ingresando al sistema educativo. Si en el 2001 el 13% trabajaba y estudiaba, en el 2006, la cifra desciende al 7% que es casi la mitad de sus pares. En cuanto a las niñas que solo trabajaban, la cifra también baja al 5%, así en el 2001, 10% laboraban y no estudiaban, y en el 2008 este porcentaje es del 5%.

Nuevamente y como ya se había señalado, las alarmas se prenden con el trabajo oculto que es el que se recoge en el primer nivel de la columna. En este caso, y a diferencia de las buenas noticias encontradas, el descenso es modesto, 3% en siete años: de 11% a 9%.

## V. Los impactos de la política pública

Los avances de estos siete años respecto a los marcos legales que protegen a los niños y niñas del trabajo infantil y sus consecuencias se plasman en las mejorías antes referidas, así como en los límites que ciertos grupos de niños y niñas trabajadoras tienen. ¿Hasta qué punto y por medio de qué acciones de la política pública se está logrando hacer realidad este importante marco legal?, ¿qué sucedió para lograr este descenso en el porcentaje de niños y niñas trabajando?

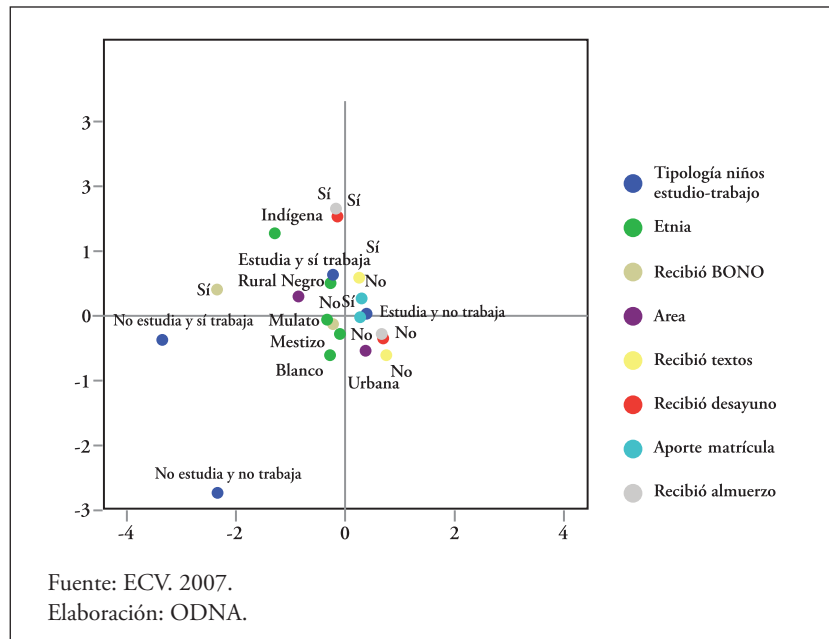
La serie histórica analizada parte del 2001, justamente del año en el cual el país sentía todavía los impactos de la crisis económica de 1999. La pobreza de consumo, por ejemplo, para ese año golpeaba al 52% de la población. Este porcentaje era mayor al encontrado en 1995, cuando solo el 39% de los ecuatorianos eran pobres. Por tanto aquella cifra que rebasaba los 700.000 niños y niñas trabajando era producto también de la crisis y de la pobreza.

Para el 2006, por ejemplo, cuando la pobreza disminuye al 38% –llegando en las ciudades al 25%– y recupera los niveles encontrados antes de la crisis, las cifras de trabajo infantil descienden de manera consistente y significativa. El trabajo oculto de niños y niñas –sin remuneración– parecería correlacionarse con la presencia del 13% de población viviendo en pobreza extrema y con la agudeza del problema en el campo donde el 62% continuaba siendo pobre.

Otra explicación es posible encontrar en el mejoramiento del ingreso promedio de los hogares que entre el 2003 y el 2006 se eleva de 541 dólares a 719 dólares. Entre las causas de la salida de la crisis se señalan la dolarización y el incremento de los precios del petróleo.

A ello se suma el hecho de que en los dos últimos años, el Estado ecuatoriano puso énfasis en políticas sociales que efectivamente cubrieron a buena parte de la población y que en conjunto lograron impactar sobre la situación del trabajo infantil y reducirlo. El gráfico 5 permite observar la interrelación de estas variables y concluir que el descenso se explica a la eliminación del bono “voluntario” que debían los padres de familia pagar por el ingreso de sus hijos a la escuela, la amplia cobertura del programa de textos gratuitos, uniformes gratuitos, la duplicación del bono de desarrollo humano.

**Gráfico No. 5**  
Programas sociales que se asocian al descenso del trabajo infantil



## VI. Los pendientes

Si bien el análisis de las series históricas permite observar la relación entre trabajo y educación, la situación de los niños y niñas que trabajan y su condición de explotados, queda de lado. La normativa legal en este aspecto no logra evitar las violaciones a los derechos de los niños y niñas como trabajadores: las horas promedio de trabajo semanal, por ejemplo, son 32, dos más que las aceptadas por la ley. Más de la mitad de los niños y niñas dicen trabajar en el hogar sin que ellos reciban directamente remuneración. Entre las evidencias del empleo precario al que son sometidos los niños y niñas de más de 15 años, es decir en edades aceptadas para trabajar siempre y cuando no

interrumpan la educación, se encuentra que el 41% de ellos tienen empleo temporal, con las consiguientes consecuencias sobre sus derechos a la seguridad social. Y efectivamente, a éste solo accede el 1% de los y las adolescentes trabajadores. Complementando este cuadro de precariedad hay que señalar que el 99% de los niños y niñas trabajadoras no poseen seguro médico y el 95% no tienen derecho a vacaciones<sup>10</sup>.

No es posible completar los diversos ámbitos del trabajo infantil, la ausencia de información para descifrar la magnitud o las condiciones en las que se presentan otras formas de explotación y esclavitud a los niños y niñas ecuatorianos, impide describir ésta que es la cara oculta del problema. A no dudarlo la Ley advierte sobre estos ámbitos y los penaliza, pero aún hay una distancia considerable entre la realidad, el ejercicio de los derechos y la ley.

En lo que tiene que ver con los aprendizajes sobre las acciones más eficaces para frenar y disminuir el trabajo infantil y el ingreso así como la permanencia de los niños y niñas en la escuela, son las políticas públicas integrales y transversales las que permitirán lograr que la normativa se haga realidad en el mejoramiento de la vida de los niños y niñas. El combate a la pobreza, el pleno empleo de los padres, los beneficios focalizados en los más pobres tales como el bono de desarrollo humano, el asegurar la alimentación, los textos y los uniformes gratuitos, son a no dudarlo parte del cumplimiento del derecho a la educación de la niñez del país. No es posible comparar entre la inversión significativa que el Estado ha realizado en estos programas sociales y la que la empresa privada realiza por medio de sus compromisos de responsabilidad social. Sin embargo, los empresarios tienen un rol fundamental que cumplir y que tiene que ver con el cumplimiento de la Ley sobre el trabajo infantil y su responsabilidad por velar que todo niño o niña no abandone el sistema educativo, así como que las condiciones de trabajo sean las menos nocivas posibles.

Por otro lado, cuando un niño o niña ha dejado de ir a la escuela y es indagado por las diversas encuestas que el sistema estadístico nacional toma, es común que la primera razón para abandonarla sea la necesidad económica, la segunda causa es la falta de interés que refieren los niños y niñas en el pro-

10 Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, a partir de la Encuesta de Condiciones Empleo, INEC, 2008.

ceso de aprendizaje ofertado por la escuela. Esto a no dudar tiene que ver con la calidad educativa y ésta a su vez, con la falta de pertinencia de contenidos, metodologías educativas bancarias, falta de apoyo a los niños y niñas con dificultades en el aprendizaje, no comprensión de la situación de la propia niñez que estudia y trabaja, todo lo cual va configurando una escuela expulsora que –junto a las condiciones de vida precaria de los niños y niñas– no se integra a la acción social a favor del cumplimiento de sus derechos.

El trabajo infantil, causa y efecto de la pobreza, es pernicioso para la salud de los niños y niñas, pone en peligro su oportunidad para salir de la pobreza al alejarlo de la educación y en gran parte de casos, conduce a más explotación y abuso. Solo medidas sociales integrales y sostenibles a lo largo del tiempo como el pleno empleo de sus padres y el acceso a servicios sociales de calidad y gratuitos podrán mejorar las condiciones generales de la población y acabar con el trabajo infantil.

## VII. Bibliografía

- Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, *Código de la Niñez y Adolescencia*, 2003.
- Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, *Agenda social de la niñez y adolescencia 2006 – 2010*.
- Gajardo, Marcela y De Andraca Ana María, *Trabajo Infantil y Escuela*, Flacso, Santiago de Chile, 1988.
- Instituto Nacional de Estadísticas y censos, INEC, *Encuesta de Condiciones de Vida*, 2001.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, INEC, *Encuestas de Empleo 2002-2008*.
- López, Néstor, “Equidad educativa y desigualdad Social”, IPE-UNESCO, Sede Regional Buenos Aires, 2006.
- Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia-UNICEF. Estado de los derechos de la niñez y adolescencia, EDNA, 2007.
- , *Estado de los derechos de la niñez y adolescencia*, EDNA, 2005.
- , *Trabajo Infantil*, Series Históricas 2002-2008 (trabajo no publicado).

- Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Desciende el trabajo infantil en América Latina”, Internet, <http://www.ilo.org/>, Acceso: 3 julio 2009.
- Plan Nacional de Acción a favor de la Infancia.
- Reforma del Código de Menores.
- República del Ecuador, Constitución Política del Ecuador 1998.
- República del Ecuador, Constitución Política del Ecuador, 2008.
- Senplades, *Plan Nacional de Desarrollo 2007 – 2010*.
- Unicef, *La Convención de los Derechos del Niño. 1990*.
- UNICEF, Internet, [www.unicef.org](http://www.unicef.org), Acceso: 15 julio 2009.
- , *Estado Mundial de la Infancia, 2006. Excluidos e inviables*, UNICEF, Nueva York, 2006.





## Trabajo infantil indígena\*

Fernando García

---

### Sumario:

I. Introducción. 1.1. Estado del arte del trabajo infantil indígena en el país. 1.2. La propuesta antropológica de la investigación. II. La descripción etnográfica de los casos. 2.1. El caso Guayaquil: comercio informal de los niños, niñas y adolescentes kichwas en el mercado Montebello. 2.2. El caso Chimborazo: trata por explotación laboral de los niños, niñas y adolescentes de las comunidades kichwas Puruway de Rodeo Vaquería y Atapo El Carmen. 2.3. El caso Sucumbíos: trabajo de los niños, niñas y adolescentes dentro y fuera de la comunidad kichwa de Sarayaku. III. Hallazgos. 3.1. Organizaciones comunitarias y trabajo infantil indígena. 3.2. El trabajo de los niños, niñas y adolescentes indígenas en el contexto de un mercado urbano en Guayaquil. 3.3. Trabajo infantil y prácticas culturales: las percepciones de “ayuda” y trabajo entre niños, niñas, adolescentes y adultos. 3.4. Riesgos del trabajo infantil indígena fuera de la comunidad. 3.5. Trata con fines de explotación laboral y pobreza. IV. Recomendaciones. V. Bibliografía. VI. Anexos.

---

\* Nota de los editores: este artículo corresponde a la investigación promovida por la OIT y la FLACSO Ecuador, cuyo informe final se presentó el 15 de diciembre de 2009.

## I. Introducción

Este informe se enmarca en un esfuerzo iniciado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) mediante su Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) y la FLACSO, sede Ecuador, en el año 2008, fruto del cual se elaboró el informe: “La Problemática del Trabajo Infantil en los Pueblos Indígenas del Ecuador”, cuyos resultados permitieron un primer acercamiento a esta problemática poco estudiada en el país y en la región andina. Producto de esto surgió la necesidad de profundizar, por medio de estudios de caso, en la manera cómo funcionan las diversas formas de trabajo infantil indígena en el país para lo cual se estableció una alianza entre OIT, CARE Internacional y FLACSO.

Esta investigación llevada a cabo entre julio y diciembre del año 2009 permitió la elección de tres casos de estudio: comercio informal, trata con fines de explotación laboral y trabajo dentro y fuera de la comunidad, uno en cada región del país –Costa, Sierra y Amazonía–, ubicados el primero en el contexto urbano y los otros dos en el medio rural.

Los resultados de este segundo esfuerzo pretenden generar conocimiento sobre el trabajo infantil indígena que permita la protección inicial de los niños, niñas y adolescentes víctimas de él y su erradicación definitiva mediante la generación de políticas, programas y proyectos públicos que incorporen a los actores claves: ante todo a los niños, niñas y adolescentes indígenas, como también a sus familias, al sistema educativo, a sus organizaciones con sus dirigentes, otros servidores públicos involucrados en el tema y a la cooperación internacional.

El informe comprende cuatro capítulos: la introducción que presenta el estado del arte del trabajo infantil indígena en el país y la propuesta antropológica (teórica y metodológica) de la investigación, la descripción etnográfica de los casos de estudio, los principales hallazgos y las recomendaciones.

### 1.1. Estado del arte del trabajo infantil indígena en el país

Este apartado establece el marco legal del trabajo infantil en el país, con especial énfasis en el trabajo infantil indígena. Se hace también una revisión somera de lo escrito sobre el tema en Ecuador en los últimos diez años.

El trabajo infantil es quizás uno de los fenómenos sociales más extendidos en América Latina, pues de las estadísticas presentadas hasta el momento, se estima que al menos 18 millones de niños, niñas y adolescentes de entre 10 y 14 años trabajan en condiciones precarias, nocivas o riesgosas (Boletín Ciudad Segura, 2009: 3).

La OIT (2002) considera que el trabajo infantil es: (i) física, mental, social o moralmente perjudicial o dañino para el niño, niña o adolescente; (ii) interfiere en su escolarización, privándole de la oportunidad de ir a la escuela; (iii) obliga a abandonar prematuramente las aulas; o (iv) le obliga a que intente combinar la asistencia a la escuela con largas jornadas de trabajo pesado. Cabe señalar que la OIT no considera la lucha y erradicación de toda forma de trabajo infantil, sino que se concentra en aquellas formas de trabajo infantil que implican explotación de los niños, niñas y adolescentes, es decir, que reúnan todas o algunas de las cuatro características antes mencionadas.

Según el Convenio No. 182 de la OIT se considera que las peores formas de trabajo infantil son: (i) todas las prácticas de esclavitud o prácticas análogas, como la venta y el tráfico de menores de edad, servidumbre por deudas o trabajo forzoso u obligatorio (incluyendo el reclutamiento de menores para conflictos armados); (ii) utilización de menores para la prostitución o la pornografía; (iii) utilización u oferta de menores de edad para actividades ilícitas como las relacionadas con la producción y tráfico de estupefacientes; y, (iv) el trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo dañen la salud, seguridad o moralidad de los menores, a lo que se considera “trabajo peligroso”.

Las principales causas del trabajo infantil según el mismo Convenio No. 182 tienen que ver con la debilidad en el cumplimiento de las políticas públicas tendientes a su erradicación, pobreza de los hogares y/o desempleo de los adultos, creencia de que el trabajo infantil es favorable para los menores de edad porque les enseña a no ser “vagos” y a aprender un oficio; demanda de mano de obra de niños, niñas y adolescentes, que es más barata y no reclama beneficios sociales, paternidad y maternidad entre adolescentes, oferta educativa deficiente o expulsora al no contar con currículos escolares incluyentes de las necesidades y problemas de los niños, niñas y adolescentes trabajadores.

Otra de las causas estructurales identificadas por la OIT es el déficit de trabajo decente, es decir, aquel trabajo libremente escogido, productivo y

con un ingreso justo, realizado en un ambiente de seguridad en el lugar de trabajo, con protección social para las familias, que brinde mejores perspectivas para el desarrollo personal y la integración social, donde exista igualdad de trato, libertad de expresar opiniones y libertad para organizarse y participar en la toma de decisiones.

En el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, aprobado en 1989, ratificado por el Ecuador en 1998 y en vigencia desde 1999, en la parte III sobre la Contratación y Condiciones de Empleo, el artículo 20 menciona que las legislaciones nacionales en cooperación con los pueblos interesados deben crear medidas especiales capaces de garantizar a los trabajadores de estos pueblos protección en materia de contratación y condiciones de empleo cuando no estén protegidos por el código de trabajo de cada país. Señala en el inciso 2, que los gobiernos deben realizar acciones para evitar la discriminación. También deberán tomar medidas para que los trabajadores de estos pueblos trabajen en condiciones adecuadas, es decir, que no estén sometidos a condiciones peligrosas para su salud, como la exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas y que no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluida la servidumbre por deudas.

Igualmente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, aprobada en el año 2007 y ratificada por el Ecuador, determina en el artículo 17 el derecho a disfrutar plenamente de los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional aplicable. Los Estados, en consulta con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños y niñas indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que puede resultar peligroso o interferir en su educación y finalmente los pueblos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a condiciones discriminatorias de trabajo tanto en el empleo como en el salario.

Por otro lado, en el año 1989 Ecuador ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, luego de esto se incorporaron sistemáticamente políticas y programas orientadas a la protección de los niños, niñas y adolescentes y en esta medida a regular lo relativo a lo laboral y la admisión de niños, niñas y adolescentes en el empleo; igualmente está contemplado dentro de la Constitución actual.

La incorporación de medidas a favor de la prevención y erradicación del trabajo infantil en Ecuador retomó fuerza en 1997 cuando el país crea el Co-

mité Nacional para la Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil (CONEPTI) y se firma un Memorando de Entendimiento entre Ecuador y la OIT. A partir de la creación del CONEPTI el país empieza una nueva etapa en la que a la perspectiva de trabajar por el cumplimiento y pleno ejercicio de los derechos del niño, se suma la perspectiva de mejorar las condiciones de trabajo de los adultos con lo que el tema del trabajo infantil se liga finalmente a los problemas de orden estructural que lo originan, y se empiezan a generar resultados positivos en la lucha contra este fenómeno. Esta perspectiva ha sido asumida por el Estado ecuatoriano como política de Estado plasmada en el Plan PETI 2008–2013.

En Ecuador, la edad mínima de ingreso al empleo para los menores de edad es de 15 años siempre y cuando se cumpla con los requisitos contemplados en el Código de Trabajo y Código de la Niñez y Adolescencia (2003), artículos 81, 82, 83 y 95, que determinan sanciones a empleadores que contraten niños, niñas o adolescentes o a las familias que los envíen a trabajar.

Dentro de los artículos mencionados en el Código de la Niñez y Adolescencia, también se determinan las formas de Trabajo Peligroso, nocivo o riesgoso a los que queda totalmente restringido el trabajo infantil y adolescente.

El Código de Trabajo del año 1997 que se encuentra vigente, en el artículo 138 señala la prohibición del trabajo que por su naturaleza o sus condiciones afecte la salud, seguridad o moralidad de niños o niñas. En concordancia con el Convenio No. 138 de la OIT sobre la edad mínima para el trabajo infantil y el Convenio No. 182 de la OIT, acerca de las peores formas de trabajo infantil, artículo 4, la peligrosidad del trabajo debe estar determinada por las leyes nacionales o por las autoridades competentes, previa consulta con organizaciones de empleadores y trabajadores.

Las instancias estatales competentes para definir las políticas sobre niños, niñas y adolescentes son el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CNNA), para las políticas generales y el Comité Nacional para la Prevención y Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil (CONEPTI), para políticas referidas al trabajo infantil.

Otros instrumentos jurídicos recogen diferentes normativas sobre el trabajo infantil indígena como la Constitución del 2008, el Plan Nacional para la Prevención y la Erradicación del Trabajo Infantil 2008-2013 formulado

por el CONEPTI y, finalmente, aunque no es un instrumento jurídico sino una instancia institucional, en agosto de 2008 se creó la Mesa de Trabajo Indígena como una instancia del CONEPTI conformada por los representantes del Estado, empleadores, trabajadores, ONG interesadas en el tema y las organizaciones de las nacionalidades y pueblos indígenas, como instancia de consulta y ejecución de políticas públicas.

Tratamiento aparte merece la trata de personas, la primera definición que aparece alrededor de este delito se desarrolla en el marco de la convención de la ONU contra el Crimen Organizado Transnacional en el año 2000, donde se suscribe el Protocolo de Palermo, que también ha sido ratificado por el Ecuador.

El Protocolo de Palermo define a la Trata de Personas como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

Se considera que toda forma de aceptación o consentimiento de la víctima a toda forma de explotación es irrelevante; ya que el consentimiento no será considerado como cierto puesto que las víctimas han pasado, en la fase inicial del delito, por “una fase de seducción, engaño y falsas promesas”, que posteriormente les genera sentimiento de culpa por haber aceptado voluntariamente.

La trata puede ser interna cuando no se da el cruce de las fronteras nacionales y cuando la víctima es trasladada de sus condiciones de precariedad, pobreza o conflicto social a otra zona desarrollada y con mejores condiciones de vida, es decir preferentemente zonas urbanas, ciudades grandes. Según Supliguicha y otros (2009) en el Ecuador todas las ciudades son consideradas núcleos de origen, tránsito o destino de la trata.

La trata internacional se da cuando las víctimas son conducidas a otros países, por tanto hay países de origen, tránsito y destino, similar a lo que sucede con la trata interna, las víctimas son trasladadas desde países más pobres o con menores oportunidades hacia otros “más prósperos”; a su vez los países pueden ser de origen y destino al mismo tiempo. En nuestro contexto los principales países de destino son Colombia, Perú, Venezuela, República Dominicana, Estados Unidos y España.

El Código Penal ecuatoriano, artículo 29, tipifica el delito de trata, definiéndolo como “el promover, inducir, participar, facilitar, o favorecer la captación, traslado, acogida, recepción o entrega de personas, recurriendo a la amenaza, violencia, engaño o cualquier otra forma fraudulenta con fines de explotación ilícita, con o sin lucro”.

En cuanto a la información y bibliografía generada en el país en el transcurso de los últimos diez años una fuente de información referencial fue la publicación de los resultados de la II Encuesta Nacional sobre Trabajo Infantil, aplicada en el año 2006 y cuyos resultados fueron difundidos en mayo de 2008. Los resultados de esta encuesta pudieron ser contrastados con la primera encuesta realizada en el año 2001. Los objetivos de ambas encuestas fueron identificar la magnitud y características del trabajo infantil y poder hacer comparaciones estadísticas en un período de 5 años.

Se señala lo más relevante de esta información: la cantidad de niños, niñas y adolescentes trabajadores entre 5 y 17 años bajó de 720.450 en el 2001 a 662.665 en el 2006. Su asistencia escolar subió de 84,2 % a 87,9 %. En los cambios en la composición de género se observa un mayor número de los niños y los adolescentes trabajando en comparación con las niñas y las adolescentes. En el área rural se concentran la mayoría de niños, niñas y adolescentes que trabajan, en una relación de 3 a 1 respecto al área urbana. Tres de cada cuatro niños, niñas y adolescentes trabajadores están ocupados entre siete o más meses al año. De acuerdo con las cifras el total de trabajo por abolir es de 580.889, dividido entre el trabajo peligroso (213.752 adolescentes de 15 a 17 años), más el trabajo por abolir de los niños/as (367.137), lo que constituye 88% del total del trabajo infantil que es 662.443.

Desgraciadamente los resultados de las dos encuestas han sido poco difundidos, solamente en el año 2007 el INEC puso los resultados en línea, y fueron muy poco procesados y analizados por los investigadores. También se cuenta con una serie de trabajos realizados por la OIT en el país pero con limitada difusión. Así las líneas de base de los niños, niñas y adolescentes que trabajan en las bananeras, florícolas, minería, botaderos de basura, explotación sexual y comercio informal, y otras elaboraciones sobre políticas públicas y sobre educación y trabajo infantil.

Finalmente, luego de la respectiva búsqueda de bibliografía sobre el tema de trabajo infantil indígena en el país la evidencia de trabajos es mínima,



vale la pena mencionar dos trabajos que se encuentran en proceso de publicación, la tesis doctoral de Kate Swanson (2005) de la Universidad de Glasgow, denominada: “Pidiendo caridad en la ciudad: Mujeres y niños indígenas en las calles de Quito y Guayaquil”, que analiza la situación de los niños y niñas indígenas de la comunidad de Calguasig de la provincia de Tungurahua que son mendigos en las dos ciudades mencionadas, y la tesis de maestría de Erika Bedón (2009) de la FLACSO, sede Ecuador, denominada: “Tácticas de vida y resistencia de niños y niñas indígenas en Quito y Guayaquil”, que se concentra en los niños y niñas indígenas vendedores ambulantes.

### 1.2. La propuesta antropológica de la investigación

La antropología ha adolecido de varios inconvenientes –principalmente de índole metodológica– cuando se ha propuesto tener como foco de investigación a los niños, niñas y adolescentes debido a las implícitas conceptualizaciones puestas en juego. Con anterioridad a la década de 1990, la niñez fue abordada colateralmente mediante investigaciones sobre socialización, vida familiar y doméstica; es decir, en esos textos los niños aparecían del mismo modo en que hace su aparición el ganado en el clásico de Evans-Pritchard, *Los Nuer*, como condición esencial de la vida cotidiana “pero mudos e incapaces de enseñarnos algo significativo acerca de la sociedad y la cultura” (Schepherd Hughes y Sargent, 1998: 14).

Como sostiene Hardman (1973) cuando hubo un interés por los niños fue en el marco de la supuesta relación entre mente/pensamiento “infantil” y “primitivo”. En este sentido, el comportamiento infantil fue abordado por los pensadores del evolucionismo unilineal (Spencer, 1882; Tylor, 1870); pero, tal como señala Szulc (2004), sólo para definir los estadios de evolución por los cuales se suponía que transitaban todas las culturas, como si los llamados pueblos primitivos fuesen representantes contemporáneos de la infancia de la humanidad.

Recién la escuela de cultura y personalidad analizó cuestiones que involucran a los niños, niñas y adolescentes, como las prácticas de crianza –destacándose en particular los trabajos de Mead (1961 [1930])– aunque el foco no estuvo en los niños por derecho propio, sino que se los miraba como receptáculos de las enseñanzas de los adultos.

Durante la segunda mitad del siglo XX, a partir del ocaso del particularismo norteamericano, la presencia infantil en la producción académica se redujo a un papel secundario (Szulc, 2004). El silenciamiento de los niños dentro de las investigaciones antropológicas ha sido particularmente evidente en la línea de investigación conocida como “etología” de la conducta infantil, desarrollada en EEUU a partir de 1970 (Blurton Jones, 1975 y 1981; Blurton Jones *et al.*, 1994). Desde este enfoque, el comportamiento se estudia mediante el uso exclusivo de técnicas de observación directa; negando el papel de las interpretaciones que los actores tienen acerca de sus comportamientos y acciones (Szulc, 2004). Ciertas excepciones a este silenciamiento tampoco resultan apropiadas, pues se fundan en una supuesta transparencia o ingenuidad infantil, a partir de la cual se pretende acceder a sus perspectivas mediante procedimientos formales, como el “ensayo temático” aplicado por Goodman en 1957 (Szulc, 2008).

A partir de la década de 1990, el tema reaparece en el campo de la antropología, al igual que en otras disciplinas y en la sociedad (Carli, 2002). Según James (2007), actualmente la retórica de “dar voz a los niños” se ha transformado en un lugar común, dentro y fuera del ámbito académico. Los niños, niñas y adolescentes en esta reconceptualización constituyen sujetos sociales que –aunque condicionados como todos por las relaciones asimétricas en que viven– despliegan estrategias e interpretaciones diversas en y sobre el entorno social. Por ello, resta mucho por hacer en cuanto a la operacionalización de esta visibilización que supone incorporarlos como interlocutores válidos en las investigaciones. La reciente producción antropológica latinoamericana da cuenta de ello recurriendo a un abordaje etnográfico. No obstante, dentro y fuera de la academia, afrontamos a diario objeciones a dicho estudio. A continuación se desarrolla un diálogo en torno a esas objeciones.

Hasta hace poco la niñez y la adolescencia eran sólo un “rasgo del discurso paterno (o tal vez materno), moneda corriente de los educadores y propiedad teórica exclusiva de la psicología evolutiva (James y Prout, 1998 en Szulc, 2004). Como plantea Colángelo esos abordajes la entienden como individuos en potencial definiéndolos desde la carencia y como receptores pasivos de cuidado y formación “no se caracteriza a partir de su estado presente, sino de procesos fisiopsicológicos de crecimiento y desarrollo, que como sucesión ordenada de etapas, deben ser atravesados a un ritmo determinado”

(Colángelo, 2006: 11). Por ello, consideramos que investigar a la niñez y a la adolescencia desde una perspectiva etnográfica implica discutir y cuestionar aquellas posturas que develan un resabio evolucionista y una fuerte vinculación biologicista.

Un abordaje antropológico requiere de una lectura crítica de tal perspectiva, en tanto concibe la noción de desarrollo y las clasificaciones por edad como parámetros universales y naturales en la vida de los niños y niñas reales. “Al asumir la edad como constante, este abordaje niega tanto la dependencia de los niños como el carácter socialmente construido de la niñez” (James, Jenks y Prout, 1998: 173). Una clara muestra de ello es la vigencia del modelo del niño y niña en desarrollo, modelo mayormente desechado en antropología, pero que en muchos casos opera implícitamente al “incorporarse acríticamente pautas metodológicas basadas en la edad como si fuera una parte natural e irrevocable de la niñez” (James, Jenks y Prout, 1998: 174). Tal como dichos autores analizan, muchas decisiones de carácter operativo como el acceder a un grupo de niños y niñas en un ámbito propicio para la investigación como la escuela ha implicado una naturalización de la edad de los sujetos condicionando el trabajo de campo y sus resultados. Asimismo, llaman la atención sobre el hecho de que los niños y niñas sean mayormente estudiados en contextos escolares. La facilidad de acceso no es la única razón, ni la única consecuencia, pues en general no se reflexiona sobre cómo tal emplazamiento de la investigación –en una institución organizada en grupos jerarquizados por edad– puede introducir implícitamente el cuestionado modelo del niño y la niña en desarrollo. Así, muchas veces no se explicita por qué se ha seleccionado determinada franja etárea, simplemente se opta por un grupo de edad porque el investigador considera implícitamente que es “lo bastante mayor” como para participar de su proyecto (James, Jenks y Prout, 1998), y así derivar en la elección de técnicas basadas en la interpretación y producción de textos (Milstein, 2006). Es decir, se coincide con Christensen y Prout (2002) al rechazar las premisas acríticas sobre las competencias y capacidad de comprensión de los niños y niñas basadas en criterios etáreos/evolutivos. No obstante, esto no significa que se obvие los recortes, sino que se señala que lo interesante es hacerlo temáticamente pertinente, y analizarlo reflexivamente para problematizar la edad. Tal como señalan Christensen y James (2000) los efectos de la incorporación de la edad y el desarrollo en el diseño

metodológico como un rasgo natural de la investigación con niños y niñas, deja de lado que “una edad particular en una sociedad particular muestra una experiencia social particular, más que una experiencia de desarrollo” (*ibid.*, 2000: 161).

Para ello, y en contraste con las naturalizaciones antes desarrolladas, se asume el desafío de explorar y justificar en detalle la participación de los niños y niñas y la decisión de incluir o excluir a determinados niños y niñas del proceso de investigación. Así, se considera que el enfoque etnográfico resulta fértil pues posibilita atender al modo en que cada sociedad construye esta etapa del ciclo vital, para “problematizar la niñez” y restituírle su carácter histórico, contingente, heterogéneo, y reintroduciendo el sentido que tiene para los sujetos y su entorno (Guber, 2001 y Szulc, 2004). A su vez, el enfoque etnográfico promueve el relevamiento de las prácticas y representaciones que en cada contexto constituyen la niñez, lo cual incluye no sólo el accionar institucional y de los adultos, sino también los modos en que los niños y niñas experimentan las realidades en que viven (Szulc, 2008).

Los niños y niñas son activos partícipes del mundo en que viven, interpretan y producen significados sobre él a partir de otros sentidos producidos (Caputo, 1995 y Cohn, 2002). Por ello, romper con la cosificación de los niños y niñas, como pasivos e incompetentes, implica incorporarlos como interlocutores válidos en las investigaciones (Szulc, 2004 y Hecht, 2009). Ahora bien, este posicionamiento trae consecuencias metodológicas en los estudios antropológicos que adoptan técnicas de investigación que posibiliten acceder a las interpretaciones construidas por los niños. Así, aunque se plantea el reconocimiento de la delegación infantil creemos que eso no debe conducir a tratar sus prácticas y representaciones en forma aislada, ni procurar hallar su “mundo”, entendido como autónomo. Este hecho ya fue señalado por James, Jenks y Prout (1998) al criticar las consecuencias metodológicas de “exotizar” a los niños y suponerlos miembros de un mundo propio, separado e independiente del de los adultos.

Parafraseando a Cohn (2005a) se puede decir que hacer antropología con niños y niñas es en primera instancia hacer antropología. Por tal razón, para el diseño y puesta en marcha de la investigación se deben tener los mismos recaudos y consideraciones que al trabajar con personas pertenecientes a otros grupos étnicos, sean jóvenes, adultos o ancianos.

En el contexto de la producción científica latinoamericana, numerosos autores han adoptado un enfoque etnográfico para trabajar con niñas y niños señalando las ventajas de este modo de abordaje para conocer la perspectiva de los sujetos con quienes se construye conocimiento (Cohn, 2002, 2005b; Donoso, 2005; Enriz, 2006; García Palacios, 2006; Hecht, 2007a y 2009; Nunes, 1999 y 2001; Pérez Álvarez, 2005; Pires, 2007; Prates, 2008; Remorini, 2004; Szulc, 2001, 2004, 2005; Trpin, 2004, Vogel, 2006). Gracias al trabajo de campo, la antropología se propone acercarse a discursos y prácticas de los sujetos. Es decir, acceder a cuestiones que logran ser verbalizadas y otras que no. A modos de verbalización y experiencias concretas donde de diversas formas circula información referida a los aspectos que se quiere abordar. En algunas ocasiones en la distancia entre las prácticas y los discursos se asientan las reflexiones del investigador (Malinowsky, 1984 y Turner, 1990). Pensar la tensión entre las prácticas y las alocuciones no supone de por sí una descalificación del sujeto, sino la necesidad de proveer más fuentes de información para pensar un fenómeno. La tendencia a descalificar al sujeto de la investigación excede a los niños y niñas, y se constituye en una postura política y epistemológica del investigador, más allá de que se trate de indígena o no-indígena, mujer u hombre, niño o adulto, siempre podrían encontrarse argumentos.

Frente al debate sobre la pertinencia de utilizar los métodos etnográficos habituales o la necesidad de formular nuevas herramientas metodológicas específicas, se sostiene que la decisión surgirá de los objetivos de cada investigación particular y de las situaciones concretas surgidas durante el trabajo de campo. Además, mientras la pregunta sea cómo recuperar las voces de los niños, se encuentra condicionado por años de relaciones asimétricas que atraviesan tanto a niños, adultos e instituciones, a la cual los investigadores no son ajenos. En la presente investigación se diseñaron tres herramientas específicas para trabajar con los niños, niñas y adolescentes: las guías de grupos focales diferenciadas por sexo, el denominado “reloj”, que es instrumento que registra las actividades de niños y niñas diarias, hora por hora y las rutas migratorias que incluye la descripción de los lugares de trabajo de los niños, niñas y adolescentes a partir de los 12 años.

No todos los contextos presentan las mismas facilidades para trabajar con niños y niñas, los investigadores e investigadoras se encuentran ante si-

tuaciones donde las miradas adultocéntricas dificultan la comprensión y es necesario recurrir a técnicas específicas. No obstante, en la mayoría de las oportunidades el empleo de la observación participante y las entrevistas han demostrado ser enriquecedoras, aunque en ciertos casos se han propuesto adaptaciones de estos métodos tradicionales. Las entrevistas pueden adquirir una nueva dinámica, tratándose en ocasiones de charlas informales en que se utilizan frases escuetas, o respuestas a pedidos de información específica (Ballestin, 2009). Como sugiere Szulc: “no sobredimensionar la ‘otredad’ de los niños desechando por ello los recursos etnográficos ya disponibles, que resultan generalmente válidos y fructíferos” (Szulc, e/p: 4) posibilita utilizar una técnica ampliamente empleada en los trabajos etnográficos aunque muchas veces rechazada cuando se trata de emplearla en el trabajo con niños y niñas, a quienes subestiman y de cuya palabra desconfían.

Además de las citadas técnicas, se han implementado en los trabajos etnográficos con niños otros recursos tanto como un fin en sí mismo como un medio para luego trabajarlos en la entrevista. El uso de dibujos y gráficos, la realización de juegos y actividades como los talleres, el pedido a los niños de textos escritos específicos y el trabajo con medios audiovisuales son algunos de ellos (Toren, 1993; Trpin, 2004; Cohn, 2005a y b; Donoso, 2005; Szulc, 2006; Vogel, 2006; Hecht, 2007a y b; Pires, 2007; García Palacios y Hecht, 2008). Importa destacar que se trata de recursos que no son exclusivos del abordaje etnográfico con niños y niñas ni excluyentes de las técnicas habituales.

En algunos contextos, el trabajo con niños y niñas genera la necesidad de atender a las prácticas no discursivas, a lo corporal, lo gestual, a veces por medio de técnicas diferentes, como las dramatizaciones o juegos de roles. En el trabajo de uno de los integrantes del equipo con niños y niñas “con experiencias de vida en calle” (Tangredi m.i.) se realizaron algunos ejercicios de dramatizaciones (lúdicas) de situaciones relatadas como “normales o comunes” por los adultos. Dichas actividades requirieron de un espacio preparado especialmente (ropa para disfraces, accesorios, juguetes) y contextualizado para que no ocurran intervenciones. Las relaciones entre los niños y niñas y el adulto investigador deben contar con un alto grado de confianza, por la intimidad de dicha interacción y por la importancia de retomar las representaciones de los niños y niñas a la luz de las miradas adultas. En dichas dramatizaciones estas situaciones aceptadas como naturales ante y por los

adultos, son corporalizadas traumáticamente y con un alto grado de violencia. Por ello, esto permite pensar a los niños y niñas como sujetos que aportan otra mirada a la construida por sus padres y adultos (Donoso, 2005).

Por otra parte, Nunes y Carvalho (2007) enfatizan que los estudios de la niñez deben aportar a los debates más amplios de la disciplina y dialogar con otros campos de indagación para dejar de ser un tema “menor”. La marginalidad de los estudios sobre la niñez se vincula, según las citadas autoras, con el hecho de no asumir las implicancias de reconocer a los niños y niñas como sujetos sociales activos, por ello enfatizan que a pesar de dar lugar a las “voces” de los niños, pocos trabajos han atendido a los efectos o incidencia de las prácticas infantiles en las sociedades en las que los niños y niñas viven. No por casualidad la representación de los niños y niñas ha sido señalada recurrentemente por investigadores/as no indígenas que trabajan etnográficamente en contextos indígenas. Tal vez la propia incompetencia en ese entorno es la que permite notar, por contraste, la competencia de los niños y niñas (Szulc, *e/p*). Szulc ha señalado que el abordaje etnográfico es clave, pues pone en tensión las propias categorías de sentido común por medio de la interacción cotidiana (Szulc, *e/p*).

El trabajo de campo no constituye “una etapa de observación directa, desprovista de teoría, con el fin de producir una copia no mediada de la realidad, concepción que responde a criterios positivistas de cientificidad, prescribiendo la recolección de ‘datos’ o información de primera mano” (Szulc, 2008), sino más bien un abordaje particular vinculado con el carácter intersubjetivo y relacional del conocimiento antropológico (Bourdieu y Wacquant, 1995). Así, el investigador no es neutral, su presencia no es mera interferencia sino requisito para la producción etnográfica, en tanto no es esporádica, implica un vínculo con aquellos que forman parte del espacio a observar. Por ello, el trabajo etnográfico supone ingresar al juego de la dinámica social que se estudia. En muchos casos, tal dinámica implica un alto grado de protección, incluso aislamiento, de los niños y niñas que puede complejizar el acceso al campo. Siguiendo a Szulc, se trata de un desafío estratégico, pues generalmente requiere de sucesivas negociaciones con los distintos adultos e instituciones a cargo del cuidado de los niños: “el resultado de dichas negociaciones suele depender de cuestiones no controladas por el investigador, tales como su condición de género, edad, situación socioeco-

nómica, pertenencia étnica y aspectos personales, pues existen estereotipos sociales en cuanto al “índice de peligrosidad” (Tiscornia, 1995) de diversas categorías de sujetos, que son ponderadas por los actores sociales al permitir o negar la aproximación de alguien extraño a determinados niños a su cargo” (Szulc, 2008: 5). El “estar allí” siempre involucrará un juego subjetivo de impresiones mutuas y esto posee una profunda significación metodológica (Berreman, 1962). Las impresiones juegan un rol significativo en lo que se refiere al acceso, calidad y cantidad de información que podrá recolectar. Al igual que en toda investigación antropológica, en aquellas que se realizan con niños y niñas las pertenencias identitarias son interpretadas por los sujetos, niños, niñas y adultos, condicionando (posibilitando y limitando) de modos no previsibles los vínculos a partir de los cuales se produce conocimiento etnográfico. Además, considerando el modo subordinado en que los niños y niñas experimentan sus relaciones con adultos, en sus interacciones con ellos el investigador debe evitar la posición de autoridad implícita en la condición adulta, sin que esto signifique mimetizarse (Laerk, 1998).

Como lo apuntado por Szulc en cuanto a que la dificultad en el acceso al campo con niños y niñas resulta en sí un “dato” relevante, “pues informa acerca de cómo está estructurado dicho campo, reactualizando en la instancia de investigación empírica el carácter subordinado de los niños y niñas respecto de los adultos y su definición como seres a proteger” (2008: 5). No obstante, tal noción de niñez no es universalmente válida. En contextos en los cuales los niños y niñas se manejan cotidianamente con mayor autonomía, el acceso puede resultar más sencillo. Allí, la precavida solicitud de autorización del/a investigador/a puede extrañar y no interesar a los adultos responsables de los niños y niñas, revelándose como mera convención, como fue el caso de Hecht (2009) con niños y niñas indígenas Tobas de un barrio en las afueras de la ciudad de Buenos Aires. En dicha investigación se instrumentalizaron talleres, pero frente a la ausencia de algunos niños y niñas se interrogó a sus padres por las razones y éstos sorprendidos respondían: “los chicos optan por ir o no, nosotros no podemos obligarlos”. A partir de este tipo de frases se comenzó a divisar cierta representación que caracteriza a las nociones indígenas Tobas sobre la niñez, así como también se pudo intuir otra de las razones por las cuales la accesibilidad al trabajo de campo con los niños y niñas no había requerido ni de la mediación ni del consentimiento



de los mayores (Hecht, 2009). En síntesis, interesa señalar que esta particularidad de la necesidad o no del consentimiento previo también constituye información reveladora sobre cómo es construida la niñez en ese contexto. Sin embargo, esto no significa que estas cuestiones estén exentas de la ética de la disciplina y de las convenciones y regulaciones sociales de referencia.

En esta misma línea sería interesante analizar de qué manera esta representación de los niños y niñas puede implicar una cierta facilidad para que éstos accedan al mundo del trabajo. Hasta qué punto responde a requerimientos de los adultos para incorporarlos al mundo del trabajo, puede esta delegación implicar que ellos realicen por ejemplo actividades peligrosas y que esto entre en conflicto con la concepción de una práctica ancestral.

Realizar etnografías con niños y niñas despierta ciertas consideraciones éticas en particular, sobre las que interesa reflexionar en este apartado. Teniendo en cuenta la perspectiva hasta aquí presentada para la aproximación etnográfica a la niñez y a los niños y niñas, parece interesante la noción de “simetría ética” propuesta por Christensen y Prout (2002: 482), quienes promueven que el/la investigador/a tome como punto de partida que la relación ética con sus informantes debe ser la misma, sean éstos adultos, niños o niñas. En ese sentido, es preciso garantizar la confidencialidad de las personas involucradas, independientemente de su edad. En el caso de los niños y niñas parece más evidente aún el hecho de que tal resguardo debe ejercerse durante todo el proceso de investigación, no sólo a la hora de difundir los resultados, dado la posición subordinada en que usualmente se encuentran respecto de los adultos. Siguiendo a Szulc, “el respeto por los sujetos debe ser constitutivo de la práctica de investigación, teniendo en cuenta, por ejemplo, que transmitir a otros –oral e informalmente– determinada información brindada por una persona puede causarle tanto o más perjuicio que su difusión masiva” (2007: 59). Asimismo, como sostiene Donoso (2005: 2), la metodología éticamente apropiada debe “asegurar que no implica ningún daño para los niños/as y sus familias”.

Luego de esta revisión somera de cómo la antropología ha investigado el tema de niños, niñas y adolescentes conviene hacer algunas precisiones teóricas y metodológicas que han guiado la presente investigación. Varios ejes han orientado el acercamiento teórico, estos son la diversidad cultural y étnica, la interculturalidad, el enfoque de género, el enfoque tanto de derechos

y garantías como de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y finalmente los derechos y principios fundamentales en el trabajo.

El reconocimiento de los pueblos indígenas en los acuerdos internacionales ha madurado siguiendo un proceso que se inició con el enfoque denominado multiculturalismo para luego avanzar en la conceptualización de la interculturalidad. Estos conceptos han pretendido ser una respuesta de política internacional frente a la exclusión, la discriminación y la inequidad que enfrentan los pueblos indígenas.

Se entiende como exclusión al fenómeno por el cual una parte de la población es dejada fuera de los mecanismos de participación y de representación de sus intereses, porque sus estructuras organizativas y sus formas de representación no tienen cabida en la operación del sistema democrático tal como está organizado en nuestros países. La exclusión proviene históricamente de una democracia que todavía es insuficiente por razones de segregación sociocultural, es poco inclusiva de la diversidad social y cultural. Nuestras sociedades muestran un tipo de desarrollo democrático que ha dejado fuera del juego a las instituciones tradicionales de representación y organización social indígena, basadas en nexos de carácter cultural, étnico o regional. Mientras tanto, el control sobre la cultura propia, indispensable para el mantenimiento de la misma y como sustento de una identidad cultural específica, requiere el ejercicio de decisiones autónomas por parte de cada pueblo.

La discriminación está enraizada todavía en una actitud racista, pero hoy es más explícita la intolerancia respecto de las diferencias étnicas y culturales, aunque estas no sean más percibidas como diferencias raciales. Se trata de una actitud dominante en los actores políticos y en la opinión pública, que consiste en la negación del derecho de los diferentes a participar del proyecto nacional (su construcción y sus beneficios) desde sus particularidades, ejerciendo un grado razonable de autonomía y reteniendo el control de los recursos y de los procesos sociales y culturales enraizados en sus territorios. Desde este punto de vista, la discriminación consistiría en el hecho explícito e intencionado de no marcar la diferencia.

La inequidad no se manifiesta de la misma manera en todos los grupos de la población, tampoco se conocen todas las facetas de la exclusión. Para avanzar en el análisis, por inequidad entendemos las situaciones de desigual-

dad de acceso y distribución de los recursos, bienes y servicios: educación, salud, salubridad, etc.

El multiculturalismo llega a su maduración en los noventa y se basa en la idea de que se puede regir la diversidad bajo un liberalismo que reconozca los derechos colectivos además de los individuales. Al profundizar en la concepción de derechos políticos, el principio de igualdad ante la ley pasa de lo individual a lo colectivo, pues parte de la constatación de que un sector de la población no disfruta de los derechos “universales”. Por ello, propone reconocer unos derechos que son “específicos” de un grupo, pues ese grupo es “diferente” en algunos aspectos”. Su “acción se basa en la “política del reconocimiento” de la existencia de esos grupos antes negados y en la implementación de una serie de políticas que aseguren el ejercicio de la diferencia cultural y la participación política como integrantes de tales grupos”.

En América Latina las reformas constitucionales iniciadas en la década de los noventa han sido acompañadas de una “ola de reformas precautelares y preventivas, de acciones realizadas para ceder terreno de modo cuidadoso y resguardarse más efectivamente frente a las demandas de más largo alcance” (Hale, 2000). Las reformas y políticas del “multiculturalismo neoliberal” que empujan instituciones como el Fondo Monetario Internacional aunque abrieron nuevos espacios políticos para participación de los grupos indígenas, no significaron poder político en términos concretos para ellos sino que sirvieron más bien para reforzar estrategias y lógicas neoliberales.

Es necesario reflexionar el tema del multiculturalismo desde nuestras propias realidades ya que la condición de la diversidad tiene fundamentos particulares. En efecto, en América Latina no se está solamente frente a fenómenos de migración de población con diferencias culturales, el reclamo de la interculturalidad no se agota en el reconocimiento de los derechos culturales (por ejemplo lingüísticos) sino que comprende a personas y colectivos que afirman pertenecer a pueblos originarios, que a sí mismos se reclaman diferentes y anteriores a la existencia de los Estados nacionales que los contienen. Regularmente se trata de personas y colectivos que viven en condiciones de pobreza y desigualdad social, excluidos de los beneficios sociales, de la participación y representación política, de la justicia, entre otros. Omisiones que los colocan de entrada en una situación de carencia de ejercicio de sus derechos ciudadanos básicos; esto nos obliga a repensar el multicultu-

ralismo y las políticas de reconocimiento más allá de lo cultural, lo moral y lo ético para ubicarnos en el campo de las relaciones de poder, de la redistribución del ingreso y del alivio a la pobreza (Gledhill, 1997; Barry, 2002). Estas características colocan los debates teóricos de interculturalidad sobre otra base y en otra dimensión.

La interculturalidad no es un producto o sustancia sino un proceso continuo, algo por construirse y que permanece. Mientras las leyes pueden contribuir a asentar las bases de esta construcción e inclusive ayudar a establecer un carácter más dialógico (incluyendo el Estado mismo), su realización requiere el compromiso no sólo del Estado en sí, sino también de la diversidad de culturas que viven dentro de él.

La interculturalidad se funda en la necesidad de construir relaciones entre culturas, como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos, con el afán de confrontar y transformar las relaciones del poder (incluyendo las estructuras e instituciones de la sociedad) que han naturalizado las asimetrías sociales, ya que el multiculturalismo simplemente parte de la pluralidad étnico-cultural de la sociedad y del derecho a la diferencia.

El concepto de la interculturalidad va más allá de la diversidad, el reconocimiento y la inclusión. Revela y pone en juego la diferencia, no solamente cultural sino alude al proceso histórico de dominación, a la vez que busca maneras de negociar e interrelacionar la particularidad con un universalismo pluralista y alternativo, la aplicación de lo que se ha convertido en lema: la unidad en la diversidad (Walsh, 2002b). Se trata de llegar a una unidad muy distinta a la que supuestamente existe. Una unidad intercultural que tiende puentes comunicacionales y apelan cambios profundos en todas las esferas de la sociedad, aportando, como dice Ramón (1998: 60) “a la construcción de una propuesta civilizatoria alternativa, a un nuevo tipo de Estado y una profundización de la democracia”.

Mientras que el multiculturalismo parte de la pluralidad étnico-cultural y el derecho a la diferencia y opera principalmente por el reconocimiento y la inclusión dentro de lo establecido, la interculturalidad, en la manera que ha venido proponiendo el movimiento indígena, se centra en la transformación de la relación de poder entre pueblos, nacionalidades y otros grupos culturales, pero también del Estado, de sus instituciones sociales, políticas, económicas y jurídicas y políticas públicas.

La interculturalidad, entendida no sólo como el respeto y la tolerancia de lo diverso, sino además como un proceso de modificación de actitudes y comportamientos de unos respecto de otros. Se trata de un proceso de negociación, de acuerdos y conflictos sobre lo que cada cual puede aportar en una relación intercultural, relación en la que también existen factores en los cuales cada parte puede perder o ceder. El conocimiento de las culturas de las partes es una condición para el desarrollo de la interculturalidad de la sociedad.

El enfoque de género implica hablar de los derechos específicos de las mujeres, en este caso de los derechos de las niñas y las adolescentes, partiendo de su condición actual para modificarla frente a las condiciones de exclusión y discriminación en las que desarrollan sus actividades, dentro (en especial las actividades domésticas) y fuera del hogar, más aún si tomamos en cuenta que incorporar el género como eje de análisis no involucra sumar “categorías femeninas” a las actividades descritas, sino principalmente dar cuenta de las experiencias, conocimientos e intereses diferenciados entre niños y niñas y adolescentes.

El género como concepto relacional entre lo “masculino” y lo “femenino” influye también metodológicamente ya que supone una visión y análisis más amplio dentro de la etnografía, de las instituciones, de las políticas y de las oportunidades existentes entre hombres y mujeres dentro de actividades comunes, como por ejemplo el trabajo, y ofrece, por tanto, un diagnóstico de las necesidades y problemáticas distintas que implica el trabajo para niños, niñas y adolescentes.

El interés de tomar como eje de análisis al género sobre todo apunta a promover la igualdad entre géneros, sin lo que no se puede generar políticas públicas verdaderamente incluyentes a mediano y largo plazo u opciones reales para la erradicación total del trabajo de niños, niñas y adolescentes. La estrategia de la inclusión de género como eje de análisis permite determinar posiciones de vulnerabilidad o “desventaja” para la intervención con políticas que beneficien a las niñas y adolescentes indígenas.

El enfoque de derechos y garantías se desarrollo a partir del año 1997, fecha en la que el Secretario General de Naciones Unidas pidió a todas las agencias del sistema que incorporen el enfoque de derechos humanos en todos sus programas y actividades. Luego de ese llamamiento, en el año 2003,

en el marco de un seminario interinstitucional, se llegó a un entendimiento común sobre el enfoque que definió tres acuerdos:

- Todos los programas de cooperación, las políticas y la asistencia técnica para el desarrollo deben promover la realización de los derechos humanos tal y como se establece en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos.
- Las normas de derechos humanos contenidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, y los principios derivados de ellas, deben orientar toda la cooperación y la programación para el desarrollo en todos los sectores y en todas las fases del proceso de programación. Esos principios son: universalidad e inalienabilidad; indivisibilidad; interdependencia e interrelación; no discriminación e igualdad; participación e inclusión; rendición de cuentas e imperio de la ley.
- La cooperación para el desarrollo debe contribuir a la mejora de la capacidad de los “titulares de deberes” para el cumplimiento de sus obligaciones y las capacidades de los “titulares de derechos” para reclamar éstos.

La aplicación de este enfoque puso de manifiesto las principales debilidades del mismo, tales como las resistencias políticas que producen estos derechos, la ambigüedad o imprecisión de las obligaciones estatales que acarrearán, y la necesidad de desarrollar mecanismos de exigibilidad adecuados para su cumplimiento.

Ante estas dificultades surgió el concepto de garantías sociales como respuesta. El sistema de garantías sociales, planteado en el marco de la teoría del derecho, constituye la otra cara del paradigma constitucional, en tanto “consiste en el conjunto de técnicas idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos” (Ferrajoli, 2001: 374). En otras palabras, las garantías pretenden fijar los umbrales o estándares que permitan la integración social de los sujetos sociales que han sido históricamente excluidos de la sociedad.

Los principios y los derechos fundamentales en el trabajo tienen el carácter de universales y, según la concepción planteada por OIT al inicio de este trabajo, constituyen el eje principal de análisis. No se debe olvidar que la presente investigación intenta profundizar en la concepción indígena del mundo del trabajo como tal, mundo que no puede ni debe ser separado de situaciones y enfoques como la globalización, la diversidad cultural, la interculturalidad, el género y el conjunto de derechos de los niños, niñas y adolescentes ya mencionados.

Respecto a la estrategia metodológica utilizada fue la de la investigación colaborativa, es decir, en este caso la participación activa de tres investigadoras indígenas con el apoyo coordinador de un investigador y una investigadora no indígenas<sup>1</sup>.

La función de las primeras ha contado desde el inicio con el conocimiento y auspicio de sus respectivas organizaciones locales y regionales, así como la obligación de la devolución y difusión de los resultados que se alcancen. El proceso se inició a partir de un taller realizado a fines del mes de agosto de 2009 en el cual se compartió con todos los participantes el objetivo, contenido y metodología del ejercicio investigativo, así como la adopción de un sistema común de registro y ordenamiento de la información. Igualmente se eligió los sitios de trabajo para cada uno de los temas: comercio informal en el Mercado Montebello de la ciudad de Guayaquil; trata por explotación laboral en las comunidades Kichwas Puruway de Rodeo Vaquería y Atapo El Carmen de la parroquia Guamote, cantón Guamote de la provincia de Chimborazo; y para el trabajo dentro y fuera de la comunidad, en la comunidad Kichwa de Sarayaku, parroquia Nueva Loja, cantón Lago Agrio de la provincia de Sucumbíos.

Con todos estos elementos se desarrolló durante dos meses el proceso de recolección de la información etnográfica para cada caso. Cada investigadora eligió una serie de actores vinculados con el tema, en especial niños, niñas, adolescentes, padres, madres, maestros, maestras y autoridades de las organizaciones indígenas, con los cuales se han mantenido entrevistas, grupos focales, observación participante de la vida cotidiana de los actores y la

---

1 Se trata de Jessica Quinlle, Imelda Gualinga y Martha Vimos las primeras, y los segundos Soledad Quintana y Fernando García.

aplicación de otros instrumentos como el registro de las actividades diarias y la ruta migratoria de los niños, niñas y adolescentes trabajadores.

Por su lado el investigador y la investigadora coordinadores se concentraron en realizar un seguimiento periódico de la información recogida mediante visitas periódicas a cada uno de los tres casos seleccionados en las tres provincias, así como un proceso de sistematización de la misma que permita elaborar los resultados finales.

Es importante señalar que los nombres de los niños, niñas y adolescentes que aparecen a lo largo del informe son ficticios, en cumplimiento de lo establecido por el Código de la Niñez ecuatoriano y de acuerdo al código de ética profesional practicado por la Antropología para el trabajo investigativo.

## **II. La descripción etnográfica de los casos de estudio**

### **2.1. El caso Guayaquil: comercio informal de los niños, niñas y adolescentes kichwas en el Mercado Montebello**

El Mercado Mayorista de Montebello o Terminal de Transferencia de Víveres se encuentra en la ciudad de Guayaquil, en la vía Daule, a dos cuadras de la estación final del sistema de transporte Metrovía, en el barrio del mismo nombre. El mercado es un proyecto diseñado por la Municipalidad de Guayaquil y está bajo la administración de la Comisión Técnica de Bahías y Mercados del mismo ente gubernamental. Se construyó como parte de la reorganización territorial emprendida por la alcaldía en el año 1997, con la cual se pretendió reordenar a los comerciantes dentro de un sistema de mercados que entre otras cosas incluía tasas municipales por el uso del terreno y como una forma de descongestionar el tráfico vehicular de las vías centrales de Guayaquil, como una fase del proyecto central que fue el de desarrollo urbano del Malecón 2000.

La reorganización fue parte de la llamada “regeneración” urbana, la reubicación de comerciantes respondía a un modelo cuya lógica excluía a los comerciantes informales y a lo que ellos representan en el imaginario de las élites guayaquileñas, en otras palabras su presencia “afeaban” a la urbe y debían permanecer invisibilizados, desde el inicio de esta medida se convirtió



en motivo de conflicto entre los intereses que representan el municipio y los comerciantes informales.

A la entrada del mercado están las oficinas administrativas y de inspectores, tres oficinas de bancos y las garitas de los guardias que son siete<sup>2</sup>. El mercado está dividido en cuatro grandes andenes, cada uno de estos tiene veinte subandenes; los andenes del lado derecho son los pares y los del izquierdo los impares; los andenes 1, 2, 3 y 4 con un aproximado de 15 puestos cada uno están destinados a la venta de frutas tropicales; en los andenes 5, 7 y 9 con 22 puestos cada uno se venden tubérculos como papas o yucas; en el andén 6 y en el 8 verduras y legumbres y en el andén 10, granos. Por fuera de esta gran estructura existen pequeños kioscos dedicados a vender diversos productos no relacionados con los que se expenden dentro. En el otro sector de andenes, 13 y 15, con 50 puestos aproximadamente se vende arroz, azúcar, jabones, aceite por cartones o por quintales, víveres al por mayor y plásticos desechables; en el andén 19 se expenden huevos; en el andén 18 se venden embutidos y pollos, y en el andén 20 mariscos y embutidos.

En total existen 553 puestos. El mercado cuenta con todos los servicios básicos (agua, luz, baños), igualmente hay puestos de comida preparada. Se estima que en este mercado trabajan 1.106 personas, sin contar con los comerciantes informales que se ubican en las afueras de los andenes, a lo largo de la calle de ingreso y que son alrededor de 120 personas. No existen celebraciones especiales dentro del mercado; en días festivos se cierra la atención.

Como es conocido dentro del mercado, los guardias y los inspectores municipales son bastante permisivos para el ingreso de toda clase de vehículos y también de vendedores informales, en especial con los menores de edad que necesitan ingresar a la estructura para ofrecer su trabajo o algún producto debido a la prohibición municipal y a los grandes letreros de la entrada con el aviso “prohibido el ingreso a menores de edad, toda mercancía será requisada”.

Gran parte de los productos que se expenden en el Mercado Montebello proviene del centro-sur de la Sierra, y generalmente transportados por redes de distribución y comercio que se inician en comunidades indígenas andinas. Los productores e intermediarios generalmente son parientes de los comerciantes de Montebello. Los comerciantes, en especial los dedicados a la venta

---

2 Son los encargados de impedir el ingreso de vendedores ambulantes y también el ingreso de menores de edad que se dedican a vender, como se verá más adelante esto en la práctica no se cumple.

de legumbres, papas y hortalizas son indígenas de la zona de Chimborazo, ya sean originarios o identificados como kichwas que han llegado a vivir en la ciudad de Guayaquil, con una significativa presencia, sobre todo en el comercio de la ciudad, y en barrios como Bastión Popular, Flor de Bastión, El Cóndor o el Fortín, donde se realizó esta investigación.

Hace algunos años estas personas decidieron agruparse y formar el Movimiento Indígena de Pueblos Kichwas de la Costa Ecuatoriana (MOP-KICE), con sede en Guayaquil, dirigido actualmente por el abogado Pedro Chango y afiliado a la CONAIE. Los y las kichwas de la Costa en varios casos mantienen el kichwa como lenguaje de uso cotidiano, y en otros casos también la vestimenta, por su actividad en los mercados de la ciudad, en el comercio informal del centro de la ciudad y como tenderos de barrios populares han logrado una presencia importante en la escena pública. Especial importancia jugaron estos actores en las últimas elecciones en las cuales el partido político que se mantiene en el poder municipal durante 16 años fue derrotado por el movimiento liderado por el actual presidente del país.

## **2.2. El caso Chimborazo: trata por explotación laboral de los niños, niñas y adolescentes de las comunidades kichwas Puruway de Rodeo Vaquería y Atapo El Carmen**

La comunidad de Rodeo Vaquería está ubicada en la parroquia Guamote, del cantón Guamote, provincia de Chimborazo, en la zona de Maguazo, conformada además por las comunidades de San Luis de Maguazo, Nueva Esperanza y El Tacón, constituida por 92 familias, 80 con jefes de hogar y 12 con jefas de hogar. La población masculina es de 191 hombres, de los cuales son 113 menores de edad, de 0-18 años. La población de mujeres es de 149 personas, de las cuales 76 son menores de edad, de 0-18 años. Se estima que la población de la comunidad es de 340 personas.

La comunidad muestra dos tipos de migración, una temporal entre el 45 % y el 50 % de la población de hombres jóvenes y adultos, y un 5% de la población de mujeres jóvenes y adultas, que tiene que ver con la época de zafra en zonas de la costa (de julio a diciembre), o en donde se cultiva caña de azúcar (zonas tropicales de la misma provincia o de provincias aledañas), o tras el período de siembra también van a centros urbanos donde ofrecen

su mano de obra como obreros de la construcción, empleadas domésticas, generalmente por algunos meses y luego retornan a la comunidad para invertir lo ganado<sup>3</sup>.

El otro tipo de migración es la permanente: 2% aproximadamente entre la población de hombres y del 1% entre la población de mujeres; es decir, aquella migración que no implica necesariamente el retorno continuo a la comunidad, sino la residencia en otro país, generalmente Estados Unidos o España.

Las viviendas son de adobe, aunque hay nuevas casas construidas por el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, MIDUVI, de bloque y cemento y financiadas por el bono de vivienda entregado por el gobierno, a las que han podido acceder 26 familias; la energía eléctrica cubre un 45 por ciento de las demandas de la comunidad. Hay una sola carretera de acceso desde Guamote, y está en mal estado; letrinas comunitarias en un 80 %, no existe red de alcantarillado. No se encuentran en la comunidad servicios de salud, en caso de emergencia los habitantes deben acudir al hospital de Guamote, pero actualmente se construye un subcentro de salud en la comunidad. Hay una escuela y un CDI (Centro de Desarrollo Infantil), no hay infraestructura para educación secundaria. Tampoco se dispone de líneas telefónicas. Se cuenta con agua potable y pozos sépticos que se hicieron con donaciones de Plan Internacional.

Los y las habitantes de Rodeo Vaquería se dedican a cultivar papas, maíz, cebada, mellocos, fréjol, arveja, lenteja, habas, productos que sirven para el consumo local y para llevar a los mercados de poblaciones cercanas (a la feria de Guamote que se realiza los días jueves), y también hacia la Costa, en particular a la ciudad de Guayaquil. Se dedican también a la crianza de ganado vacuno para la producción de leche, la crianza de cerdos y de ovejas (1 ó 2 por familia y que normalmente se destinan a la venta). No existen tierras de propiedad comunal, por tanto la siembra y cosecha se hace dentro de las parcelas familiares.

Al igual que en otras comunidades indígenas existe un cabildo conformado por un presidente, vicepresidente, secretario, tesorero y síndico; además

3 Esa situación también aparece en toda la provincia, y no sólo en trabajos con contrato o de dependencia, sino en redes que se arman alrededor de la mendicidad en las ciudades grandes como Quito y Guayaquil en Ecuador, y en otros casos ciudades de Colombia o Venezuela.

está el teniente político que en la actualidad se elige en las urnas. La comunidad está conformada por población evangélica (15 %) y población católica (85 %), sin embargo no existe una figura única de autoridad religiosa, las celebraciones católicas por ejemplo se realizan cuando el párroco llega desde la cabecera cantonal hacia la comunidad.

Las principales celebraciones dentro de la comunidad son el 4 de octubre, festejan a San Francisco; otras celebraciones son la de Fundación y la del Retorno, que principalmente se celebran en Riobamba, esta última muy importante porque es una época en la que regresan muchas de las personas que han migrado fuera del país y que tienen familia en la comunidad y en la provincia, además de las fiestas de diciembre.

La comunidad se reúne en asamblea cada fin de mes para hablar sobre arreglos en la infraestructura, actividades sociales, seguimiento de trámites, conflictos internos, mingas o apoyo a la escuela. La población se ha organizado en torno a organizaciones deportivas, caja de crédito o capacitación, organización por la defensa de los derechos de las mujeres y la junta de agua potable.

La comunidad Atapo El Carmen, ubicada hacia el sur de la provincia de Chimborazo, aproximadamente a 75 kilómetros de la ciudad de Riobamba, pertenece a la parroquia de Palmira, cantón Guamote, a una distancia en vehículo de una hora y 50 minutos desde Riobamba. Se encuentra a 3.500 metros sobre el nivel del mar.

La comunidad aparece como localidad antes de la Reforma Agraria durante la cual se parceló y cada comunero adquirió una pequeña parte de terreno. Precisamente la principal actividad es la agrícola, los principales productos de la zona son papa, cebada, trigo, cebolla que son vendidos en la feria de Guamote. También se dedican al pastoreo de ovejas y a la crianza de animales pequeños.

La población total es de aproximadamente 600 habitantes, todos son indígenas del pueblo Puruway, de los cuales 150 son niños, niñas y adolescentes. Cabe señalar que Guamote está considerado como uno de los cantones con mayores índices de pobreza y necesidades básicas insatisfechas del país, según información de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES). La salud y la educación no están garantizadas, no todos los habitantes tienen acceso a los servicios básicos y no existen fuentes

de empleo; el ingreso familiar mensual está entre los 50-80 dólares, que se dividen para el número de integrantes de la familia (entre 5 y 8 personas por núcleo familiar), que se complementa con los ingresos del bono de desarrollo humano. Se vienen desarrollando sin embargo, microemprendimientos agrícolas y productivos dentro de la zona que ayudan de cierto modo a la economía interna.

Los altos niveles de pobreza hace que personas de la propia comunidad o ajenas a ella sirvan de contacto para las redes de trata; las personas en especial los y las adolescentes son “presa fácil” para ser trasladados ilegalmente, tal como sucede en el caso de Rodeo Vaquería, a puntos como Colombia o Venezuela.

Dentro del país, las personas que migran son principalmente jóvenes en busca de trabajo, principalmente a Guamate, Riobamba o Guayaquil como comerciantes informales de alimentos preparados, productos agrícolas, discos compactos, accesorios para carros, limpieza de calzado, ropa usada, vendedores de caramelos; y en otros casos como empleadas domésticas (con o sin contrato y seguro social).

Comparativamente, la comunidad de Atapo El Carmen presenta poca experiencia respecto al tema de los derechos laborales de niños, niñas y adolescentes y acerca de sus derechos laborales, más aún frente a la situación de trata de la que algunas personas de la comunidad han sido víctimas, pero de igual manera que en la situación de la comunidad antes revisada, la trata por explotación laboral es y sigue siendo práctica cotidiana.

### **2.3. El caso Sucumbíos: trabajo de los niños, niñas y adolescentes dentro y fuera de la comunidad kichwa de Sarayaku**

La comunidad de Sarayaku, perteneciente a la parroquia Nueva Loja, cantón Lago Agrio, provincia de Sucumbíos, se conformó en el año 1971 por siete familias kichwa-amazónicas, asentadas al margen derecho de la vía al Coca, kilómetro 16, junto a asentamientos vecinos conformados por colonos, principalmente de la zona de Loja. La comuna está limitada al norte por el Río Aguarico, al sur con la cooperativa Virgen del Valle, al este está la precooperativa “Hogareñas”; y al oeste la comuna Puyupunku. Para dirigirse a la capital de provincia se demoran 30 minutos en transporte público.

La comunidad se trasladó desde la provincia del Napo por la epidemia de malaria que mermó la población y porque los terrenos que ocuparon eran fértiles y les permitía un mejor acceso a alimentos. En esa época estaban en funcionamiento los campos de CEPE-TEXACO, que debido a la bonanza petrolera empieza a llegar más población migrante desde Loja a comunidades vecinas y a Lago Agrio en especial.

Actualmente está conformada por 20 familias, parte de la población migra temporalmente hacia centros poblados como Lago Agrio o Quito para conseguir trabajo como obreros o empleadas domésticas; también se ha registrado casos de migración hacia España.

Las viviendas están hechas en algunos casos de cemento, generalmente los primeros pisos y los pisos superiores (hasta dos) son de madera, propiedad de cada familia. La comuna cuenta con red de agua entubada, energía eléctrica, vías de acceso y la cercanía a la vía principal permite que líneas de transporte interprovinciales puedan dar servicio a los habitantes de la zona, también existe servicio de taxis y camionetas. No existe red de alcantarillado y hay una letrina comunitaria; tampoco existen subcentros de salud, los habitantes de Sarayaku, en caso de enfermedad deben acudir a los centros de salud, clínicas privadas u hospitales más cercanos. Tampoco hay redes telefónicas y la señal de celular no tiene cobertura.

Los servicios de educación con los que cuenta son básicamente una escuela hispana a la que asisten los niños y niñas kichwa y los grupos de cuidado que brinda el Instituto de la Niñez y la Familia (INFA), a los que recurren las madres con los niños menores de 5 años semanalmente, donde realizan actividades de 8:30 a 12:30 horas. Dentro de la comunidad, o cerca de ella, no hay un colegio de bachillerato; la mayoría de las personas de Sarayaku han optado por los estudios en colegios a distancia, fundamentalmente porque les resulta más económico (en el caso de que hayan finalizado la escuela básica y tengan recursos para continuar sus estudios) y por las ventajas frente a los traslados diarios hacia colegios hispanos, ubicados en El Coca o Lago Agrio.

Los kichwas de Sarayaku tienen como actividades productivas tradicionales la caza, la pesca y la agricultura, siendo los principales productos agrícolas el cacao, el maíz y la yuca (ésta generalmente para el autoconsumo), pocas familias poseen cabezas de ganado. Cada familia puede tener una par-

cela para la siembra, y los terrenos comunales tienen una extensión de 620 hectáreas. Las actividades económicas se desarrollan preferentemente fuera de la comunidad, ofertando su fuerza de trabajo como jornaleros, obreros de construcción, obreros en petroleras, empleadas domésticas, trabajadores de fincas, etc.; las mujeres y adolescentes se dedican al trabajo doméstico y, según se observó, todos los niños y niñas en edad escolar asisten normalmente a la escuela básica. Esto sin embargo no es la norma, puesto que se encontraron personas analfabetas, principalmente entre el grupo de madres con el que se trabajó.

La comuna está organizada en una asamblea que nombra el cabido comunal compuesto por el presidente, vicepresidente, secretario, tesorero y síndico. Además las actuales comunas de Sarayaku y Puyupunku, permanecieron como una sola comuna desde 1971. Más tarde se separan, se forma la Comuna Aguarico donde estaban los misioneros Carmelitas y lo que es la Comuna Sarayaku pasa a formar parte de la Federación de Organizaciones de la Nacionalidad Kichwa de Sucumbíos, FONAKISE, que agrupa a 58 organizaciones de base y cuenta con cerca de 13.000 miembros.

Uno de los primeros logros de la organización de la comunidad es la construcción de la escuela; sin embargo, como habían pocos niños y niñas indígenas que asistían a clases, empiezan a asistir también niños y niñas mestizos (la mayoría de la comunidad) lo que, junto con la presencia de profesores también mestizos, transforma la escuela de bilingüe a hispana, de hecho la comunidad se constituye alrededor de la escuela.

La principal celebración es la fundación de la comunidad, cada 5 de marzo. Los preparativos de la fiesta se hacen con dos semanas de anticipación, los hombres salen a cazar y a pescar; llevan pescado y carne de monte para brindar a los invitados de comunidades vecinas. Se entonan cantos tradicionales en la noche, en la mañana hay competencia de bodoqueras y el brindis de chicha de yuca preparada por las mujeres. Otras fiestas importantes son las fiestas escolares, principalmente en diciembre, y el 2 de noviembre día de los difuntos.

### III. Los hallazgos

#### 3.1. Organizaciones comunitarias y trabajo infantil indígena

Entre los dirigentes del MOPKICE hay opiniones divididas acerca del trabajo infantil; todos han podido ver de cerca que los niños, niñas y adolescentes de las comunidades o barrios se dedican a trabajar, en lo que denominan “despensa”, es decir, a la venta informal de frutas, gaseosas, jugos, aguas, legumbres, en carga de mercancías; sin embargo, es generalizada la visión de que los niños realizan trabajos “más fuertes” que las niñas; por trabajo fuerte se entiende el de carga y caminata diaria; no se cuenta tampoco como trabajo las actividades que realizan las niñas dentro del hogar, lo que incluye cocinar, limpiar, o quedarse al cuidado de los hermanos menores:

Los niños desde los 10 a los 18 años acomodan frutas, cogen mercaderías que llegan a las despensas, cargan y administran las tiendas, y las niñas hacen trabajos menos forzosos. Los niños trabajan más horas y las niñas menos (Hugo Lema, dirigente de Juventud MOPKICE).

La percepción entre los dirigentes es bastante clara, para ellos un 90 por ciento de los niños y de las niñas trabajan en el comercio, directa o indirectamente, junto con sus padres y madres. Cuando apenas llegan a la ciudad se dedican especialmente a estudiar, pero es bastante generalizado que salgan a trabajar en las vacaciones. Los niños y niñas trabajan fuera o dentro del barrio, en mercados y en tiendas de abarrotes cercanas a sus casas.

Los dirigentes entrevistados consideran que el principal factor que influye para que niños, niñas y adolescentes trabajen es el económico; señalan que con el dinero obtenido ellos y ellas pueden continuar sus estudios, mostrándose como un hecho relevante dentro de los kichwas tanto de la Costa, Sierra y Amazonía.

Al preguntarles sobre los riesgos a los que se ven expuestos durante estas actividades, señalan que si bien pueden estar expuestos a riesgos “pequeños” como caerse, o recibir ofensas, lo que adquieren son básicamente “habilidades, también actitudes para que no sean vagos (Hugo Lema, dirigente de juventud, MOPKICE). La propuesta desde la dirigencia es que desde los



centros educativos interculturales bilingües “se prepare al niño para vivir en la realidad..., para mantener nuestra cultura, idioma o lengua y la cosmovisión” (Hugo Lema, dirigente de Juventud, MOPKICE).

Al respecto de la educación, los dirigentes de las dos comunidades investigadas de la provincia de Chimborazo piensan que muchos de los/las jóvenes y adolescentes no pueden continuar estudiando –por lo menos hasta que no retornen a la comunidad lo cual sucede en muy pocos casos– porque es más necesario poder trabajar.

Los niños más que las niñas a partir de los 10 años empiezan a salir de la comunidad con sus padres para buscar trabajos, luego de un tiempo en ese trabajo, que generalmente es de oficial en obras de construcción, ellos empiezan a adquirir ropa o comida, y contribuir para el sustento familiar. Según la percepción de los adultos el abrirse campo laboral implica una serie de valoraciones positivas, un deber de todas las personas.

Los niños cumplen 10 años y salen de la escuela y se van de la comunidad y salen con el padre para ir a trabajar para el vestuario, comida, abrirse un poco más, ir a buscar trabajo, y salen a buscar trabajo para ponerse la ropa al gusto de ellos y como no les podemos dar a gusto de ellos, tratan de irse con otros amigos lejos y se abren un poco más junto a otras personas. Cuando no van al trabajo les hablamos y ya buscan las actividades para servir en algo (Grupo focal padres-madres, 10 de octubre de 2009).

Ante estos testimonios paternos cabe preguntarse si la verdadera agencia de los niños, niñas y adolescentes respecto al trabajo coincide necesariamente con la de sus progenitores. ¿Es acaso la atracción de contar con recursos económicos propios para comprarse lo que quieren lo que pesa en este tipo de decisiones? La respuesta a ambas preguntas requeriría profundizar más en la opinión de niños, niñas y adolescentes.

Según la percepción del dirigente comunitario, la educación y el trabajo infantil están íntimamente vinculados porque del nivel de escolaridad depende el grado de recursos con los que cuenta la familia:

O sea ellos se van al colegio, algunos descansan un añito y el otro año se van al colegio; entonces van a diferentes colegios o academias..., aquí mismo

existen. Allá van algunos que tienen capacidad económica, van a colegios en Guamote, como el Velasco Ibarra.

Algunos se quedan, algunos también arriesgan para poder mandar al colegio (Efraín Lema, presidente de la Comunidad de Rodeo Vaquería).

De manera similar a lo que ocurre en otras zonas del país, las actividades que realizan los niños, las niñas y los adolescentes de las comunidades de Chimborazo son definidas como “ayuda”, tiene que ver sobre todo con las actividades que se realizan en o para el ámbito doméstico y productivo como por ejemplo cocinar, lavar ropa, barrer, el pastoreo de animales pequeños, la recolección de leña en el monte o de agua en las fuentes cercanas a las viviendas. Igualmente se asignan tareas de acuerdo con la edad del niño o niña y en un máximo de dos horas diarias (tanto niñas como niños entre 6 a 15 años); tareas fuertes como la minga, para los dirigentes, sólo pueden realizarlas los comuneros o comuneras activos/as (las personas mayores de 18 años o entre 15 a 18, siempre y cuando ya estén casados).

Es equitativo, pero al unito se encarga una tarea, al otro el borrego, al otro la ropa lavada, así se van dando tareas, también hay hijos que no quieren hacer nada, pero se les dice que ayuden (Ángel Daquilema, 56 años, presidente).

Según se puede observar quienes toman la decisión de la edad adecuada a la que los niños, niñas y adolescentes deben salir a buscar trabajo son exclusivamente los padres de familia; esta decisión se la toma cuando llegan a los 12 ó 13 años. Sobre esta situación comenta el Presidente de la Comunidad:

Si más o menos, ellos también han salido pero eso depende de los familiares de ellos, nosotros como familiares no podemos decir tiene que estar aquí mismo, algunos si se han ido, luego de terminar la escuela.

### 3.2. El trabajo de los niños, niñas y adolescentes indígenas en el contexto de un mercado urbano de Guayaquil

En los testimonios mencionados a continuación se diferencia la opinión de niños, niñas y adolescentes kichwas entre 10 y 17 años sobre el trabajo que hacen dentro del Mercado, aunque no exclusivamente ahí, ya que alguno de ellos trabaja también en otras zonas de la ciudad. Se ha optado intencionalmente separar los testimonios de niños y de niñas para mostrar las diferencias de género.

#### Niñas

Las familias de las niñas están compuestas entre cuatro a ocho personas, del total de miembros de la familia trabajan entre cuatro a seis personas en actividades relacionadas con el Mercado Montebello. Por las respuestas de las niñas se puede apreciar que el tiempo libre, es decir, el que no se ocupa en el estudio o en el trabajo, se lo invierte en labores dentro de la casa: lavado, limpieza y cocina y cuidado de hermanos o hermanas menores, de las cinco niñas que participaron, sólo una manifestó no hacer ese tipo de actividades. Más adelante se hace un intento por contabilizar el número de horas diarias dedicadas a las tareas domésticas para considerar si también son otra forma de trabajo.

Estas niñas y adolescentes han trabajado en el comercio desde los siete años, sólo una contestó que empezó a trabajar desde los diez. El promedio de horas destinadas a trabajar fuera del hogar es entre 9 a 15 horas, de 2 a 7 días a la semana; de acuerdo con cada caso, el trabajo es por fines de semana, por días o por meses, solamente una de ellas trabaja todos los días del año en el mercado. Las ganancias que obtienen varía entre 5 y 10 dólares diarios, dinero que lo invierten para el presupuesto familiar, en ropa o en estudios, también se señaló en ahorros personales. Todas manifestaron decidir sobre el destino de su dinero, aunque señalan que su mamá les aconseja en qué gastar, la mayor de este grupo (17 años) dijo: “Guardo, pero cuando veo algo que me gusta compro y gasto en comida porque yo decido si gastar o no y mi mamá no me dice nada porque yo soy la que trabaja”.

Cuando se les preguntó acerca de quién les acompaña en el trabajo, cuatro de ellas respondieron que hermanas, hermanos y padres, pero aclararon que:

Venimos juntas, no venimos solas, pero cuando nos toca trabajar vamos a recorrer cada quien, pero solas y mi mamá se queda en el puesto trabajando también (Miryam, 11 años).

Yo vengo con mi mamá, papá, y hermana acá al mercado, pero a vender voy sola (Nelly, 15 años).

Venimos acá a pelar los productos, al puesto de una señora, las tres: mi mamá, mi hermana y yo, y mi papá se va por otro lado (Martha; 13 años).

Si, las tres trabajamos juntas, pero en la mañana mi mamá se va a vender en el puesto de ella (María, 15 años).

Cuatro de ellas no han tenido ofrecimientos externos de trabajo; el trabajo es básicamente familiar, excepto Ana (17 años) quien había recibido la oferta de una pariente para trabajar en una tienda, sin embargo ella prefirió continuar trabajando en el mercado. A la pregunta de ¿por qué trabajan?, respondieron:

Yo trabajo porque me gusta y también para comprar algo que me guste y también para guardar la plata (Miryam, 11 años).

Yo trabajo para reunir dinero (Nelly, 15 años).

Pues yo trabajo para seguir estudiando porque mi mamá no tiene suficiente dinero para todos mis hermanos (Martha; 13 años).

Trabajo porque necesito para mis estudios, y para ayudar a mi mamá para que ella ya no gaste más (María, 15 años).

Trabajo para mí misma, para poder comer, vestirme y seguir adelante (Ana, 17 años).

## Niños

Las familias de los seis niños que participaron en el grupo focal (de entre 10 y 13 años) están compuestas de entre tres a cinco personas, aproximadamente trabajan dos o tres personas por familia; en el caso de estos niños, o toda la familia trabaja en Montebello, los padres son taxistas o recorren la ciudad vendiendo diversos productos, dos de los niños trabajan solos en el mercado. En el tiempo que no se ocupan en estudios o en trabajo ayudan a sus madres en las labores de la casa, tres de ellos dijeron que “sí hacían los mandados”, barrían; uno dijo que no porque “él trabaja”.

Ellos empezaron a trabajar alrededor de los 9 y 10 años, según el caso. El promedio de horas destinadas a trabajar fuera del hogar es entre 6 a 9 horas, de 2 a 7 días semanales, similar a lo que sucede con las niñas, sin contar con el tiempo que ellas invierten en el trabajo doméstico. Las ganancias van entre los 5 y 6 dólares diarios que utilizan para comida, ropa, útiles o juegos. Ellos deciden sobre el uso de su dinero, unos dicen que gastan a escondidas de las mamás y otros prefieren darles a sus madres para que ellas les compren ropa (ver anexo No. 3, en el cual se describen casos concretos de la cotidianidad de niños y niñas).

Por otro lado, los maestros y maestras coinciden con los dirigentes en que los niños, niñas y adolescentes trabajan principalmente por cuestiones económicas pero agregan que se debe también a que pertenecen a familias desestructuradas o con problemas:

Por necesidad, por la situación económica o a veces porque son huérfanos (Juan Carlos Guanolesma, 24 años, Unidad Educativa Roca Mía).

Los padres no tienen trabajos fijos, por la situación económica (Nelly Morochó, maestra CECIB, 26 años).

Por necesidad económica o por problemas familiares (José Valente, maestros CECIB Sultana de Los Andes, 25 años).

Respecto al tiempo libre los maestros y maestras opinan que existe una clara diferenciación de las horas ocupadas tanto por niños como por niñas y

de las actividades que realizan, siendo las niñas quienes ocupan más horas de su tiempo libre para realizar labores domésticas:

Los niños en tiempo libre se dedican a jugar y las niñas más se dedican en los quehaceres de la casa (Nelly Morocho, maestra CECIB, 26 años).

Los niños juegan con sus amiguitos y otros ayudan a su mamá, y las niñas cuidan a sus hermanitos menores (José Valente, CECIB Sultana de Los Andes, 25 años).

Los niños juegan fútbol y las niñas ayudan en la casa (Myriam Illvis, CECIB Santiago de Guayaquil, 24 años).

Los riesgos a los que están expuestos los niños y las niñas, en la opinión de maestros y maestras, tienen que ver más con maltratos físicos y discriminación por su origen étnico, además de los peligros que corren en la calle, porque según los maestros los niños trabajan solos o con hermanos más pequeños, aprenden “malas costumbres”. En pocos casos se contestó que reciben la orientación de sus padres al momento de realizar sus ventas, sobre todo en el mercado. También se respondió que el principal riesgo que corren es el abandono de sus estudios.

Al preguntar acerca de si maestros y maestras conocen sobre la utilización de los recursos obtenidos por niños, niñas y adolescentes contestan que mucho de los ingresos los padres “les quitan a los niños” para gastárselos y, en otros, invierten en gastos relacionados con los mismos menores.

Algunos padres les quitan el dinero a sus hijos y ellos se los gastan, otros niños se compran ropas o si no se llevan el dinero para el recreo (Nelly Morocho, CECIB, 26 años).

Algunos son explotados por los padres que les quitan el dinero, otros lo utilizan en ropa, cuadernos, lo que necesitan para seguir estudiando (César Rodríguez, CECIB Santiago de Guayaquil, 26 años).

En el caso de los padres y madres, se pudo tener acceso sólo a tres madres de familia que trabajan dentro del Mercado como dueñas de puestos o como ayudantes (peladoras, desgranadoras). El acceso fue restringido debido a que pocos padres y madres quieren hablar, sobre todo temen por su condición de vendedores informales, ya que los inspectores o guardias del mercado pueden incautarles la mercadería.

Estas madres y sus familias viven con un presupuesto mensual de entre 350 a 500 dólares (obtenidos entre dos o tres personas de la familia que trabajan) que se tiene que distribuir para gastos de entre 4 a 7 personas cada una. Se trata de tres mujeres migrantes de la Sierra, en unos casos con terrenos y propiedades en la comunidad de origen y en la ciudad de Guayaquil cerca de Montebello, otras viven en las casas de parientes cercanos.

Acerca de cómo perciben las actividades que realizan sus hijos, dentro y fuera del mercado, al igual que en las comunidades indígenas, también se lo califica como “ayuda”; generalmente la acepción de ayuda en estos casos hace referencia a las labores que se realizan en el ámbito doméstico y también en relación directa de trabajo con los padres:

Mi hijo mayor de 13 años trabaja cargando hasta las dos de la mañana y después me ayuda desgranando o a veces se pone a dormir...

Mis dos hijos me ayudan lavando, cocinando y trapeando la casa.

Mi hijo trabaja porque lo que gana él se queda con el dinero y el menor me ayuda desgranando. Me ayudan en el trabajo.

Mi hijo me ayuda a vender o a veces trabaja aquí en el mercado.

Mi hijo me ayuda a lavar los platos y me ayuda a cocinar.

Natividad, madre de 37 años, tiene tres hijos, dos de sus hijas menores de edad trabajan con ella en la mañana y en la tarde asisten a la escuela, el menor también asiste en la mañana. En el puesto donde venden legumbres y frutas sus hijas se encargan de pelar, envolver y vender los productos, y a ciertas horas salen a “recorrer” el mercado vendiendo frutas. Natividad dice

que ella decidió que sus hijas trabajaran junto a ella porque necesitaba más personas que le ayuden en su puesto, ella sola no siempre se da abasto; decidió que fueran ellas porque son sus hijas mayores.

El principal riesgo que ven estas madres en el trabajo diario de sus hijos es principalmente la posibilidad de accidentes. Por ejemplo, Dolores cuenta que ese es su principal temor porque en una ocasión su hijo estuvo a punto de ser atropellado por un auto que ingresaba al mercado.

Algunas reflexiones surgen de la situación de los niños, niñas y adolescentes indígenas en el contexto urbano. Una verificación importante es que aquellos que trabajan asisten a la escuela o colegio, en la ciudad de Guayaquil se dan las condiciones, las escuelas están cerca de sus casas y del mercado, las escuelas son bilingües e interculturales y, sobre todo, la familia cuenta con recursos económicos para financiar el estudio de hijos e hijas incluido el ingreso que aportan los niños, niñas y adolescentes con su trabajo.

En este caso tanto padres y madres como niños, niñas y adolescentes asumen que el trabajo y la educación son igualmente importantes, el hecho que los hijos e hijas no trabajan con sus padres y madres les obligaría a estos últimos a contratar trabajadores asalariados lo cual disminuiría los ingresos familiares. Sin embargo, es evidente la sobrecarga de trabajo, más de las niñas que de los niños, sometidas a jornadas demasiado largas y extenuantes.

En este sentido, comparando esta situación urbana con la de las comunidades rurales, la familia indígena al mantener actividades de comercio por cuenta propia disponen de una continua oferta de trabajo que es llevada a cabo por los miembros jóvenes de la familia. En el caso rural esto no sucede y la oferta de trabajo debe ser buscada fuera de la comunidad, generalmente en actividades que no son por cuenta propia sino en calidad de asalariados temporales.

Por último, resulta significativa la función del parentesco al interior de la familia y del barrio indígena, estos lazos son continuamente activados para acceder especialmente a tres requerimientos básicos: el trabajo, la vivienda y la educación. La función de las organizaciones indígenas urbanas, como el caso del MOPKICE, es de fundamental importancia.



### 3.3. Trabajo infantil y prácticas culturales: las percepciones de “ayuda” y trabajo entre niños, niñas, adolescentes y adultos

Los habitantes de la comunidad kichwa de Sarayaku recuerdan que cuando se asentaron en las riberas del Aguarico se dedicaban exclusivamente a la caza y a la pesca y, en un mínimo porcentaje, a la agricultura de subsistencia. Al trasladarse junto a la carretera empezaron algunos cambios, los intercambios que se hacían con los colonos y otros grupos llevaron a modificar algunas de sus costumbres, eso marcó por ejemplo su acceso a actividades agrícolas tanto por cuenta propia como en relación de dependencia, empezaron a sembrar preferentemente café en el caso de las pequeñas parcelas, que llevaban para la comercialización en Lago Agrio.

Sin duda una de las grandes transformaciones dentro de la vida de la comunidad fue las relaciones laborales con las petroleras, en trabajos de esfuerzo físico y mal pagados. En estas actividades participaban hombres, jóvenes y adolescentes varones, sin contratos y sin prestaciones sociales; quienes escasamente sabían leer y escribir o ingresaron a la escuela. Sobre la situación laboral de los jóvenes kichwa de Sarayaku es importante anotar lo que señala Jairo Gualinga, presidente de la organización juvenil Wiñay:

Cuando éramos niños nuestros padres se encargaban de la caza y pesca y de la chacra para alimentarnos, eso era suficiente, y no se necesitaba más, eso era todo, era como tener dinero.

Actualmente si bien es cierto que los niños y niñas acuden en mayor número a la escuela, la situación de pobreza de las poblaciones indígenas amazónicas es mucho más acentuada e impide que los niños, niñas y adolescentes continúen estudiando. La relación de los kichwa de Sarayaku con la educación es bastante particular. Las organizaciones de jóvenes pertenecientes a este pueblo están creando estrategias para conseguir que las instituciones privadas y políticas de la zona, o nacionales, les otorguen becas de estudios sin olvidar su propia cultura:

Los jóvenes mantenemos nuestra cultura pero debe haber interés de los dirigentes también de incentivar a los jóvenes, ya que por lo general los jóvenes

por contacto de la educación se hacen compañeros o amigos de miembros de otras culturas y aprenden de ellos y olvidan lo nuestro. Nosotros nos dedicamos a la caza y pesca, es algo natural, no debemos olvidar porque es algo nuestro.

Los jóvenes hombres dentro de la comunidad se dedican a las actividades tradicionales, principalmente participan en mingas comunales. Dentro de la economía productiva se dedican a la agricultura, al comercio y a los estudios.

En las mingas comunales participan también niños y niñas (mayores de 9 años). Los padres señalan que a ellos y ellas se les encarga acarrear el agua, traer leña; esto en lo que respecta al trabajo comunitario, cuando llegan a los 17 ó 18 años se convierten en socios y tienen la obligación de participar activamente. La percepción de este trabajo comunitario tiene que ver sobre todo con procesos formativos, aprendizaje de obligaciones comunitarias a los que niños, niñas y adolescentes deben enfrentarse en el futuro:

En las mingas que realizamos en la comuna participan a veces los niños y niñas mayores de ocho y nueve años, en que ayudan, más que todo se manda a traer agua, buscar leña, eso no es explotación de trabajo es una parte de incentivarlos, que vayan viendo desde el principio el trabajo de la organización para que algún momento vayan cultivando y cuando ya sean jóvenes vayan ser dirigentes o padres de familia para que no se olviden las actividades que se hace en la comunidad.

En las actividades domésticas, es decir, las que se realizan dentro de la casa, la distribución del trabajo para niños y niñas tiene que ver con aspectos tales como el género, la edad y el número de hijos e hijas dentro del núcleo familiar. Con respecto al género se siguen replicando los roles preasignados, por ejemplo las niñas y adolescentes mujeres (que no han salido a trabajar fuera de la comunidad) se encargan más de labores “femeninas”: lavar la ropa, barrer, cuidar a los hermanos más pequeños, cocinar. Los niños y adolescentes hombres se dedican a actividades por fuera del espacio doméstico: cacería, pesca y el trabajo en la finca.

A los niños y niñas de cuatro a cinco años, a los que ya entienden, se les va explicando de lo qué hay que hacer más o menos en la casa, una de ellas es levantarse a la madrugada (...) los niños menores de cuatro años para abajo, ellos no entienden, más bien se encarga los mandados a los mayores de cuatro años para arriba porque ellos ya entienden, hay niños y niñas que acompañan a la chacra o alguna actividad en particular... (Ever Cuvi, presidente de la comunidad de Sarayaku).

Respecto a la transmisión de valores culturales, persiste también una relación de acuerdo al género y de aprendizaje respecto de las actividades que deberán desarrollar en adelante, es decir tiene que ver con una serie de categorías y valores sociales y culturales:

Cuando las niñas acompañan a la chacra a su mamá, las madres les enseñan cómo sacar yuca, rozar la chacra, pelar la yuca, y en la casa más que todo se le enseña cómo se hace la chicha. A los niños se les incentiva igual, tienes que hacer esto, la pesca, la cacería cuando seas grande... porque si no se le enseña a tiempo algunos jóvenes se vuelven vagos, se botan al “quememportismo” y se vuelven a veces hasta mañosos, por tal razón el padre indígena siempre incentiva en ese forma y si hacen caso pues tiene que jalar la oreja u ortigarle, por eso es una parte de darle valor (Ever Cuji, presidente de la comunidad de Sarayaku).

Respecto a los castigos físicos mencionados la explicación cultural kichwa tiene que ver con situaciones que generan *llaki*, esto es, hechos como el ser ocioso provoca tristeza entre la familia y comunidad; el *llaki* es equivalente a una mala energía que debe ser expulsada de quien lo sufre, para lo cual se lo ortiga (acción que genera calor físico) con el fin lograr nuevamente el equilibrio entre la mala y la buena energía, entre lo frío y lo caliente.

Existe dentro de la comunidad la tendencia de que los adolescentes entre los 12 a 15 años de edad salgan fuera para buscar fuentes de empleo, principalmente porque la economía familiar no abastece para los gastos de educación, para los gastos personales. Por la misma razón existe un porcentaje considerable de deserción escolar, aproximadamente de cada 10 niños que ingresan a la escuela, 3 ó 4 dejan los estudios.

Aquí aparece un hecho importante: la incorporación de las comunidades indígenas kichwas cercanas a la ciudad de Lago Agrio y a uno de los ejes de explotación petrolera ha incidido en la desaparición de las actividades que antes garantizaban su subsistencia: caza, pesca, recolección y agricultura itinerante. Lo cual ha traído consigo la incorporación del trabajo asalariado y con él la necesidad de disponer de dinero para comprar los productos que ya no producen o no disponen por los cambios provocados en el entorno natural. Esto ha tenido un efecto también en la situación de niños, niñas y adolescentes: se mantiene todavía las actividades domésticas y productivas no remuneradas que son transmitidas culturalmente (las denominadas “ayudas”), sin embargo la incorporación a una economía global de mercado ha generado nuevas formas de trabajo infantil que forman parte de los ingresos familiares pero que no tienen contenido cultural propio, sino impuesto por la lógica económica neoliberal.

En los testimonios recogidos entre jóvenes y adolescentes pertenecientes a la comunidad de Sarayaku, hay muchos que han salido para conseguir trabajo. Diana Gualinga de 14 años, por ejemplo, relata su ruta laboral en Lago Agrio. Ella cuenta que trabajó como empleada doméstica de lunes a viernes, desde las ocho de la mañana y sin hora fija de salida; entre sus principales actividades tenía el arreglo de la casa y cocinar; considera que tenía bastante tiempo libre aunque no recibía buen pago, y unos pocos centavos más para los pasajes, no tenía contrato, ni recuerda haber estado afiliada al Seguro Social. En las tardes estudiaba, y a las ocho de la noche terminaba sus tareas. En ese trabajo estuvo un mes, trabajaba principalmente para poder estudiar y el dinero que le sobraba se lo entregaba a su mamá para los gastos de la casa. Actualmente trabaja como niñera los fines de semana y por horas, y estudia en un colegio a distancia, también ayuda a su hermana en un negocio:

Ahora tengo una beca de la escuela porque fui abanderada, con eso estoy estudiando, en los pasajes gasto 75 centavos y aparte de eso gasto un dólar cincuenta. Iba estudiar presencial pero no avancé a coger cupo, estudio los días miércoles y jueves para ayudar a mi hermana. A un tengo plata de la beca, trescientos ochenta, (si pierdo me quitan un año) después paso de año, me devuelven de nuevo la beca. En estas vacaciones me voy otra vez a trabajar en otra parte para comprar cosas para mí (Diana Gualinga, 14 años).

En cuanto a la relación educación y trabajo infantil, los padres hacen hincapié en las transformaciones que han sufrido en la vida comunitaria, su relación con el mundo mestizo y la economía global, las nuevas necesidades y las actividades que realizaban cuando eran niños o niñas, se nota una distinción importante en cuanto al género, lo certifica el testimonio de un joven y de un padre de familia:

Era muy diferente, prácticamente nos dedicábamos a la cacería, rara vez acompañábamos a la mamá a la chacra; todos los días de lunes a sábado saliendo de la escuela nos dedicábamos a estos quehaceres. A veces nos quedábamos jugando por ahí, nos castigaban, yo he caminado desde los 10 años con mi papá al monte a cazar, a veces de noche le acompañaba...

Ahora los niños se dedican más al estudio, llegan de la escuela están sentados jugando por ahí, viendo la televisión, eso es lo que hacen ellos. A la edad que tienen ellos nos ayudan a lavar los platos, a pelar verde, tanto varones y mujeres, nos ayudan en los mandados, como traer machete, o cualquier cosa más, que nos ayudan como a las cuatro y cinco de la tarde (Fabián Gualinga, padre de familia, 54 años).

En la actualidad por las demandas económicas y laborales los padres y madres, según sus versiones, prefieren que tanto niños como niñas asistan a la escuela. Muchos de los padres de estos niños no terminaron la escuela, y algunas de las madres nunca estuvieron en un aula de clases; estos testimonios dan cuenta de esta situación:

A los dos, tanto mujer y hombre preferimos que estudien, si quieren estudiar, no a uno solo, antes en nuestra época, daban mas preferencias a los hombres y a las mujeres no.

Los padres decían que cuando aprenda a escribir van a mandar cartas a los enamorados, por eso no les dejaban; la mayoría de las mujeres son analfabetas por estas razones.

Estaba en la escuela hasta cuarto grado, pasé a quinto, ahí deje la escuela, no

pude continuar por lo que me dejaban encargando con los vecinos, se iban a las purinas y no me enseñaba con ellos; por esa razón no terminé ni la primaria. Después salí a trabajar al Puyo, ahí ya dejé completamente de los estudios (Fabián Gualinga, padre de familia, 54 años).

Yo no he estudiado nada por lo que mi papá no nos dejaba ir a la escuela, ¡ahora ha de estar en el infierno!, a todas nosotras no nos dejaba ir, quería ir a la escuela, mi mama no decía mucho y nadie de nosotras estudió... ahora estoy en alfabetización tres meses, ahora se firmar, escribir, leo un poco (María Aranda, madre de familia, 58 años).

Si bien la decisión familiar es, en términos generales, que tanto niños como niñas asistan a la escuela y adquieran más y mejores grados de educación formal, el tema de la falta de recursos económicos se convierte en el impedimento fundamental a la hora de decidir qué hijos o hijas deben estudiar. Es decir, no son tan determinantes, por lo menos en discurso, para los padres y madres la valoración cultural acerca de los roles de género a la hora de decidir cuál de sus hijos o hijas estudia, sino más bien la capacidad de encontrar un trabajo con el que se solvente los gastos del hogar, los propios gastos de los hijos o hijas (dentro de los que se incluye el gasto educativo). A pesar de que la educación está vista como una necesidad, en términos de prioridades, sobre los intereses educativos están las necesidades de subsistencia.

Los padres y madres no emitieron ningún criterio acerca de la edad apropiada para que los niños, niñas y adolescentes puedan salir de la comunidad a trabajar; por los datos recogidos se asume que esta es una decisión que toman, no tanto los padres, pero si las madres cuando califican al ingreso de los hijos e hijas como “ayuda económica”; el momento que se define es a partir de los 12 ó 13 años de edad.

A continuación, la opinión de una madre de familia que refuerza la noción de “ayuda” o trabajo infantil:

Mis hijas se quedan haciendo el almuerzo, a veces las llevo si saben trabajar. Yo sé hacer levantar a mis hijas a las cuatro de la mañana para que hagan desayuno para sus hermanos que se van al trabajo.

Yo prefiero que estudien tanto mujeres y hombres. Tengo dos varones, uno está en tercero y el otro en cuarto y dos hijas que están en tercer curso. Las mujeres nos ayudan a nosotros, los varones trabajan y estudian, ahora están trabajando en la construcción de una cárcel que queda en la vía al Coca y regresan de tarde, estudian a distancia, sábado y domingo (María Aranda, madre de familia, 58 años).

El testimonio anterior de alguna manera camufla el trabajo que hacen los niños, niñas y adolescentes con la denominación cultural de “ayuda”, en especial al interior de la comunidad, y de ayuda económica cuando es fuera de la comunidad. Este carácter que es una de las imposiciones de la economía global muestra muy poca vulnerabilidad para ser superado, las familias indígenas lo han incorporado como parte de su proceso de producción y reproducción.

Como se señaló anteriormente, la escuela Marieta de Veintimilla, ubicada en los terrenos comunales de Sarayaku es una escuela pluridocente, del régimen hispano. Los profesores no son kichwas, son mestizos provenientes de la cabecera Lago Agrio. De lunes a viernes se transportan desde Lago Agrio hacia la escuela, y viceversa, ninguno vive dentro de la comunidad. Son en total tres profesores, dos mujeres y un hombre. Del total de la población escolar actual que es de 32 niños, 6 son niños y niñas kichwas.

De su experiencia de trabajo en esta escuela, no han visto que ningún niño o niña kichwa, por lo menos en los últimos nueve años, haya desertado o perdido el año escolar. La opinión de los maestros y maestras es bastante general respecto al tema del trabajo infantil indígena; el tema es visto más bien como un efecto del maltrato o la violencia intrafamiliar, y aseguran que los niños y niñas no sufren de violencia puesto que “tienen madre”. Como una rápida apreciación al tema aseguran que es algo que se puede observar sobre todo entre niños y niñas colonos.

Al preguntarles acerca del trabajo que realizan los niños al interior de la escuela, señalan que no se hace con ellos sino con los padres de familia, en especial en las mingas a las que se convoca cada cierto período, principalmente para mejoras de la infraestructura escolar. Con los niños y niñas se hacen cada viernes mingas de limpieza.

Es interesante anotar que la percepción de los maestros y maestras sobre el trabajo que realizan los niños y niñas al interior de los hogares, sea vista

también como ayuda, al igual que los padres y madres. Sin embargo, no se ha hecho una cuantificación de las horas que pueden durar este tipo de actividades; el apoyo a seguir estudiando desde la institución, en este caso educativo, es vista como un valor:

Nosotros lo que hacemos es que se sigan educando, no es lo mismo; el propósito es fomentar los valores para que los niños vayan al colegio, porque la educación es el fundamento de todo el ser humano; nosotros no fomentamos que vayan a trabajar o sembrar, lo importante es que ellos estudien no se queden así, pueden ayudar a su mamá en la casa, eso es otra cosa (Lilian Loayza, Alexandra Díaz y Abelardo Cáceres, maestros/as, 28-39 años).

#### **3.4. Riesgos del trabajo infantil indígena fuera de la comunidad**

Un grupo de comuneros entre 15 y 37 años de la comunidad Rodeo Vaquería relata sus experiencias laborales, algunos desde muy temprana edad. Luis Enrique, de 17 años, cuenta que tiene 6 hermanos en total, y que trabajan su mamá, su papá, un hermano mayor y él, quienes son los que se encargan de todos los gastos familiares. Él salió de la comunidad cuando cumplió 16 años hacia Quito, donde empezó a trabajar como ayudante de un maestro albañil, durante un año:

Yo me fui a Quito cuando tuve 16 años a trabajar en construcción, ayudando al maestro a pasar agua, revocando, haciendo la mezcla, subiendo a los andamios, trabajé seis meses y tenía la escuela hasta sexto grado. Mi afán de ir a trabajar era para tener plata, buena vestimenta, conocer amigos y ayudar con algo para la casa.

En Quito tuvo un horario fijo de trabajo, de 10 a 11 horas de lunes a viernes, pero demandaba que se levantara temprano por la mañana y que no pudiera continuar sus estudios:

Ahí en Quito trabajaba desde las ocho hasta las seis de la tarde, como era guambra me hacían trabajar más, pero yo me levantaba a las cinco, para ir al trabajo que era lejos.



Al hablar de los riesgos a los que Luis se ha visto expuesto en ese trabajo recuerda:

Los riesgos que tenía era esforzarme, porque si era pesado cargar algunas cosas como el saco de cemento, saco de arena; la verdad es que sí me daba miedo de caer de las alturas, porque me subía al andamio. Una vez me subí a la parte frontal de las fachadas de un edificio que un ingeniero estaba construyendo, ahí estaba dos días, cuando de pronto el ingeniero se dio cuenta y me bajó dijo que a él le multaban si me deja hacer eso, de ahí me pasó a la parte de atrás solo a lo bajo.

Sin embargo, la autopercepción del riesgo, más que el manejo de maquinaria o de instrumentos en el lugar de trabajo, se vincula más al hecho de sentir desprotección al estar fuera de la comunidad:

En el trabajo que tuve en las alturas cuando subía a los andamios, a veces también hay amigos inquietos que son de otro lado, como jóvenes invitan a tomar, a fumar o a veces a la droga pero sólo en uno está si quiere ser malo o bueno, también lo que me daba miedo era que me roben. Pero antes no me pasó nada.

Este elemento de la protección comunitaria aparece como propio de los pueblos indígenas tanto dentro como fuera de la comunidad y muestra un potencial interesante para ser utilizado como parte de la estrategia de protección del trabajo de niños, niñas y adolescentes indígenas. La protección comunitaria se recrea en las ciudades en varias prácticas: vivir juntos entre familias y miembros de una misma comunidad o sector, trabajar en la misma obra en construcción o vender en una misma zona de la ciudad, movilizarse en grupo dentro de la ciudad como forma de enfrentar la discriminación racial y étnica, todas ellas pensadas como mecanismos de protección.

Los y las jóvenes y adolescentes de esta comunidad, o de comunidades aledañas y que migran a ciudades como Quito, Guayaquil, Puyo, Pedro Vicente Maldonado, Santo Domingo en busca de trabajo, normalmente se encuentran y para abaratar costos del arriendo y de subsistencia deciden vivir

juntos. Es justamente lo que pasa en el barrio de San Vicente de la Florida, ubicado al norte de la ciudad de Quito:

Ahí arrendamos cuartos, y ahí estamos entre familia, con primos, cuñados, tíos, ellos saben la forma de trabajo y ayudan a conseguir un trabajito (Luis Enrique, 17 años, Rodeo Vaquería).

Ahí arrendamos todos los de esta comunidad. Por el mismo sector se arrienda entre dos o tres un cuarto que vale cuarenta dólares el cuarto, más luz y agua, y de ahí compartimos entre nosotros pero no hay camas, ni nada, se duerme en un cartón o en periódicos, en el suelo, cuando ya alguien compra una cama o un colchón se comparte.

Durante el año de trabajo, el adolescente no podía regresar continuamente a su casa en la comunidad, principalmente por falta de dinero, dependiendo de la obra o de la cantidad de trabajo le pagaban entre 60 ó 70 dólares semanales como máximo. Aunque Luis cree que se debe a que era “solo ayudante” pero también se debe a que muchos de los receptores entregan poco salario a los más jóvenes, bajo el pretexto del aprendizaje. Los gastos, aún a pesar de los esfuerzos por ahorrar, llegaban incluso a ser superiores al sueldo percibido, muchos de estos jóvenes y adolescentes se sienten satisfechos porque de todas formas consiguen ahorrar dinero que les permite decidir sobre sus propios gastos y para solventar otras necesidades familiares, como por ejemplo gastos de educación de hermanos o hermanas:

Comiendo allá mismo, ayudando para el pago del arriendo y para comprar una ropita, y unos útiles para mis hermanos y se acabó la plata.

Sobre la decisión de salir en búsqueda de trabajo, la noción más inmediata sigue siendo la falta de recursos económicos familiares para poder continuar la educación, luego la necesidad de experimentar como sus pares que han retornado a la comunidad con nuevas cosas e incluso más sofisticada que a las que ellos han podido acceder a lo largo de su vida en la ciudad, podría llamarse la adquisición de un estatus, tras la experiencia de una etapa de la vida en la que es culturalmente valorada “el comenzar a hacerse res-

ponsables” y la posibilidad de hacer dinero, con vistas siempre a la vida comunitaria:

Llega un momento en que ya salimos de la escuela y como no tenemos para ir al colegio, pasamos un tiempo en la casa y de ahí de ver a algunos amigos y vecinos de la comunidad que ya llegan puesto ropa buena, con cosas, celular, nos coge unas ganas de ir, de inquietud y de salir a ver cómo es otro lado, a conocer, y decimos a nuestros papás que nos vamos, pero siempre volvemos, porque la ciudad no es igual que aquí, aquí se tiene aunque sea papas para comer, allá es distinto, pero uno se vuelve también cansado porque el trabajo es duro, al menos de albañil o ayudante, es duro, a veces no se come por ahorrar, se trae algo de plata pero ya se acaba por ahí mismo. Es que si somos pobres y no tenemos todo para poder estudiar. Pero ahora estoy aquí y ya voy a ver si me voy de nuevo o voy a ver si trabajo aquí y estudio.

No hay que olvidar que el logro de los ingresos propios por parte de las y los adolescentes indígenas constituye parte de su proceso de socialización y del reconocimiento como adultos y comuneros activos en su lugar de origen. En este sentido el aprender cómo funciona el mundo no indígena a través del trabajo fuera de la comunidad que además les permite disponer de recursos monetarios constituye parte importante del estatus individual y del reconocimiento colectivo. No hay otra manera de lograrlo, la ciudad, el trabajo fuera de la comunidad, el vivir en el mundo del “otro”, del no indígena, permite a los y a las jóvenes indígenas ir forjando un camino de liderazgo y orientación con el paso del tiempo. Si esto se logra inclusive los riesgos laborales que deben enfrentar pueden hasta relativizarse, cuando la decisión es volver a la comunidad, casarse y salir periódicamente a trabajar fuera de la misma.

### **3.5. Trata con fines de explotación laboral y pobreza**

La trata de personas en el Código Penal ecuatoriano fue reconocido como delito en el año 2005, incluye acciones tales como la explotación sexual, la mendicidad y el reclutamiento para grupos armados; sin embargo no señala nada respecto a la explotación laboral (Diario Hoy, 06/09/09).

En este sentido, la trata por explotación laboral es un vacío legal por tanto no se juzga como tal, sino en relación con la violación de los derechos humanos: falta de pago de salarios, jornadas extendidas de trabajo hasta de 18 horas diarias, coerción, engaño, ocultamiento.

Según datos recogidos en lo que va de 2009, por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) se han encontrado alrededor de 117 casos de menores, víctimas del delito de trata, de los cuales 14 han sido captados bajo las características de explotación laboral (Diario Hoy, 06/09/09). Los principales países receptores según la misma organización son: Colombia, Chile, República Dominicana y Venezuela; las víctimas son menores de 18 años, de origen indígena sobre todo de la Sierra Centro y Norte.

En Ecuador se han ubicado varios “centros emisores” de explotación laboral de niños, niñas y adolescentes, fundamentalmente comunidades rurales indígenas y mestizas de la Sierra donde, según la información recogida, esta es una actividad que lleva aproximadamente una década. Se ha podido verificar que se han creado mecanismos sociales o se han modificado prácticas culturales, como el parentesco ritual con figuras como el padrino o la madrina de aretes, una figura que hace 20 años no era conocida.

Las pocas denuncias de los comuneros y de las mismas autoridades, tienen que ver con la participación directa en las ganancias que produce la red de tratantes (alrededor de 8.000 dólares anuales, según cifras de la OIM, por cada niño, niña o adolescente), las obligaciones producto de las relaciones de parentesco ritual con algunos de los miembros de las redes de tratantes o el miedo a represalias se traduce en que en comunidades como Atapo El Carmen, exista gran hermetismo alrededor del tema, en principio por el desconocimiento de los derechos, que hace a padres y a menores de edad ser “presa fácil” de los tratantes que actúan muchas veces bajo amenaza, o presión sexual, física, económica y social hacia las víctimas.

Actualmente hay acciones, todavía con poca cobertura nacional, de instituciones como el INFA o la DINAPEN, que conjuntamente con las juntas parroquiales o cabildos comunales están emprendiendo campañas de sensibilización y de alerta por la trata de personas; una acción concreta, consiste en el monitoreo diario en las escuelas, mediante el pasar lista para evitar y alertar de problemas de captación fuera de los colegios y escuelas.

Sin embargo, el tema de la deserción escolar sigue siendo preocupante, pues aunque la asistencia de los alumnos y alumnas en educación básica haya aumentado desde el 2007, y que los niños y niñas terminan la escuela y continúan los primeros años de colegio, la experiencia demuestra que sigue existiendo un alto porcentaje de adolescentes que terminan con la educación secundaria, siendo prioridad para ellos y ellas, conseguir un trabajo, ya sea por las condiciones económicas familiares o por los condicionantes sociales y culturales, que el ciclo vital indígena demanda de los jóvenes y adolescentes, como una prueba por la que aprenderán a ser responsables y expresan el final de la dependencia de sus padres, para abrir un nuevo ciclo, que tiene que ver con asumir la responsabilidad de su propia familia; es decir, lo que en el mundo indígena se entiende como participación social plena como comunero o comunera.

Un hecho que ha venido sucediendo dentro de la comunidad y del que últimamente los habitantes se están informando y sensibilizando, gracias a las acciones de la DINAPEN, de organismos internacionales, del propio Estado, tiene que ver con la trata de personas que son explotadas laboral (e incluso sexualmente) y llevadas bajo algún tipo de coerción o engaño a ciudades grandes como Quito, Cuenca y Guayaquil, o a países como Colombia y Venezuela. Ha causado dentro de la población de esta zona un fuerte impacto debido a que las víctimas han sido adolescentes y jóvenes de la comunidad, que por intervención de la policía, o en el mejor de los casos por exigencias propias de retorno, han vuelto a la misma. Al respecto un dirigente de Rodeo Vaquería dice:

Si se ha oído que algunos se han ido de migrantes, pero no ha servido de nada, de ahí más o menos si cuentan que se han ido a Colombia a Venezuela; pero no es como aquí que nosotros trabajamos para comer; allá tienen que sufrir y eso es malo. Entonces ahorita por el momento no se ha escuchado eso... algunos si han conversado que allá si es bien diferente, no es como por aquí.

Al averiguarle quiénes les llevan, responde:

No sé, más o menos, eso si no podemos identificar, unos señores de Colta dicen, de ahí no sé. De Colta creo que son más para allá a Colombia y Ve-

nezuela. Entonces ellos han llevado, otros también así por escuchar: te doy plata, tanto y tanto y con algunos engaños disque van llevando, entonces otros también por creer se van, entonces eso es...

Si bien el tema de la trata ha surgido hace poco entre pueblos indígenas, en principio no ha sido visto como un delito, entre otras cosas por el desconocimiento de los derechos individuales y colectivos o por la activación de lazos sociales basados en el parentesco ritual, lo cual no ha permitido su visibilidad de un tema que involucra a grandes redes compuestas por tratantes, dirigentes, políticos, servidores públicos e incluso padres y madres de familia en la venta indiscriminada de la fuerza de trabajo; tampoco se ha medido el impacto de los riesgos y de los efectos que ha tenido el trabajo forzoso o en situación de explotación sobre los niños, niñas y adolescentes, quienes finalmente han sido víctimas de esta situación.

Paralelamente el trabajo en derechos es mínimo y no está siendo impulsado por los dirigentes, sí señalan en cambio las pocas oportunidades de trabajo que tienen las personas dentro de la comunidad y de los altos índices de pobreza existentes que explica la salida a otras zonas. La atención de las autoridades está centrada principalmente en la consecución de obras de infraestructura y mantenimiento y no de fuentes de empleo.

La Comunidad de Rodeo Vaquería, tras el retorno de las adolescentes, se muestra preocupada e interesada en el tema. Los dirigentes tienen noticia por ejemplo de que las adolescentes llegan a trabajar de 16 a 18 horas diarias, o que los adolescentes que trabajan en construcción, sin contratos laborales, llegan a trabajar 10 horas por día, con salarios irrisorios.

Al preguntar sobre las razones por las que las familias y los niños, niñas y adolescentes toman la decisión de entrar en este tipo de tratos, además del desconocimiento, el engaño, prima sobre todo la falta de recursos y el deseo de adquirir un nuevo y mejor estatus dentro de la comunidad.

Luego de que los adolescentes y jóvenes salen de la comunidad en busca de trabajo, sea como obreros o como empleadas domésticas, con algo del dinero ahorrado, es también habitual que ellos y ellas y sus familias, adquieran uno o dos animales para la crianza y venta, y así obtener una pequeña ganancia, el dinero también lo invierten en comida, ropa o útiles escolares para los hermanos más pequeños:

Por falta de recursos económicos, porque aquí sinceramente somos pobres pero más se van los jóvenes, cuando ya terminan la primaria, salen pero algunos prueban la vida y vuelven a la comunidad a estudiar o trabajar la tierra.

Se compran ropa y animales, los jóvenes quieren vestirse a gusto de ellos y nada más, eso los padres no les podemos dar porque hay que mantener a siete hijos... y eso es bastante.

De la misma manera que el resto de las personas adultas y jóvenes, los padres y las madres de la comunidad consideran que es necesario que los niños y niñas participen de las labores, trabajo y actividades comunitarias. Dicen que no saben por qué algunas instituciones se oponen a que los niños y niñas hagan estas actividades, puesto que es “una ayuda para la familia, y así aprenden a trabajar la tierra”.

Celina Moreno, funcionaria del Centro de Protección de Derechos de Chimborazo, comenta sobre el trabajo que ha venido desarrollando en la zona de Maguazo, y en particular con la comunidad de Rodeo Vaquería, donde se identificaron seis casos concretos de trata. En todos estos casos, la edad de los y las adolescentes no sobrepasaba los 18 años, reclutados por personas residentes en Colta, de la comunidad de Yavirac, ofrecían un pago de 1.000 dólares por el año de trabajo. De estas personas han podido retornar cinco por acciones del INFA y de la DINAPEN.

Según la opinión de esta funcionaria, la situación económica de las familias de algunos de estos menores no es mala, en el sentido de que tienen recursos suficientes como para la subsistencia; se trata en general de familias numerosas:

Creo que son de nueve a diez hijos por familia, entonces por esa situación se les hace difícil, esto hace que las hijas puedan salir a trabajar a Colombia o a Venezuela. Y más que nada yo creo también que es la parte que les ofrecen 1.000 dólares en el año y para ellos se les hace bastante. Pero si vemos del otro lado, en cambio, ellas regresan enfermas, quizás abusadas de los jefes; entonces en esa parte se ha concientizado con los de la comunidad y sí creo que fue buena la intervención porque los dirigentes están ahora como cuidando que los adolescentes no salgan y más que nada están tratando de que

ellos se vayan a estudiar en la Academia de aquí de Maguazo, también están yendo alumnos al colegio de los Pepines y otros alumnos están en el Velasco Ibarra de Guamote.

Según la información que se ha obtenido de las víctimas, fueron trasladadas por personas indígenas de Colta en camiones para el transporte de aves hacia la frontera norte; para cruzarla fueron escondidos entre los cajones. Los tratantes, pese a que ofrecen aumentar el sueldo a los y las adolescentes como mecanismo para que no regresen y no levanten sospechas, no se arriesgan a tenerlos por más de dos años, el primer año les entregan 1.000 dólares y el segundo año suben a 1.400 dólares.

De los datos obtenidos por el Centro, los y las adolescentes trabajan en jornadas de 18 horas diarias, y se dedican a trabajar en el comercio de ropa, zapatos, servicio doméstico. Al momento del retorno las organizaciones que participaron hicieron todos los exámenes físicos y psicológicos en cada caso, se notó gran afectación y períodos depresivos en las chicas, se intentó hacer ejercicios motivacionales con cada una de ellas y sus familias para que continúen los estudios o emprendan negocios, desgraciadamente las instituciones públicas y privadas que trabajan el tema han dejado de entregar recursos para que éste sea un proceso continuado.

En la actualidad, de los casos de retorno investigados, sólo uno se ha llevado hasta instancias judiciales, se dieron procesos de careo entre la familia de la víctima y los tratantes. La sensibilización que ha habido en el cantón Guamote tras el retorno de las adolescentes ha tenido fuerte impacto, reduciéndose la cantidad de jóvenes y adolescentes que son reclutados, por lo menos en lo que corresponde a Rodeo Vaquería la gente ahora manifiesta estar más alerta frente a este tipo de situaciones.

En Rodeo Vaquería, para efectos de este estudio, se tomaron tres casos, con la particularidad de que las víctimas son chicas de entre 15 y 17 años, todas con familia en la comunidad y que son casos de retorno, conocidos entre los habitantes de la zona. Como ejercicio comparativo se tomaron también cuatro casos de la comunidad de Atapo El Carmen, dentro del mismo cantón de Guamote, se trata de una comunidad que actualmente está enfrentada a nuevos casos de trata por lo cual el acercamiento fue más difícil, ya que hay gran hermetismo y miedo a hablar.



Vale la pena señalar algunos elementos específicos de la trata por explotación laboral en el contexto indígena: se producen en zonas donde la pobreza es extrema, tanto a nivel de ingresos como de consumo, se trata de zonas deprimidas económicamente en las cuales no existen opciones de empleo productivo ni en el corto ni en el largo plazo, la educación de los padres y madres es mínima, la mayoría son analfabetos, muestran un bajo grado de relación con la economía de mercado, en especial de circulación de dinero, en este contexto hablar de un salario anual de 1.000 dólares parece mucho dinero.

Otros elementos específicos más de carácter cultural es la vigencia de lazos de parentesco consanguíneo, por afinidad y ritual, relaciones que son activadas como medio de presión social por los tratantes para evitar ser descubiertos, desconocimiento de los derechos individuales, colectivos y laborales que impiden cualquier reclamo para su cumplimiento, los tratantes son igualmente indígenas que han migrado fuera del país y han logrado cierta acumulación de bienes que les permite cumplir el rol de “benefactores” de familias pobres necesitados de ingresos y, finalmente, las organizaciones comunitarias existentes se enfrentan a nuevas formas de explotación que son en principio solapadas por prácticas socialmente reconocidas pero que en verdad son delitos sancionados drásticamente por las leyes nacionales e internacionales.

A continuación algunos casos recolectados durante la investigación:

### **Caso 1: Olivia**

Wendy Olivia, de 17 años es de la comunidad de Rodeo Vaquería, tiene cinco hermanos; una hermana de padre y madre, que está casada y vive fuera del hogar, una de quince años, uno de trece, uno de cinco y el menor de cuatro años. Olivia vive en la casa con su padre, su madrastra y sus hermanos. Estudió hasta el sexto año de educación básica, a los 15 años fue llevada para Colombia, no está segura si su padre y la pareja que la llevó firmaron un contrato, sólo recuerda que un día, cuando llegaba de Pallatanga una mujer le dijo que fuera con ella a trabajar en Colombia, porque ella vivía ahí:

Cuando yo regresé de por abajo, de Pallatanga, dijo una señora que está por Colombia que si es que quiero ir a trabajar vamos; de ahí le dije que bueno

y... qué se hace ahí dije y ella dijo disque es de salir a vender y así cocinar. De ahí, yo dije bueno, entonces voy a ir para allá y me fui. Me pasé ya digo un año con cinco meses y de ahí vine.

Ella no conocía a esta mujer antes de viajar para Colombia, según lo que Olivia relata, esta mujer sirvió de nexo entre “unos señores que habían sido contratistas para Colombia, a Venezuela”, uno de estos señores es quien la llevó a Colombia. Carmen, la mujer indígena para quien trabajó en Colombia tiene propiedades por la zona de Galte, cercana a la comunidad de Rodeo Vaquería.

El trayecto por el que atravesó Olivia desde que salió de su comunidad fue el siguiente:

Me llevaron de Guamote a Riobamba, dormimos en Riobamba con esa chica mismo y ella dijo: *ya no voy a ir yo, vaya no más usted solita*. De ahí fuimos y llegamos a Lago Agrio, que dicen. Luego ese señor me llevó a Colombia.

Al preguntarle sobre el tipo de documentación que estas personas presentaron en la frontera, y al ser ella menor de edad, nos dijo que:

No, nada nada, así nomás escondiendo llevaron en TransFrontera. Preguntó *¿a dónde va esta chica, a qué va dijo?*; de ahí dijo: *no, solamente se va a visitar a una familia*. De ahí a mí dijo ese señor que le diga que estoy yendo a visitar a una familia, si no va a hacer pasar. Y yo dije *¿y cómo así, no tenemos que sacar la cédula para pasar?*; de ahí dijo no porque escondiendo estamos llevando a ustedes a que trabajen”<sup>4</sup>.

La misma situación sucedía en cada zona de revisión migratoria, y en otros casos el hombre que la trasladaba aducía que la adolescente era su hija, y pasaban los controles sin mayor problema; el viaje duró alrededor de cuatro días en bus de pasajeros. Cuando llegó a Colombia se acuerda que llegó a una casa de dos pisos donde vivía una pareja y un hombre joven.

4 La informante habla de la persona que la llevó hasta Colombia, el nombre de esta persona es Francisco, la esposa se llama María y el contacto en Galte (aunque no tiene certeza, se llama Carmen), la pareja de ecuatorianos residen en Colombia.

Olivia salió hacia Colombia segura de tener un contrato de trabajo para un año, pero se quedó cinco meses más, señala que ella directamente dijo a la pareja que quería regresar. En el período que permaneció en Colombia no recibió ningún pago del sueldo, subsistía con pequeños ahorros; para la forma del contrato se dio un adelanto de 300 dólares al padre de Olivia, como condición para que ella pudiera salir a trabajar. Solamente cuando ella decidió que no quería seguir en Colombia, el “jefe” a regañadientes la llevó hasta Lago Agrio y le entregó los 1.000 dólares que se había acordado.

Olivia cuenta que fue trasladada ella y otra chica de Galte, y que cuando llegaron a Colombia estaba ya una chica vecina de Rodeo Vaquería. A Olivia le costó casi 5 meses poder adaptarse a la vida allí, las jornadas de trabajo eran fuertes (nunca antes había trabajado afuera de la casa), debía levantarse a las cuatro o cinco de la mañana, junto con las otras dos chicas debían limpiar, arreglar la casa, cocinar, lavar, alimentar a los perros; a las nueve de la mañana más o menos debían salir a los almacenes de los jefes a vender zapatos, pantalones, camisetas, botas de caucho con las otras dos chicas. Esta jornada se repetía incluso los sábados y domingos:

Todo el día, así sábados y domingos, siempre trabajábamos; hasta venir trabajábamos sábado y domingo, desde las cuatro hasta las diez, mínimo diez u once sabíamos trabajar.

Los jefes tenían tres almacenes, Olivia se quedaba sola todo el día en el almacén donde vendía químicos para la fumigación de cultivos de fréjol, tomates, papas; estaba en contacto casi todo el día con lo que ella llama “venenos”, expuesta además a riesgo de intoxicación, toda la mercadería era llevada desde Ecuador.

Las otras dos chicas, según lo que relata Olivia, debían regresar a la casa a las tareas domésticas, cuando se les permitía almorzaban a las dos o a las tres de la tarde, o se quedaban sin comer hasta la noche. Olivia, aprovechando que pasaba la mayor parte del tiempo fuera de la casa, compraba cosas para pasar el hambre. Fue un tiempo difícil, ella y sus compañeras lloraban y querían regresar a sus casas:

Sí, a los cinco, siete meses me enseñé; lloraban otras chicas y yo también lloraba. Querían regresar: *ya no enseñamos, aquí es feo*, decían. De ahí conmigo no portaban mal, sólo el jefe portaba mal conmigo, la señora si estaba bien.

Cuando se le preguntó sobre los riesgos a los que tuvo que enfrentarse en ese trabajo, o si vivió algún tipo de abuso, señala que el señor de la casa donde trabajaba, varias veces intentó tocarla, ella se refiere a los “abrazos” que quiso darle, a los que ella puso freno, y que también intentó con sus compañeras. Olivia cuenta el tipo de maltrato que recibían y la vez en que el jefe trató de abusar sexualmente de ella:

No, a mí no me quería pegar nada, hablaba así como un padrastro hablaba, así nomás era. Sí, una vez me tocó, quiso tocar a mí, de ahí avisé a mi papá y dije: *ese jefe quiere abrazar a mí* y yo avisé a la señora y con la señora peleaban, dije a mi papá. De ahí mi papá dijo que regrese y el jefe dijo que no va a volver a hacer nada, no va a volver a tocar en el cuerpo, dijo que siga nomás trabajando hasta un año, dijo. De ahí yo dije no; *si es que es así, yo no vine para eso, yo vine a trabajar*, dije. Luego el jefe portaba mal conmigo, sólo bravo, cada día pasaba bravo. Cuando no estaba él ahí, cuando bajaba a Lago Agrio, así nomás pasaba tranquila solita.

A ellas<sup>5</sup> tan así mismo disque hacía, a ellas disque hablaba cuando cocinan, cuando asean también disque no hacía caso dijo que: *habla feo, cuando trapecamos también la señora cogiendo el trapeador*, dijo, no sé a mí nunca me han hecho eso, pero a ellas hacían así, disque es feo, dijo.

Sí, me quiso abrazar y como yo paraba siempre en la puertita nomás, cuando estaba ahí el patrón, yo no dentaba al fondo, nada entraba, así en la puerta nomás paraba. Y ahí pues quiso abrasar y yo dije no, *yo no soy para eso* y llegó un cliente; como estuvo hablando luego dijo: qué te pasa y los colombianos dijeron: *¿Por cuánto trajeron?*, así preguntaron y yo dije por mil dólares. De ahí dijo: *qué va a ser por mil dólares, muy poquito, aquí hacen ni sé qué, de un año más de mil, ni sé como dijeron*. Era el mismo que trabajaba al frente nomás, tenía otro al-

---

5 Refiriéndose a sus dos compañeras.

macén, ahí me preguntó: *¿Qué te estaba haciendo?*, dijo y yo dije: *me quiso abrazar y yo dije que no, yo no soy para eso*; de ahí dijo *no chica, usted no va a dejar que abrace nada, ese viejo enseñado creo que es*, dijo. Otra chica también que disque ha venido, que disque sabe ser enseñada con el patrón, dijo.

En el tiempo en que Olivia fue captada por la mujer de la comunidad de Galte, se enteró que eran en total seis adolescentes los que estaban por ser trasladados, tres a Venezuela (dos mujeres y un varón) y las otras tres a Colombia, en el grupo en el que estuvo Olivia junto con Dolores, todos vecinos de Rodeo Vaquería. El contacto de Galte alentaba a chicos y chicas para que viajen, los engaña diciendo que el trabajo es bueno y bien pagado, a manera de recomendación los engaña a ellos y a sus familias. La red se compone además de esta persona (hombre o mujer) que se encarga del traslado, de los trámites correspondientes en la frontera y de “entregar” la menor al “patrón” en determinado punto de la ciudad de destino.

#### Caso 2: Norma

Norma Eva tiene 17 años, es también de la comunidad de Rodeo Vaquería, es otra “víctima retornada” desde Colombia, estuvo junto con Dolores y con Olivia en la misma casa. Tiene cinco hermanos menores que ella, el padre trabaja como oficial de la construcción y su madre trabaja en la casa.

Ella estuvo nueve meses en Colombia, pero su contrato fue de un año. Le pagaron a su regreso 1.000 dólares con los que pudo adquirir pollos para la venta, con las ganancias volvió a invertir en pollos y una vaca, lo que sirvió para solventar algunos gastos familiares.

“Don Francisco”, como Norma llama a la persona para la cual trabajó, tiene 2 hijos y una hija, la hija vive en Venezuela, el un hijo en Colombia (en la misma casa) y el otro en Lago Agrio. El trabajo no lo hacía con su vestimenta habitual sino que se ponía jeans con chancletas, dice, aunque no quería hablar directamente, señaló que ella no volvería porque extrañaba mucho a sus padres, y aconseja que otras chicas tampoco vayan:

No..., ya no pienso volver... Sí extrañaba yo a mi mami, mi papi, mis hermanos, así.

Preguntada sobre que aconsejaría a otras jóvenes que quieran ir, dijo:

Le dijera no vayas porque ahí sabe extrañar al papá a la mamá, así. Que no vayan, cuando muera papá o mamá con qué vamos a vivir; por eso no me voy yo, no me he de ir tampoco.

Después del retorno Olivia decidió entrar al colegio técnico para aprender sastrería. Norma aún no está estudiando pero quiere entrar al colegio cuando las condiciones económicas en su familia mejoren; de Dolores se sabe que está trabajando como empleada doméstica en Cuenca.

Dentro de la comunidad Atapo El Carmen se escogieron cuatro casos de los que se llegó a conocer mediante informes de la DINAPEN. Son los casos de menores de edad retornadas gracias a investigaciones previas de agentes de la policía especializada en la frontera con Colombia, se pudo interceptar en marzo de este año, dos taxis con menores de edad. Un fragmento del parte policial al que se pudo tener acceso (son datos confidenciales) señala lo siguiente:

Se pudo percatar que en dos vehículos tipo taxi de las cooperativas Atahualpa y Rápido Nacional viajaban adolescentes por lo que se procedió a bajarles de los vehículos y procediendo a preguntarles de donde viajaban y hacia donde iban, manifestando que venían de la provincia de Chimborazo y que solo se iban a pagar una promesa a la virgen de Las Lajas de Colombia, del cual se les solicitó sus respectivos documentos, quienes presentaron sus respectivas cédulas de identidad: Nancy Inés Yumbillo Ortiz, María Delfina Roldán Guaraca, María Lorena Guaraca Roldán, María Rosa Yasaca Chuquimarca. Todas las adolescentes son de la provincia de Chimborazo y se procedió a llamar por teléfono, pudiendo comunicarse con el señor Segundo Guaraca, padre de una de las adolescentes, quien supo manifestar que su hija debía viajar a con una señora de nombres Juana, con la finalidad de trabajo por el tiempo de un año y que después de ese tiempo la regresaría a ese hogar y que no sabía nada más. Por lo que las adolescentes fueron llevadas hasta el Hospital Luís G. Dávila” (Fuente: archivo documentado DINAPEN, 1 de marzo de 2009, carácter reservado).

**Caso 3: María Rosa**

María Rosa (14 años) es una de las adolescentes que fue retornada; ella cuenta que una pariente política de su hermano mayor (María Lorena) le comentó que ella iba a viajar hasta Colombia para trabajar en la venta de ropa; José, su hermano le transmitió esta inquietud a María Rosa. Ella se entusiasmó con la idea de conocer otro país y de ganar su propio dinero. Un sábado resolvió ir con otras dos chicas, incluida María Lorena, sin haber comentado nada del viaje a sus padres. Las tres menores de edad (Lorena, 17 y Delfina, 14), según lo que relata María Rosa, salieron solas del terminal terrestre de Riobamba hasta Tulcán, y llegaron a las 7 de la noche, allí se quedaron a dormir. Luego dice que la “señora” mandó un taxi a las diez hasta el hotel donde se quedaron, desde ahí se trasladaron a Rumichacha.

En el control fronterizo en Rumichaca, los policías les pidieron sus cédulas, y como vieron que se trataba de menores de edad les impidieron el paso; en ese momento sintió mucho miedo, lloraban porque las regresaron hasta Tulcán, luego de una semana y media ya estuvo de regreso a la comunidad, la mujer que hacía de “contacto” no apareció durante lo ocurrido en el control.

Este episodio, por lo menos para María Rosa, parece haberla impactado; al preguntarle si lo volvería a hacer dice tener miedo porque no tuvo quién respondiera por ellas en la frontera y porque los policías además amenazaron con ortigarlas. Ella responde de esta manera:

—¿Y te volverías a ir?

—No porque me da miedo.

—¿De qué te da miedo?

—Porque ya cogieron los policías, me da miedo ellos mismos hicieron asustar, nosotros vamos a pegar con las ortigas, dijo.

—¿Será mejor que ortiguen a esa señora?

—A esa señora, porque esa señora me fue llevando, y no asomó.

A ella como a las otras chicas, se les ofreció un contrato para un año, con un pago de 1.000 dólares, en estos casos, ninguna recibió un anticipo. María Rosa estudió hasta sexto grado de escuela básica, quiere estudiar y trabajar sobre todo porque su papá está enfermo y su familia no tiene dinero. Se dedica a trabajos dentro del hogar, cuida a su sobrino pequeño.

#### Caso 4: María Lorena

La madre de otra de las víctimas, María Lorena, de 17 años<sup>6</sup>, relata la historia de su hija y del contexto en el que conoció a la persona que funcionaba como “contacto” para el reclutamiento de menores de edad. María Lorena trabajaba en Riobamba como empleada doméstica, donde conoció a Juana Guamán, quien ya había trabajado un año en Colombia, igual que los padres de Juana. María Lorena se quedó trabajando en Colombia un año. En la opinión de Rosario, su hija jamás fue maltratada en Colombia, al contrario, cree que recibió buen salario (le ofrecieron 1.600 dólares), buena ropa:

Se fue llevando a mi hija, vino trabajando un año, ya regresó en cinco de mayo, ya va a ser 8 meses, y viene cinco de mayo ya cumple año, y cinco de mayo ya está aquí, hasta ahora bueno buen tratamiento, buen vestido, buena comida, anda, nada no está maltratada, si maltrata que va a mandar a los hijos con gentes ajenas no puedo comprometer, como es conocido ellos también vinieron a la casa por eso mandé a mi hija, hasta ahora bueno está, hablando la verdad había atrancado en Rumichaca estaba yendo ya para allá el cuatro de febrero así era y se fue llevando, había atrancado en Rumichaca por esos papeles había venido a Riobamba (Rosario Roldán Pullay, 42 años, madre de víctima).

Luego del retorno y del viaje fallido, Rosario refiere que unas personas fueron dos veces a su casa para averiguar las causas de esta decisión de enviar a María Lorena a trabajar en Colombia, ella explica que esta experiencia de trabajo es necesaria, más allá de lo económico, porque es un aprendizaje para el futuro de la joven, lejos de su madre:

6 No se pudo conseguir la entrevista con las otras víctimas; hablan sus familiares más cercanos.



Ellos vinieron dos veces, dijo. El licenciado Carlos, dijo, ellos dos veces vinieron así mismos a que conversen a ver cómo está, por qué se fue, porque mandaste, dijo, no es por mandar, no es por decir vaya anda trabaja, ya tiene para ella mismo, tiene cualquier cosa necesitando, algún día no a de vivir solo conmigo, puede casar, puede hacer un hogar matrimonio para ella, futuro de ella tiene que hacer cualquier cosa ya. No puedo decir aquí estate nomás conmigo.

Como trabajaba, trabajaba en Ambato, trabajaba en Riobamba, ella ya andaba con otras gentes, con otras personas, ya sabe conversar, ya ella misma ya conoce cómo es otras gentes de otros partes, de otros lugares, como son ya libertad, ya no puedo decir nada para ella mismo, cualquier cosita puede hacer pues (Rosario Roldán Pullay, 42 años, madre de víctima).

María Lorena estudió toda la primaria, luego, según lo que cuenta su madre, no quiso entrar al colegio, a los trece años fue a trabajar en la casa de una profesora en Riobamba:

Ese tiempo tenía unos trece años, salió de escuela, todavía chiquitica, llevó con la profesora de aquí mismo de la escuela. Con ella ya en ciudad, ya enseñaba, así trabajando, trabajando, ya cogió camino largo (Rosario Roldán Pullay, 42 años, madre de víctima).

María Lorena, en esta segunda vez logró pasar hasta Colombia con una prima más de nombre María Clara (18 años), está trabajando en la casa de Juana Guamán y del esposo. Lleva allá ocho meses y cuando cumpla un año ofrecieron pagarle los 1.600 dólares, según Rosario su madre:

Al año es, ahí le da todas las ropas, toda la comida como que está en la casa, ya toda libertad tiene ella, como solita está trabajando allá, como no tiene hijos los que llevaron, este que se fue, recientemente había tenido un hijo, como papá como mamá, el día viernes de tarde llamó, ellos mismos llamaron de allá, el Alfonso Salazar es y Juana Guamán, ellos son.

Preguntada sobre cómo se comunicaba con su hija, explica:

Cuando tengo plata llamo, yo llamo de aquí, ella también cada ocho días, quince días, ellos mismos que llevan llaman, no dejan así (Rosario Roldán Pullay, 42 años, madre de víctima).

María Lorena trabaja, según la versión de la madre, sólo en la venta de ropa en un almacén en Medellín, no conoce si ha estado expuesta a algún riesgo y dice que si fuera así ella no la dejaría ir. Sin embargo, por lo que cuenta la propia madre tiene jornadas extendidas de trabajo:

No. No. Si es que sigue riesgo para qué va a mandar, uno también para qué va a mandar, uno también se sabe, cómo es, cómo anda, por eso mismo no queríamos mandar, ya saben conversar a las diez de la noche está llegando en la casa, a las doce de la noche están comiendo, siguiente mañana a las tres a las cuatro de la mañana ya están en calle, yo eso estaba preocupada por mi hija, llorando, llorando, andaba (Rosario Roldán, 42 años, madre de víctima).

Señala además que todos estos problemas se solucionan cuando ella recibe el sueldo ofrecido, aunque sin contrato. Rosario se siente segura porque “don Alfonso” le había asegurado que él mismo se iba a encargar de abrir una cuenta para depositar el dinero del sueldo de la joven. Este fue el mismo ofrecimiento que le hicieron a María Lorena la primera vez, respecto a si firmaron un contrato de trabajo comenta:

No, nada, nada, así no más de boca, así primera vez que se fue, así mismo se fue, así hablamos de boca, mi marido dijo si es que no se enseña por favor que me dé trayendo sea dos meses, sea un mes, sea quince días, sea ocho días que estese aquí, pero que no haga pasar tanto tiempo, si no enseña. Nosotros seguíamos llamando, llamando como donde quiera sabía enseñar a estar, hasta ocho días dizque extraño, después de ocho días nada, más mejor como que está en la casa yo enseñé, decía, casi no vino regresando voy a cumplir unos tres o dos años voy a estar aquí, tanto diciendo vino. Aquí llegando dijo, mami, yo me voy, vengo a ver, yo voy a regresar, manden nomás, ya estoy enseñada, ropita no quería vestir. Como es aquí mismo ha sabido vestir, anacos de tela, bayetas de tela, ni collares, ni aretes, ya no quiso poner, ya

quería poner sólo de telas, no quería poner ni sombrero, en la comida en otras ya es otra, eso, no enseñando, dijo, me voy nomás... yo no atajé. De Azogues también vino a llevar un señor, sin conocer, no sé quién también sería, dijo que venda en almacén, quiso pagar cien dólares, no quiso y no quiso, acasito estando cerca, pero no quiso, me voy, me voy como allá es buena gente, ya conozco cómo es de andar, cómo es, como es buena persona, ella quiso ir, yo también mandé.

Después de que María Lorena y las otras dos chicas retornaron en febrero de este año, los padres y madres al parecer quedaron alertados sobre las cosas a las que les conviene contestar y a las que no. Evidentemente para la madre de María Lorena las cosas en Medellín se están dando tal como les ofrecieron, y eso se evidencia para ella en cosas como la ropa que está usando ahora su hija, en las cosas que puede comprar, en cómo la tratan:

Como ella dice: Yo paso, a veces vendo bastante... pero ahí estoy, a veces la dueña llega allá, a veces no va ella, ella solita ha sabido pasar, pero a las doce ya está llegando almuerzo, si no cocina en la casa va a hoteles a restaurante, ahí dizque come.

Tres comidas diarias, ellas dizque daba uvitas, cualquier cosa, cualquier frutas ha sabido dar, como a guagua tierno ha sabido cuidar, para que degana, buena gente era, por eso mandé... (Rosario Roldán Pullay, 42 años, madre de víctima).

Los padres, al cumplirse el año no quieren que vuelva a irse, quieren que se quede como compañía y ayuda para su madre, aunque saben que "ella está acostumbrada a vivir en las ciudades" porque desde los trece años que salió de la casa a trabajar ha vivido en Guamote, en Ambato y en Riobamba, dicen que no le gusta su comunidad.

La familia de María Lorena está integrada por doce personas, su papá que trabaja como albañil en Riobamba, gana entre 60 a 80 dólares semanales, la mamá trabaja en la guardería comunitaria y gana 120 mensuales. Dos de los nueve hijos ya viven afuera, siete todavía viven en la casa, y de ellos todos son menores de edad, tres de los hijos no estudian, trabajan en la casa, con

los ingresos familiares más el bono de desarrollo humano logran pagar el arriendo de la casa, la luz y el agua, el estudio de los otros hijos que si asisten a la escuela, más comida y otras necesidades importantes, como en casos emergentes por ejemplo en salud. Los hijos que no estudian o en las vacaciones escolares salen a buscar trabajo como oficiales en obras de construcción en Riobamba, Quito o Cuenca; estas salidas no son por más de 15 días a la vez, dice Rosario, la madre. Las hijas mujeres van hasta Guamote, no se señala el tipo de actividad, pero puede relacionarse con los días de feria.

Para finalizar, es importante señalar algunas regularidades que definen de alguna manera la trata con fines de explotación laboral entre los y las adolescentes indígenas investigados. Una primera es que los involucrados son niños, niñas y adolescentes entre los 12 y 18 años, con cierta predominancia de las mujeres sobre los hombres. Sus familias forman parte de comunidades indígenas empobrecidas que requieren de ingresos económicos para alcanzar el nivel mínimo de consumo, las personas que hacen de contacto y les conducen a los lugares de destino son también indígenas y de comunidades vecinas; las personas para los cuales trabajan son indígenas que han migrado fuera del país (Venezuela y Colombia) y que poseen negocios o microempresas propias en el lugar de destino.

Los tiempos de permanencia van entre uno y dos años, la negociación inicial es por un año con posibilidad de extender un año más. Hay una red de personas cómplices pero de las cuales se conoce muy poco: autoridades indígenas, notarios locales, policía de migración ecuatoriana, policía de migración de otros países y transportistas. En los lugares de destino trabajan como empleadas domésticas, vendedoras de almacén y operarias de talleres textiles. Desgraciadamente poco se puede decir sobre las condiciones de las y los adolescentes en los lugares de destino, lo más notorio son los procesos de adaptación a las nuevas situaciones de vida y el alejamiento de la familia y la comunidad, este tema requeriría de una investigación *in situ* que actualmente no se tiene.

Finalmente, al retornar a la comunidad se observan dos situaciones: retoman su formación educativa o definitivamente optan por seguir trabajando en ocupaciones que aunque no están inscritas en un proceso de trata por explotación laboral, si les obliga a dejar nuevamente la comunidad.

#### IV. Recomendaciones

Las recomendaciones están formuladas con relación a los hallazgos realizados para mantener una cierta correspondencia en su comprensión. Se hace indispensable un proceso sistemático de formación en el tema de derechos de los niños, niñas y adolescentes dirigidos a las autoridades de los pueblos indígenas y a las autoridades de los gobiernos locales (rurales y urbanos) en donde están asentados mayoritariamente estos pueblos. Se pudo verificar no sólo un alto desconocimiento sino un grado de tergiversación y manejo de las normas y leyes en vigencia. No hay que olvidar que muchos dirigentes y autoridades están vinculados de alguna manera, por medio del parentesco consanguíneo, por afinidad o ficticio con las personas que proporcionan trabajo a los niños, niñas y adolescentes; esto de alguna manera les involucra en el problema y puede ser un obstáculo para su solución.

Existe una relación directa entre el nivel de ingresos económicos de las familias, la incorporación a la economía de mercado y el acceso a la educación. Las familias kichwa asentadas en Guayaquil obtienen mayores ingresos que los generados por las familias kichwa de Sarayacu o de Chimborazo, la diferencia más ostensible es que los y las adolescentes del primer caso terminan el colegio mientras que en los otros dos casos apenas terminan la escuela y abandonan los estudios para ir a trabajar a partir de los 12 años. Ante esta evidencia, en las áreas indígenas con una baja articulación a la economía de mercado se deberían impulsar emprendimientos productivos que les generen a las familias indígenas ingresos más significativos y de esta manera evitar que acudan al trabajo infantil.

La carga horaria en el trabajo de niñas y adolescentes mujeres sigue siendo un tema de preocupación, en las etnografías aquí presentadas se evidencia una inequitativa distribución de las tareas del hogar, que casi siempre recaen en las hijas mujeres, principalmente entre las de más edad, debiendo cumplir además con las tareas de la escuela y las actividades laborales. Es necesario que dentro de la legislación vigente y de los proyectos de ley sobre el trabajo infantil se trate claramente sobre el tema, sobre todo visibilizando que las tareas domésticas entran también en la categoría de trabajo, y que se haga un cálculo real de las horas que las niñas y adolescentes destinan a estas

actividades, utilizando para esto la normativa aprobada por la OIT de un máximo de 28 horas a la semana.

Con relación al trabajo doméstico remunerado que realizan sobre todo niñas y adolescentes mujeres, se hace necesario que los inspectores de trabajo generen procesos enfocados a determinar la cantidad de horas laborables, afiliación a la seguridad social y demás beneficios que las menores de 15 a 17 años no reciben, sobre todo por el grado de desprotección y vulnerabilidad a que están sujetas. Un proceso similar podría implementarse en el trabajo de niños, jóvenes y adolescentes en la industria de la construcción y en el comercio informal, que es donde hemos encontrado un mayor número de historias en estas etnografías, recogiendo las buenas prácticas que por ejemplo se ha logrado en otros sectores empresariales como la floricultura y las bananeras. Para esto es necesario una mayor presencia del Estado por intermedio de instancias como el Ministerio de Relaciones Laborales o el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

En el caso de estas dos actividades –trabajo doméstico en hogares de terceros y construcción– dada su naturaleza y las condiciones en las que se realizan podrían ser consideradas peligrosas, por tanto no se debería permitir la utilización de mano de obra infantil y adolescente. Esta recomendación exigiría una reforma legal al Código de la Niñez y al Código del Trabajo.

Hay también una alta valoración por parte de las personas de las comunidades estudiadas a los ingresos económicos obtenidos por parte de los niños, niñas y adolescentes, la concepción de “ayuda” que tienen los padres y madres debe ser esclarecida y debatida, en especial cuando se evidencia el número de horas de trabajo que invierten niños, niñas y adolescentes que, en muchos de los casos reseñados, es superior a 40 horas semanales. En realidad es un proceso de sinceramiento ya que se trata de trabajo infantil en todo el sentido de la palabra. Esta verificación ameritaría políticas de protección laboral que protejan el trabajo infantil y que tienda en el menor plazo posible a su desaparición, sobre todo si se trata de trabajo infantil peligroso o de las peores formas de trabajo infantil.

Hay que recordar que el Ecuador como país se ha comprometido en cuanto a los plazos a eliminar el trabajo infantil explotador según lo previsto en la Agenda Hemisférica de Trabajo Decente (OIT, Brasilia), es decir, terminar con las peores formas en el año 2016 y con todo el trabajo infantil en el año 2020.

Persiste la ambigüedad respecto al tema de la educación de los niños, niñas y adolescentes que trabajan, los padres y las madres valoran que sus hijos e hijas ingresen a la escuela, sin embargo se nota una priorización del trabajo sobre la educación, ya que el resultado del trabajo es nuevos ingresos para la familia, lo cual permite el acceso a la satisfacción de las necesidades básicas (alimentación, vestido, educación y salud). Los bienes materiales que adquieren adicionalmente les permite mejorar su estatus dentro de su comunidad o barrio, el grado de “éxito” de cualquier persona que sale a trabajar es generalmente medido por la cantidad de ingresos económicos que obtiene cuando retorna. Ante esta situación la recomendación es que las políticas públicas sobre trabajo infantil deben ser desarrolladas en forma gradual y a la par que las políticas educativas con el fin de que se invierta la relación, más educación y menos trabajo infantil.

Otro aspecto relacionado con la educación tiene que ver con la manera cómo los padres y madres perciben los recursos destinados al estudio de las hijas: se lo ve más como un gasto que como una inversión, esto en contraste los recursos dirigidos a la educación de los hijos, que al independizarse económicamente más rápido que las hijas mujeres dependen menos del patrimonio de los progenitores. Estas verificaciones muestran la necesidad de incorporar el enfoque de género en la elaboración de políticas educativas dirigidas tanto a niños y niñas indígenas.

Una percepción generalizada es que los maestros y maestras de las escuelas y colegios a los que asisten los niños, niñas y adolescentes indígenas desconocen la problemática de su doble actividad, la de estudiante y trabajador/a. Uno de los aspectos en los cuales se traduce este hecho es en la forma como se vinculan efectivamente los currículos escolares a las necesidades del trabajo. Hay un divorcio severo al respecto y no se puede afirmar que los y las estudiantes son formados para el trabajo. Esta evidencia requiere una reformulación del currículo escolar y colegial que permita adiestrarlos en los conocimientos básicos y también en estrategias ocupacionales.

Ante el hecho del retraso y deserción escolar que muestran los y las estudiantes indígenas, las experiencias de los programas orientados a la “educación compensatoria”, en donde se imparten los contenidos necesarios dentro de la formación de niños y niñas en forma abreviada debido a las cargas laborales dentro y fuera del hogar, muestran una interesante efectividad.

Es necesario, por tanto, que dirigentes, maestros, maestras, padres de familia se involucren en el proceso, hay buenas experiencias en el país que se pueden tomarse como punto de partida.

Se hace importante una fuerte acción estatal en el tema de la trata de personas con fines de explotación laboral, se debe resolver en primer lugar el vacío legal en torno a este delito que tiene el país del cual se aprovechan fácilmente las redes de tratantes y que se agrava con el silencio y la complicidad de dirigentes y autoridades locales que hacen un manejo tergiversado y conveniente de las leyes, en muchos casos para su propio beneficio, aprovechando además el desconocimiento de las personas sobre el derecho internacional y las normativas nacionales. Deberían además generarse procesos de formación en derechos de los niños, niñas y adolescentes a nivel cantonal, parroquial y/o provincial a los que puedan acceder sobre todo las personas que habitan en las comunidades en donde la trata de personas se ha vuelto un tema cotidiano, además de las autoridades indígenas y las autoridades de los gobiernos locales.

Para finalizar esta investigación, se reafirma en el planteamiento hecho desde el inicio: es fundamental recuperar las voces de los niños, niñas y adolescentes indígenas en todo el proceso que involucre el mejoramiento de su situación actual que se encuentra atravesada por una doble función: la de ser estudiantes y trabajadores a la vez. La consideración de ellos y ellas como “sujetos sociales” con los mismos derechos y prerrogativas que los demás sujetos sociales (“los adultos”) se hace imprescindible.

## V. Bibliografía

- Ansell, Nicola, “Of course we must be equal, but...: imaging gender futures in two rural southern African secondary schools”, en *Geoforum* No. 33, 2002.
- Bedón, Erika, *Tácticas de vida y resistencias de los niños y niñas indígenas en las ciudades de Quito y Guayaquil*, manuscrito, tesis de Maestría en Antropología, FLACSO, sede Ecuador, 2009.
- Berremán, G., “Detrás de muchas máscaras”, en *Society for Applied Anthropology*, Monograph No. 8, (traducción de Victoria Casabona, para la Cátedra de Metodología, FFyL, UBA), 1962.



- , *Antropologia da Criança*, Jorge Zahar (Ed.), Rio de Janeiro, 2005a.
- , “O desenho das crianças e o antropólogo: reflexões a partir das crianças mebengokré-xikrin”, en *VI Reunión de Antropología del Mercosur*, Montevideo, Uruguay, 2005b.
- Blurton Jones, N., “Ethology, anthropology and childhood”, en R. Fox (ed.), *Biosocial anthropology*, London: Malaby, 1975.
- , “Human Ethology. The study of people as if they could not talk?”, en *Ethology and Sociobiology* 2 (2), 1981.
- Blurton Jones, N., Hawkes, K. y P. Draper, “Foraging returns of !kung adults and children: Why didn't !kung children forage?”, en *Journal of Anthropological Research* 50 (3), 1994.
- Bourdieu, P. y L. Wacquant, *Respuestas: por una antropología reflexiva*, Grijalbo, México DF, 1995.
- Camacho, Agnes, “Family, child labour and migration. Child domestic workers in Metro Manila”, en *Childhood* No. 6, 1999.
- Caputo, V., “Anthropology's silent 'others'. A consideration of some conceptual and methodological issues for the study of youth and children's cultures”, en Amit Talai, V & Wulff, H. (eds.), *Youth cultures. A cross cultural perspective*, London: Routledge, 1995.
- Carli, S., *Niñez, Pedagogía y Política. Transformaciones de los discursos acerca de la infancia en la historia de la educación argentina. 1880-1955*, Buenos Aires: Miño y Dávila, 2002.
- Christensen, P. y A. James, *Research with children. Perspectives and practices*, London: Falmer Press, 2000.
- Código Penal Ecuatoriano, Internet, <http://www.miliarium.com/Paginas/Leyes/Internacional/Ecuador/General/cp.pdf>.
- Código de la Niñez y Adolescencia. Título V Del trabajo de Niños, Niñas y Adolescentes, 2003.
- Colangelo, A., “La crianza en disputa. Un análisis del saber médico sobre el cuidado infantil”, en *VIII Congreso Argentino de Antropología Social*, Universidad Nacional de Salta, 2006.
- Cohn, C., “A criança, o aprendizado e a socialização na antropología”, en Lopes de Silva & Pereira, A. N (org.), *Crianças indígenas. Ensaios antropológicos*, FAPESP/Global Editora/Mari, São Paulo, 2002.

- Donoso, C. , “Buscando las voces de los niños/as viviendo con VIH: aportes para una antropología de la infancia”, en *I Congreso Latinoamericano de Antropología*. Rosario, Argentina, 11-15-julio, 2005.
- Enriz, N., “¿De qué chicos hablamos?”, en *VIII Congreso Argentino de Antropología Social*, Salta, 19-22-septiembre, 2006.
- Enriz, N., M. García Palacios y A. C. Hecht, “El lugar de los niños *qom* y *mbyà* en las etnografías”, en *VII Reunião de Antropologia Mercosul*, Universidad Federal de Río Grande do Sul, Puerto Alegre, 2007.
- García Palacios, M. y A. C. Hecht, “Un espacio para las voces infantiles. Reflexiones a partir de un taller de memorias con niños y niñas indígenas que viven en la ciudad”, en *I Congresso em Estudos da Criança, Infâncias Possíveis Mundos Reais*, Minho: Universidad de Minho, 2008.
- Global Rights, *Guía anotada del Protocolo completo de la ONU contra la Trata de Personas*, 2002.
- Guber, R., *La etnografía: método, campo y reflexividad*, Grupo Editorial Norma, Buenos Aires, 2001.
- Hardman, Ch., “Can there be an Anthropology of Children?”, en *Journal of the Anthropological Society of Oxford* IV (2), 1973.
- Hecht, A.C., “Reflexiones sobre una experiencia de investigación-acción con niños Indígenas. *Napaxaguenaxaqui na qom llalaqpi da y’iyi’ni na l’aqtac*”, en *Boletín de Lingüística* 28 (19), 2007a.
- , “De la investigación sobre a la investigación con. Reflexiones sobre el vínculo entre la producción de saberes y la intervención social”, en *Runa, Archivo para las Ciencias del hombre* 27, 2007b.
- , “Todavía no se hallaron hablar en idioma”. Procesos de socialización lingüística de los niños en el barrio toba de Derqui (Buenos Aires), Tesis de Doctorado con mención en Antropología Social (FFyL, UBA), 2009.
- Hirschfeld, L., “Why don’t anthropologist like children?”, en *American Anthropologist* 104 (2), 2002.
- INEC, *Versión preliminar del Informe Nacional de los Resultados de la Encuesta Nacional de Trabajo Infantil 2006*, Quito, 2008.
- James, A., “Giving voice to children’s voices: Practices and problems, pitfalls and potentials”, en *American Anthropologist* 109 (2), 2007.

- James, A., Ch. Jens y A. Prout, *Theorizing Childhood*. Cambridge: Polity Press, 1998.
- Jenks, C., *Childhood*. London y New York: Routledge, 1996.
- Laerk, A., "By means of re-membering", en *Anthropology Today* 14 (1), 1998.
- Malinowski, B., *Una teoría científica de la cultura*, Sarpe Altamira, Madrid, 1984.
- Mendoza, M., "Técnicas de observación directa para estudiar interacciones infantiles entre los toba", en *Runa, Archivo para las ciencias del hombre*, 1994.
- Mead, M., *Growing up in New Guinea*, Mentor Books, New York, 1961 [1930].
- Milstein, D., "Y los niños, ¿por qué no?: Algunas reflexiones sobre un trabajo de campo con niños", en *Avá* 9, 2006.
- Nunes, A., *A sociedades das crianças A'uwe-Xavante*, Instituto de Inovação Educacional, Ministerio da Educação, Lisboa, 1999.
- , "No tempo e no espaço: Brincadeiras das crianças A'uwe-Xavante", en Lopes da Silva, Arazy; Angela Nunes y Ana Vera Lopes da Silva Macedo (orgs.): *Crianças Indígenas. "Ensayos Antropológicos"*, Global Editora, São Paulo, 2001.
- OIT, "Agenda hemisférica sobre Trabajo Decente., vinculaciones entre trabajo infantil y trabajo decente", Internet, <http://www.oit.or.cr/lipchhttp://www.ilo.org/ipech>.
- , Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Parte III Contratación y condiciones de empleo.
- Pérez Álvarez, A., "Maniobras De la Supervivencia en La Ciudad. Territorios de Trabajo Informal Infantil y Juvenil en Espacios Públicos del Centro de Medellín-Colombia", en *Primer Congreso Latinoamericano de Antropología*, Rosario, Argentina, 2005.
- Pires, F., "Ser adulta e pesquisar crianças: explorando possibilidades metodológicas na pesquisa antropológica", en *Revista de Antropología* 50 (1), 2007.
- Prates, M. P., "Etnografía de uma aldeia: crianças e socialidade na tekoá Nhuundy", en *IX Congreso Argentino de Antropología Social*, Universidad Nacional de Misiones, 2008.
- Remorini, Carolina, "Emãe nde Kypy-I Re! (Cuidá por tu hermanita!). Un análisis del papel de las interacciones infantiles en el proceso de endocul-

- turación Mbya”, en *Actas del Congreso Argentino de Antropología Social*, Villa Giardino: Edición en CD de la Universidad Nacional de Córdoba, 2004.
- Scheperd- Hughes, N. y C. Sargent, *Small Wars. The Cultural Politics of Childhood*, University of California Press, London, 1998.
- Spencer, H., *Synthetic Philosophy*, Vol VI. New York: Appleton & Co., 1882.
- Supliguicha, Verónica y otras, “Trata de personas: historias que invisibilizan verdades”, en *Ciudad Segura no. 36*, FLACSO-Ecuador, Programa de Estudios de la Ciudad, Quito, 2009.
- Szulc, A., “Sobre la investigación antropológica con niños”, en *Terceras jornadas sobre etnografía y métodos cualitativos*, Instituto de Desarrollo Económico y Social, Buenos Aires, 2001.
- , “La antropología frente a los niños: De la omisión a las “culturas infantiles”, en *VII Congreso Argentino de Antropología Social*, Universidad Nacional de Córdoba, Villa Giardino, Córdoba, 2004.
- , “La investigación etnográfica con niños y niñas. Aportes e inquietudes”, en *II Congreso Asociación Latinoamericana de Antropología*, Universidad Nacional de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2008.
- , (e/p) “Esas no son cosas de chicos”. Disputas en torno a la niñez mapuche en el Neuquén, Argentina, en Poveda, D; A. Franzé y M. I. Jociles (coords.) *Etnografías de la infancia: discursos, prácticas y campos de acción*, Editorial La Catarata, Madrid.
- Swanson, Kate, “Pidiendo caridad en la ciudad: Mujeres y niños indígenas en las calles de Quito y Guayaquil”, Universidad de Glasgow, Departamento de Geografía, 2005.
- Tibán, Lourdes, “Dimensión cultural y derechos de la niñez y de la adolescencia indígena”, en *Memorias del Encuentro Regional sobre Niñez y Adolescencia Indígenas* Julio 12 y 13. Fundación Rigoberto Menchú, FLACSO-Ecuador, Quito, 2001.
- Toren, Ch., “Making History: The Significance of Childhood Cognition for a Comparative Anthropology of the Mind”, en *Man* 28 (3), 1993.
- Trpin, V., *Aprender a ser chilenos. Identidad, trabajo y resistencia de migrantes en el Alto Valle de Río Negro*, Editorial Antropofagia, Buenos Aires, 2004.
- Turner, V., *La selva de los símbolos*, Siglo XXI, Madrid, 1990.

- Tylor, E. B., *Primitive Culture: Researches into de development of mythology, philosophy, religion, language, art and custom*. London: J. Murray, 1870.
- Vogel A., “Etnografía com crianças e adolescentes: restrospecto de uma experiencia”, en *VIII Congreso de Antropología Social*, Salta, 2006.

## VI. Anexos

### Anexo No. 3

#### Testimonios de niños, niñas y adolescentes que trabajan en el mercado Montebello de la ciudad de Guayaquil

##### Niñas

Miryam (11 años) es kichwa, vive en Durán, asiste a la escuela Gustavo Lemos Ramírez. Trabaja en Montebello, no tiene puesto pero con su madre se colocan en la fila donde venden los comerciantes informales, ambas venden frutas. Realiza esta actividad todo el año; de lunes a viernes hasta la una de la tarde, asiste a la escuela, se baña, come y hace sus tareas de la escuela para el día siguiente. Los sábados y domingos va a trabajar en el mercado, dice: “voy a ayudar a mi mamá a vender y en la mañana me pongo a vender para mí”; ella obtiene una ganancia de 5 dólares, que utiliza para comprar ropa. Los sábados y domingos llegan al Mercado a las tres de la mañana a recibir la mercadería y se van al mediodía con su madre. Al llegar del mercado duerme y a las tres de la tarde más o menos se levanta a almorzar y a hacer las tareas de la escuela. Los fines de semana generalmente colabora en las tareas de la casa, una hora máximo, y unas dos horas en lavar su propia ropa, es decir, trece horas a la semana. Sobre los riesgos, Myriam dice que no ha tenido ninguno durante el trabajo, que si tiene miedo a los carros porque una vez se cayó del bus en el que se subió a vender las frutas, y en la escuela se ha sentido discriminada porque le han dicho “paisana”, es decir, “india”.

Nelly (15 años) es kichwa, vive en Durán y está en sexto grado de la escuela Gustavo Lemos Ramírez. De lunes a viernes estudia en el colegio, los sábados y domingos, que son días de feria en Montebello, recorre vendiendo

choclos; su mamá vende en el puesto. Los sábados y domingos llega al Mercado a las tres de la mañana junto con su mamá y su hermana, dependiendo de las ventas se quedan hasta el mediodía o hasta las dos de la tarde; lo mismo sucede cuando tiene vacaciones en el colegio. En su familia trabajan tres personas, son cuatro en total (tiene un hermano pequeño); ella gana 5 dólares que reúne para dárselos a su mamá, también se ayudan con el bono de desarrollo humano. En la casa ella cocina, limpia y lava ropa, hace estas tareas porque dice que es la hermana mayor, eso le lleva aproximadamente unas cinco o seis horas, sólo en ocasiones su madre hace estas tareas; doce horas los fines de semana y seis horas diarias, lo que da un total de 42 horas semanales:

Ella duerme, llega cansada del mercado, a veces nos ayuda o si no ella nos manda hacer las cosas... cuando nos toca los exámenes, mi mamá nos manda a estudiar para sacar buenas notas.

Dice que no ha tenido ningún problema mientras ha trabajado, si ha sufrido caídas constantes y siente que la han discriminado.

María (15 años), también es kichwa, estudia en noveno año de educación media en el colegio Los Vergeles, trabaja en Montebello vendiendo yuca y “haciendo pilos” en el puesto de su mamá. De su familia todos trabajan, son seis. María gana 8 dólares, que utiliza para los gastos del estudio. De lunes a viernes se levanta a las seis de la mañana para hacer el desayuno de la familia hasta las 8, luego hace las tareas del colegio y estudia hasta las 10:30, hora a la que empieza a cocinar el almuerzo, a la una entra a clases, a las siete vuelve a su casa, se baña, sigue haciendo tareas y a las diez u once de la noche duerme. Los sábados y domingos va al mercado con su mamá a las cuatro de la mañana y se queda hasta las dos de la tarde, al regresar a la casa se baña, lava su ropa, lo que le lleva unas dos horas y estudia unas dos horas más. Las tareas domésticas le llevan 44 horas a la semana: cuatro de lunes a viernes y doce los fines de semana. Tampoco ha corrido riesgos o accidentes durante el trabajo, pero siente que ha sido criticada por su origen étnico, piensa que la gente es racista en la ciudad.

Martha Susana (13 años) es de origen kichwa y vive en el barrio Flor de Bastión, estudia sexto año en la escuela Capullito de Colores, porque para

ella es importante “aprender valores” y la educación le va a “servir para muchas cosas”, trabaja en Montebello como peladora de granos o para ayudar en las ventas en el puesto de su mamá. Cuatro personas de su familia trabajan en el Mercado (papá, mamá, hermano), son doce hermanos en total, dice que sólo los mayores trabajan. Ella gana 5 dólares, ahorra todas sus ganancias o para utilizarlas en cibercafés para utilizar internet cuando necesita. Si bien su trabajo es intermitente, prefiere trabajar más horas en vacaciones. Se levanta a las seis para hacer el desayuno para su hermana y sobrinos, a partir de las ocho ingresa a la escuela hasta las 12:30, a la una más o menos llega a su casa, de lunes a viernes. Los días viernes llega a las ocho de la noche a pelar granos, eso le lleva unas tres horas, regresa al mercado para ayudar a su mamá a las ocho o diez de la mañana, ayuda en las ventas en el puesto, lo mismo hace el domingo, hasta el mediodía. Cuando regresa a la casa duerme hasta las cuatro y hace tareas de la escuela, sólo ocasionalmente ayuda en las tareas dentro de la casa, principalmente a doblar ropa o lavado, eso le puede llevar una o dos horas. 21 horas semanales: una hora de lunes a viernes y 16 el fin de semana.

Ana (17 años) es kichwa, estudió hasta tercer grado en una escuela de la comunidad en la que vivía en la Sierra. Trabaja todos los días en Montebello, pelando granos en el puesto de una mayorista, de ocho de la noche a nueve de la mañana, excepto los sábados y domingos que se queda hasta las once o doce envolviendo los granos: “Sí porque ella me dice que le ayude porque los sábados y domingos es feriado y no hay nadie más quien le ayude, sólo su esposo, pero ella me paga más cuando le ayudo”; por esto le paga 5 dólares más, no quiere mencionar en qué gasta su dinero. Si se suman las horas de trabajo a la semana son 97 (13 horas de lunes a viernes (65) y 32 los fines de semana). Cuando llega a la casa duerme hasta las cinco de la tarde, come y se prepara para ir al mercado de nuevo, en pocas ocasiones cocina, lava o barre la casa. Toda su familia trabaja, son tres mujeres. Dice no haber estado expuesta a ningún riesgo o accidente, tampoco siente que haya sido discriminada.

### **Niños**

Nicolás (13 años) es un niño kichwa de la Costa, estudió hasta el cuarto grado de la escuela Nuevo Paraíso y vive en el barrio Flor de Bastión. Él tra-

baja trece horas diarias, todos los días del año, cargando sacos de col, papas, lechugas y gana de 7 a 8 dólares, que gasta principalmente en ropa y para contribuir al gasto familiar cuando puede. Su madre vive con el tío y la tía de Nicolás y recibe el bono de desarrollo humano; generalmente se queda a dormir en el mercado. Cuando se le pregunta sobre los riesgos o accidentes que ha sufrido durante el trabajo, contesta que no ha tenido, sin embargo, recuerda que cuando estaba en la escuela se sentía discriminado: “me decían: *paisano, sale de aquí*, ahora que ya no estudio no me dicen nada y no sé por qué me decían así”.

Daniel (11 años), también se reconoce como kichwa, vive en el centro y está en tercer grado de la escuela Joaquín Gallegos Lara. Él trabaja en Montebello y por el puente Lucía, sus jornadas de trabajo van normalmente de once de la noche hasta la una de la tarde, todos los días. Trata de diversificar sus actividades para tener un poco más de ganancia, betuna zapatos, vende dulces y gaseosas. Daniel vive con su mamá y su tía, el dinero que obtiene lo guarda para comprar ropa y la otra parte la entrega a su mamá; su padre y hermano trabajan en la Sierra. Él gana diez dólares diarios vendiendo dulces y nueve embetunando zapatos. Cuando sale del barrio prefiere quedarse en Montebello; tampoco especifica haber corrido algún riesgo durante el trabajo, aunque dice que algunas veces sus compañeros le han robado el dinero de su mochila.

Darwin (13 años), también es kichwa y vive en Durán en la cooperativa 5 de Junio, está en séptimo año de básica de la escuela Gustavo Lemos Ramírez. Trabaja ocho horas diarias en Montebello los sábados y domingos, su madre tiene un puesto en el mercado, pero él prefiere “recorrer” con baldes de mora, frutilla o choclo (su tía también tiene un puesto en el mercado); recibe cinco dólares por la venta y los gasta comprando ropa. Él ha sufrido caídas con la mercadería y siente que ha recibido maltratos porque le han dicho cosas como: “Me molestan diciéndome paisano o me molestan cuando no les doy dinero”.

Edison (10 años) es kichwa, vive en el Barrio Los Vergeles y estudia en el segundo grado de la escuela Carmen Pita Solís del mismo barrio. Trabaja seis horas diarias en Montebello, recorre el mercado vendiendo comida junto con su hermano, su madre también trabaja en el Mercado (en su familia trabajan seis personas). Edison dice que gana dos o tres dólares y que prefiere



gastarlos “en las máquinas” (en videojuegos); normalmente se queda en el mercado hasta que su madre termine la venta. Responde que no tenido ningún riesgo durante el trabajo aunque si se ha sentido discriminado en la escuela.

Joel (12 años), también es un niño kichwa, vive en el barrio Monte Sinaí y estudia en el séptimo año de básica de la escuela Sergio Bolívar Guambo de la misma localidad. Trabaja seis horas diarias en Montebello, recorre el mercado vendiendo frutas junto con su hermana (ella tiene un puesto dentro del Mercado); su familia también se dedica al comercio pero ellos no trabajan en Montebello, reciben el bono de desarrollo humano. Joel gana de cinco a seis dólares diarios, con ese dinero puede comprar ropa o comida; normalmente luego del trabajo espera en el puesto de su hermana, la “ayuda”... Dice que no ha sufrido ningún accidente ni ha estado expuesto a ningún riesgo.

Alex (11 años) es kichwa, vive en el barrio Lomas de la Florida, estudia en una escuela que está fuera del barrio, en séptimo año. Trabaja todos los días, excepto los lunes, en promedio cinco horas en el Mercado Montebello; él y su hermana recorren el mercado vendiendo gaseosas y obtiene de cuatro a seis dólares, dependiendo del día. En su familia trabajan cuatro de las seis personas que la conforman; con el dinero que gana compra ropa, también se queda en el Mercado hasta que se terminan las actividades (mediodía), no ha sufrido ningún accidente ni ha estado expuesto a riesgos.

## Niñez, migración y derechos humanos: instrumentos internacionales de ciudadanía\*

Edson Sêda

---

### Sumario:

I. Resumen ejecutivo. II. Introducción: migración y niñez. III. Instrumentos internacionales de derechos humanos y la niñez en el proceso de migración. IV. Protegiendo los derechos de los niños migrantes. El traslado de los Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos a la Legislación Nacional. V. Una Red de Ciudadanía para asegurar los derechos de niños migrantes. VI. Conclusión. VII. Notas bibliográficas.

---

*Este relato es dedicado a las señoras Rhea Saab y Nadine Perrault de UNICEF, New York, sin cuyo tenaz estímulo, su producción sería imposible.*  
El autor

\* Artículo original publicado por Edición Adés, Rio de Janeiro, 1ª. Edición, 2007.

## I. Resumen ejecutivo

Este documento trata del tema de la “efectividad” de los derechos del niño, de la niña y del adolescente emigrantes o víctimas de la migración familiar, a la luz de los derechos humanos. El texto demuestra que la Declaración Universal de los Derechos Humanos (HRD), proclamada universalmente en el año de 1948, aunque contemple, en sus cláusulas, que *toda persona* es sujeto de derechos inalienables para asegurar la libertad, la igualdad y la fraternidad entre los individuos, las familias, las comunidades y los pueblos, no ha sido aplicada correctamente en lo que tiene que ver con varios tipos de bienes que constituyen *valores humanos*.

El primero de esos bienes que demandó una Declaración específica (seguida treinta años después por una Convención) para asegurar lo que estaba expreso o implícito en la HRD ha sido la condición *de persona*, la condición de ser humano, del niño, de la niña, del adolescente, condición esa que ha sido expresa en la Declaración de Los Derechos del Niño (DRC), del año de 1959. Después se han seguido la Convención Internacional Sobre Derechos Civiles y Políticos (IPPR), de 1966, la Convención Sobre la Eliminación de Toda Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979; la Convención Sobre los Derechos del Niño (CRC), de 1989; la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW) de 1990.

Se demuestra en el texto que sigue, que también la edición de la DRC de 1959 no ha sido seguida con la correcta percepción del niño, de la niña, y del adolescente, como *sujetos de derechos*. La niñez ha permanecido, históricamente, como mero objeto de la arbitraria voluntad de sus responsables civiles (padre, madre, guardián o tutor). O como mero *objeto* de la voluntad laberíntica de las burocracias oficiales, cuando el Estado asumía (o todavía asume, en muchos países) la tutela dicha *administrativa o institucional, o estatal*, del hijo que no puede estar bajo la tutela y la guarda de sus padres, en el seno de su familia.

Enseguida, aquí se busca explicar el cómo, después de treinta años, las Naciones Unidas, delante de la insistente *no inclusión* de la niñez, en el mundo de la ciudadanía, ha proclamado la CRC, en 1989, que visaba a la *efectividad*, no lograda por no aplicación, o insuficiencia de implementación, de los Derechos declarados en 1959, mediante la DRC.

Dieciocho años después de la propia CRC, el Secretario General de la 61ª Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1966, ha reconocido oficialmente que los derechos humanos proclamados en 1948 por la Asamblea General, reafirmados para la niñez en 1959, derechos esos tratados en su exigencia de *efectividad* en 1989, no estaban siendo respetados, como no estaban siendo implementados los derechos de la mujer, en el actual e impresionante proceso global de migración.

El documento demuestra la absoluta necesidad que tienen los países de origen del proceso migratorio, así como los países de destino, de *ajustar* sus legislaciones a las cláusulas de derechos humanos de todos esos instrumentos internacionales. Y de, además de las providencias *legislativas*, prever en la legislación y *efectuar* en las prácticas del día a día, providencias de orden educativa, acompañadas de necesarias medidas *sociales*, operando con competencia administrativa, como consta de mencionadas dieciséis cláusulas de *efectividad* de la CRC.

Se busca aclarar, también, que la CRC contiene cláusulas constituyentes, fundadoras, esenciales, de las cuales la principal es la 12ª, que cambia *el paradigma* del cómo se debe percibir, conceptualizar y actuar con relación a *la capacidad* de niños, niñas y adolescentes. Capacidad progresiva (que acompaña la progresiva madurez) de pensar, sentir y actuar en su ambiente de vida. Esa cláusula crea un nuevo padrón (un nuevo criterio) para la relación de los adultos con niños, niñas y adolescentes, lo que significa cambiar, igualmente, la manera como se percibe, se conceptúa y se actúa en relación al que se entiende por “superior o mejor interés” de la niñez.

La conclusión es que solamente son asegurados derechos (y deberes) de la niñez si se sale del antiguo paradigma de que niños, niñas y adolescentes serían “el ciudadano del futuro”. El nuevo paradigma los tiene, en verdad, ahora, como “adultos del futuro” como efectivamente lo son, mas indudablemente, como “ciudadanos del presente”, sujetos de derechos de ciudadanía, en el mundo de los derechos humanos.

Ese nuevo enfoque aplicado a la realidad de los niños emigrantes o víctimas de la migración de su familia, implementado en adecuada reforma legislativa y aplicado por medio de medidas educativas, sociales y administrativas, permite ajustar las intervenciones oficiales de los agentes de migración, policía, servicio social y justicia al parámetro de respeto (humano) de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

## II. Introducción: migración y niñez

Este documento sigue el informe de Unicef que hace la compilación de los resultados del HLD sobre migración internacional, y subsiguientes actividades resultantes del HLD. Y busca las recomendaciones más significativas para incluir en las legislaciones nacionales, los mecanismos principales para respetar los derechos de niños y los jóvenes eventualmente victimizados por el proceso interno o internacional de la migración.

El documento de Unicef divulga que la Asamblea General, en su resolución 60/227 del 23 de diciembre de 2005, ha decidido apoyar una reunión de alto nivel hacia un diálogo (HLD) sobre la migración y el desarrollo internacionales en Nueva York del 14 al 15 de septiembre 2006. El HLD sería una oportunidad de discutir el tema en el más alto nivel posible,

para identificar maneras y medios apropiados de maximizar sus ventajas hacia el desarrollo y reducir al mínimo sus impactos negativos[1].

Este acontecimiento histórico consistió en seis sesiones plenarias y cuatro mesas redondas interactivas que involucraban a Estados miembros, las varias agencias de la ONU, los fondos y los programas, otras organizaciones internacionales, NGO, sociedad civil y el sector privado. Pronunciamientos han sido hechos por 133 Estados Miembros y 13 entidades con estatus de observadores, mientras que 90 Estados Miembros fueron representados a nivel ministerial y viceministerial.

### 2.1. Las razones y la demanda para la migración

En 2005, unos 191 millones de personas, o 3 por ciento de la población del mundo, vivían fuera de su país de origen. La mayoría de migrantes ha cruzado las fronteras en busca de oportunidades económicas y sociales mejores. El tema de la migración alzó al tope de la agenda internacional del desarrollo debido al aumento del número de poblaciones migratorias.

Los temas principales del HLD exploraron los enganches entre la migración internacional, el desarrollo económico y el desarrollo social y político. Esto también exigió atención hacia las medidas de asegurar la protección de

derechos humanos así como la promoción de asociaciones bilaterales y regionales en beneficio tanto de migrantes cuanto de países.

El HLD demostró que la migración se está percibiendo cada vez más como una fuerza que pueda contribuir al desarrollo, y a los aspectos integrales del proceso global del desarrollo.

### 2.1.1. El impacto en la niñez

El presidente de la 61ª Asamblea General de la ONU, el 19 de septiembre de 2006, ha enfatizado en su declaración de cierre:

muchos de ustedes han observado que un cierto grupo vulnerable, tal como mujeres y niños migratorios necesitan de protección especial.

La declaración de cierre del G.A. resumió los temas bajo discusión durante el HLD:

1. El impacto producido por la migración internacional en el desarrollo económico y social;
2. La centralidad que ocupa el tema de los derechos humanos hacia asegurar los beneficios de la migración en el desarrollo;
3. La importancia de remesas de dinero del exterior para las familias que quedan en los países de origen;
4. Y el papel crucial de las contrapartes internacionales para enfrentar los desafíos de la migración internacional.

El informe que compila los resultados del HLD en temas de la migración internacional describe la implicación del UNICEF en el HLD y las actividades subsecuentes al HLD. Énfasis específico es dado a temas de la migración tales como:

- derechos humanos,
- género,
- y los impactos socioeconómicos de la migración.

El informe de Unicef sobre el HLD demostró que la migración se está percibiendo cada vez más como un factor dominante que puede contribuir al desarrollo, y como un aspecto integral del proceso global del desarrollo. Sin embargo, hacia la maximización de las ventajas de la migración, es importante que **se tomen el tema de la niñez como una preocupación dominante** en los debates sobre migración. Niños y adolescentes **hasta el momento han sido** deplorablemente **invisibles** en discusiones de la migración. Muchos niños son afectados por la migración cuando ellos son dejados por uno o ambos padres. El número de niños migratorios está aumentando rápidamente.

### 2.1.2. El tema de la invisibilidad

Hasta aquí, este documento ha seguido el informe del Unicef. En este punto es esencial identificar las razones de esa histórica **invisibilidad**. No solo en las discusiones sobre el tema, sino principalmente en el mundo de la garantía de los derechos civiles, políticos y sociales.

Y es crucial, también, trabajar para cambiar percepciones, conceptos y mecanismos burocráticos, los cuales mantienen, a lo largo de los años, los efectos negativos de la intervención oficial, cuando las políticas públicas interfieren en el proceso de migración. Los cinco puntos siguientes son acentuados por el informe del Unicef en su HLD:

#### *2.1.2.1. Fallas de la investigación y del conocimiento, y la producción de conocimiento*

El informe de Unicef ha dado énfasis al hecho de que hay un déficit de investigaciones y de datos confiables sobre el impacto de la migración sobre los niños y los adolescentes. A pesar de la focalización más amplia sobre el tema de la migración, la niñez y la adolescencia vienen siendo fuertemente ignoradas. Hay pocas investigaciones en esa materia y, las existentes, no logran perforar la cortina que mantiene la **invisibilidad** de la niñez y de la adolescencia a este respecto.

El informe IOM 2005, focalizado en migración y los Objetivos del Milenio, ha omitido mención a la niñez. El informe de UNFPA acerca de

los Objetivos del Milenio y migración ha mencionado temas de niñez de pasaje.

En una discusión durante el HLD y los eventos paralelos, los principales debates acerca de migración destacaron los derechos humanos, los impactos sociales y las dimensiones de la migración; bien-estar de la niñez y protección han sido mencionados apenas en algunas pocas ocasiones.

Investigaciones acerca de migración (es decir, compilación de datos y análisis), usualmente se ocupan de adultos y muchas veces describen la niñez asociada a adultos. Eso también explica **la falta de información confiable** acerca del impacto social de la migración sobre niños y adolescentes particularmente niños y niñas dejados atrás por padres que migran.

Hay concordancia en la comunidad internacional de que la migración voluntaria es, generalmente, positiva para la situación de niños y adolescentes. La migración de los padres mejora las condiciones materiales de los hijos dejados atrás en sus países de origen, especialmente el acceso a la salud y educación[4].

Sin duda, las remesas son regularmente usadas para mejorar el ambiente familiar de hijos dejados atrás y esos beneficios benefician directamente a los responsables por niños y adolescentes en los países de origen.

#### *2.1.2.2. El impacto de las remesas sobre los niños*

Hogares localizados en áreas de alta migración hacia el exterior, tan luego reciben fondos por remesa del exterior, pasan a experimentar inmediatos beneficios y a tener acceso a bienes y servicios de más alta calidad. En algunos casos, las condiciones de salud de los niños y oportunidades de aprendizaje son debidas a adicionales recursos provenientes de las remesas, las cuales impactan positivamente la mortalidad infantil y aseguran que niños tengan mayor acceso a servicios de salud.

Por ocasión de algunas de las deliberaciones de los eventos paralelos del HLD, han sido hechas referencias a los efectos psicológicos causados a niños dejados atrás por los progenitores, los cuales pueden ser muy significativos mas no es fácil acceder a ellos. Pesquisas del Ecuador, México, Filipinas y Siria indican que niños, cuyos padres emigran, sufren efectos psicológicos negativos, incluyendo aumento del nivel de crímenes y abuso de droga. Un



análisis de niños de Sri Lanka, igualmente, ha encontrado más vulnerabilidad a las niñas hijas de madres emigrantes[6].

#### *2.1.2.3. Migración voluntaria: serios riesgos para los niños*

El impacto sobre los niños que emigran junto con sus padres puede variar fuertemente. De un lado, ellos pueden acceder más altos patrones de servicios sociales, dependiendo de las condiciones en que van a vivir en los países que los reciben. Sin embargo, ellos pueden enfrentar marginalización en razón de la relativa pobreza en que pasan a vivir, de las condiciones sociales y barreras lingüísticas y culturales.

Otro impacto negativo en la migración voluntaria es el “brain drain” que deja el sistema de salud en los países en desarrollo, seriamente comprometidos. Esa migración de expertos puede tener implicaciones devastadoras hacia el ya delimitado sistema de salud en los países de origen[7].

#### *2.1.2.4. Migración forzada y involuntaria: altos riesgos para los niños*

Niños refugiados, que representan aproximadamente 50% de los 14 millones de refugiados en todo el mundo, enfrentan retos muy particulares. Ellos pueden ser separados de sus familias, perder sus casas, enfrentar hambre, extrema pobreza, deficiencias en salud y educación, y someterse a elevado riesgo de violencia, reclutamiento por fuerzas armadas, abusos y explotación sexual.

El tráfico también resulta en consecuencias devastadoras para niños migrantes. Estadísticas son notoriamente difíciles de recoger, aunque se pueda estimar que el tráfico afecta a cerca de un millón doscientos mil niños cada año. Gran parte de esa infeliz niñez son niñas explotadas sexualmente [8].

Mientras la migración va se moviendo hacia arriba en los números de la agenda del desarrollo, sus amplias implicaciones para los niños reciben escasa atención. Sin embargo, de las discusiones paralelas del HLD, el impacto de la migración sobre la niñez ha merecido ulterior investigación y labor operacional. La declaración final y las deliberaciones en el segundo Comité Sobre Desarrollo en la 61ª Sección de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ha dado amplia envergadura para el proactivo futuro trabajo de Unicef y sus contrapartes en esa esfera de actuación.

### 2.1.3. La perspectiva de género en la migración

En 2005, las mujeres formaban la mitad de la población de trabajadores migrantes y la expectativa ha sido la de que ese número estaba destinado a aumentar. Los Estados Miembros y contrapartes notarán, en el HLD, el incremento de la feminización en el proceso migratorio global, particularmente de la migración de obreros. Muchos participantes apelarán por políticas públicas que lleven en cuenta la temática de género y las discriminaciones.

Ha sido enfatizado que, en muchas circunstancias, mujeres migrantes, particularmente las que trabajan en sectores precariamente regulados, tales como servicios domésticos, han sido más vulnerables a la explotación y abuso, que los varones migrantes.

Sería por lo tanto urgente adoptar medidas efectivas hacia la protección de los derechos de las mujeres migrantes, independiente de sus ocupaciones o estatus en el proceso de migración y propiciar a ellas las informaciones acerca de derechos humanos, migración legal y los riesgos que son corrientemente asociados a la migración irregular. Asimismo, los participantes enfatizarán que las mujeres deberían recibir apoyo lingüístico y psicológico, entrenamiento en conocimientos financieros y cuidados emergenciales en salud reproductiva.

Los temas principales del HLD han explorado las ligaciones entre migración internacional, crecimiento económico y desarrollo social y político. Eso implica en la búsqueda por protección a los derechos humanos, así como la promoción de acuerdos bilaterales y regionales que beneficien tanto a los migrantes cuanto los países involucrados en el proceso.

Mientras la niñez en la migración no haya estado muy presente en la vanguardia de la discusión en el tema, antes del HLD, fuertes referencias a la cuestión de la niñez han sido hechas por el Presidente de la Asamblea General de la ONU, en la declaración final del HLD. En los eventos paralelos, ha habido amplio consenso entre los participantes acerca de los aspectos sociales de la migración. Género y derechos humanos han sido temas señalizados en las discusiones del HLD acerca de las dimensiones sociales y de derechos humanos, como los impactos sociales de la migración, enfocando principalmente el creciente número de mujeres que emigran.

Han sido hechas referencias a la niñez, pero usualmente en el contexto y con relación a la migración femenina. Unicef ha observado, por lo tanto, que el impacto social del proceso de migración sobre la condición de los niños dejados atrás es un área que requiere apurada atención. El tema de los derechos del niño ha estado ampliamente **invisible** en las discusiones acerca del proceso migratorio y en las iniciativas de implementación política.

Los asuntos migratorios y retos que afectan a la niñez y a la juventud deben ser vistos en el amplio contexto de la pobreza difusamente difundida y del conflicto. Unicef ha enfatizado que las discusiones sobre migración, y la manera cómo ese proceso afecta a los niños, deben llevar en cuenta la vulnerabilidad, así como la capacidad de recuperación de la población infantil y juvenil.

### III. Instrumentos internacionales de derechos humanos y la niñez en el proceso de migración

Una gran parte de la mencionada **invisibilidad**, en términos de problemas de la niñez, es debida a una cierta **incapacidad** de las personas comunes del pueblo, y también de algunos autoproclamados expertos en el tema, o de agentes oficiales, en **reconocer** niños, niñas y adolescentes en su condición de *personas* como *sujetos* de derechos.

También de saber manejar los instrumentos internacionales de derechos humanos de tal manera que todo niño, niña o adolescente, en el Siglo XXI –post-Convención Sobre los Derechos del Niño– sea percibido o percibida en su facultad subjetiva –como se expresará más adelante– de disfrutar de los beneficios basados en las más significativas normas internacionales. Son principales instrumentos internacionales de derechos humanos:

- En primerísimo lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (CDH), de 1948, ante la cual los niños han permanecido *invisibles*, porque, en la práctica, tal Declaración ha sido aplicada solamente para los *adultos*.
- En segundo lugar, la Declaración Sobre los Derechos del Niño (CDN) de 1959, que buscó *la visibilidad* infantil-juvenil, en términos de los derechos humanos declarados 11 años antes.

- Convención Internacional Sobre Derechos Civiles y Políticos (IPPR), de 1966, cuya proclamación se debe a resistencias en aplicar, a personas discriminadas, los principios de *libertad, igualdad fraternidad*, proclamados en el Siglo XVIII.
- Convención Sobre la Eliminación de Toda Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979, proclamada delante de la histórica *invisibilidad* de la mujer en términos de derechos humanos.
- Como, *a pesar* de la CDH y de la CDN, los niños habían permanecido, una vez más, *invisibles*, se proclamó, en 1989, la Convención Sobre los Derechos del Niño, con cláusulas *de efectividad* (CRC).
- Y la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW) de 1990.

Llamando la atención para que se pueda enfrentar las fallas y desafíos que ocurren en la garantía de los patrones mínimos de cumplimiento de derechos humanos, debemos destacar:

### CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CRC)

Un niño, una niña, o adolescente, por esta Convención, no son más considerados un individuo *absolutamente incapaz*, como en el pasado, mas sí una *persona* percibida en su *capacidad personal de formar sus propios juicios* (cláusula 12 de la Convención) según su madurez.

Asimismo, después de firmar la Convención, muchos países prósperos o en desarrollo, todavía persisten en aplicar, o han copiado de otros países, principios y reglas inadecuadas, y esa aplicación resulta en amenaza o violación de los mínimos derechos de los niños que son víctimas del proceso de migración interna, o hacia (o desde) el exterior.

Solamente implementando en la ley nacional de cada país la cláusula 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño (y, consecuentemente, implementando prácticas relacionadas con tal cláusula en el día a día), va a ser posible cambiar antiguos hábitos, usos, costumbres en el trato de niños y niñas como personas. Y, sucesivamente, proveer **derechos y deberes humanos**, en la manera mediante la cual los sectores oficiales se relacionan con niños y niñas, en el proceso migratorio.

### CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (ICCPR)

Hacia el cumplimiento de los derechos civiles y políticos, cada Estado Parte deberá *ajustar* su legislación, y sus intervenciones, a los términos de esa Convención. En todas circunstancias, jóvenes y niños han de pasar a ser percibidos, respetados como *personas*, no tratados como *objetos*, como ocurre con reglas contenidas en alguna **ley arbitraria**, o bajo incorrectas intervenciones de agentes oficiales, en el ámbito de las **políticas públicas**.

### CONVENCIÓN SOBRE ELIMINACIÓN DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES (CEDAW)

Esta Convención contiene los principios que deben ser rigurosamente aplicados en las prácticas hacia la modernización del tratamiento que se da en las políticas públicas de los distintos países, a las niñas y adolescentes, cuando los mismos se ven involucrados, de alguna manera, en el proceso migratorio. Mediante la aplicación de esos principios, los países adquieren condición real, objetiva, de garantizar respecto, dignidad y privacidad, cuando niñas y adolescentes son atendidas por agentes públicos.

### CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIAS (CMW)

El desafío aquí es una modernización, garantizando la inclusión de eventuales jóvenes migrantes en programas de entrenamiento, sin pérdida de la perspectiva de que cada joven sea tratado como *un sujeto* dotado de facultad propia de, construir, hacer, producir (y manifestar) opciones, según su madurez personal.

#### 3.1. Sinergias y desafíos

Tanto los países ricos, cuanto los países en desarrollo, en tiempos de real crecimiento del proceso migratorio internacional, se ven delante de un desafío.

Deben rever su legislación (examinándola cuidadosamente, si es el caso) y evaluar acerca del cómo niños y jóvenes son tratados en su capacidad de manifestación personal frente a amenazas o violaciones de las cláusulas de las Convenciones que expresan derechos.

Los países ricos ignoran agresivamente **el criterio** establecido en la cláusula 12 de la CRC. Esa cláusula es precondition, enteramente válida y aplicable, a **todas las cláusulas** de la CEDAW, de la ICCPR y de la CMW. Entre otros, ese es el caso de los países europeos que reciben niños y jóvenes del Oriente Próximo y países del Norte de África –España recibe niños y jóvenes de Marruecos, por ejemplo– y Estados Unidos, que recibe niños y jóvenes iberoamericanos.

La **falta de respeto** ocurre bajo circunstancias creadas en la legislación nacional del país receptor. Tales circunstancias, traídas o mantenidas del pasado *ciego* en percibir correctamente a la niñez, vienen siendo basadas en una especie de *minorismo* (niños y adolescentes considerados *menores* y, en todas las circunstancias, considerados, en esa visión, como *absolutamente* incapaces).

Algunos agentes oficiales, muchas veces, argumentan con la circunstancia de que ellos, como agentes, no son servidores de un país signatario de la CRC. Con relación a esos oficiales, la **invisibilidad** de los derechos humanos de la niñez consiste en desconocer u olvidarse del texto expresado en el artículo sexto de la Declaración de los Derechos Humanos, que dice:

*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.*

Y, en pleno Siglo XXI, nadie puede negar a todo y cualquier niño y adolescente, la condición de *ser humano* –no sólo ante la ley– sino ante todas las circunstancias humanas. La experiencia histórica de los últimos años del Siglo XX e inicio del Siglo XXI, muestra que las leyes nacionales no siempre son redactadas, en su espíritu, y en su letra, garantizando ese reconocimiento.

A los países en desarrollo se supone que hay un deber de crear sinérgicas cooperaciones bilaterales, apoyadas por una adecuada **legislación nacional** con los países de destino de sus eventuales niños en migración. Con eso, se va a establecer interrelaciones de cooperación, buscando establecer mejores

formas de asegurar derechos que vengan, en una circunstancia u otra, a ser amenazados o violados en el proceso de migración.

### 3.2. El “estatus” del niño como “ciudadano”

El gran cambio de paradigma pasa del obsoleto principio de la *absoluta incapacidad presumida* de todo niño o niña (y, por consecuencia, niña o niño *presumidos* como mero *objeto* de viejos procedimientos burocráticos), hacia el moderno principio de la *capacidad real constatada* de cada niño o niña individualmente considerado.

Eso es expresado, en nuestros días, por las principales transformaciones operadas en las mentes, en las percepciones, en las convicciones entre el año de 1959 y 1989 del Siglo XX (es decir, entre la Declaración de Derechos que quedó *hablada*, cantada en prosa y verso, pero no *implementada*, y la Convención, producida treinta años después, exactamente para *implementar* los derechos anteriormente *declarados*).

La definición de niño o niña como “ciudadanos” es obviamente una forma actual de cambio adecuado en las **legislaciones nacionales**, alterando una obsoleta manera de aprehender el tema, hacia un **moderno paradigma**, en el entendimiento del cómo se debe incluir la niñez en el mundo de los derechos y de los deberes humanos.

#### \* De la Declaración de los Derechos del Niño hacia la Convención de los Derechos del Niño

A la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 siguieron treinta años de derechos *declarados* pero no *implementados*. En 1989, las naciones produjeron una nueva manifestación, no para declarar derechos otra vez, sino para establecer una serie de *medidas* destinadas a garantizar *efectividad* a los derechos ya previamente declarados hacía tres décadas.

La CRC, a lo largo de su texto, expresa dieciséis veces (artículos 4, 7, 9, 19, 27, 28, 29, 32, 33, 35, 38, 39, 40, 42, 44, 45), la exigencia de medidas, sin las cuales, quedaba (queda) en *retórica* la mera *declaración* de derechos. Los que firman la Convención asumen el compromiso con *efectividad*, promoviendo medidas:

1. educativas;
2. sociales;
3. administrativas; y las
4. **indispensables**, pero no siempre percibidas –por investigadores o expertos– medidas **legislativas**.

Buena **legislación** es aquella que regula los derechos y deberes relacionados al tema de que estamos tratando y prevé medidas **educativas**, medidas **sociales**, y medidas **administrativas**. Eso va a permitir la necesaria imposición **de la visibilidad** de los niños que necesitan de protección (visible protección reclamada por el propio Presidente de la 61ª Asamblea General de las Naciones Unidas).

El intento es, de forma concreta, palpable, constatada, respetar al niño, a la niña, y al adolescente, como *personas* dotadas y reconocidas en sus derechos, exactamente como está descrito en el artículo seis de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Artículo 6

*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.*

La nueva Convención ha sido absolutamente necesaria en aquél entonces exactamente porque niños, niñas y adolescentes eran históricamente *invisibles*, a todas las personas, como aquella *persona* mencionada en el artículo “6”, siendo, por lo tanto, *invisibles*, como *ciudadanos*, o como *ciudadanas*.

Insistentemente percibidos como **ciudadanos del futuro**, solamente con las cláusulas de la Convención de 1989, las Naciones Unidas lograrán establecer las condiciones que deben ser asumidas por los Estados Partes hacia el histórico reconocimiento de que, si los niños son, indudablemente **el adulto del futuro**, ellos son, efectivamente, **ciudadanos del presente**. Reconocidos como dotados de los atributos de la ciudadanía, según su madurez.



**\* Derecho del niño de ser protegido y  
derecho del niño de participar**

La nueva visibilidad ha sido así enfatizada por el Presidente de la 61ª Asamblea General, el 19 de septiembre de 2006:

*“muchos de ustedes han notado que algunos grupos vulnerables, tales como mujeres migrantes y niños, necesitan de protección especial”.*

Los grupos vulnerables tienen derecho específico de ser protegidos, mas no recibiendo formas de atención –protección– según las decisiones subjetivamente arbitrarias de las burocracias oficiales. Es esencial que las personas sean percibidas y respetadas en sus puntos de vista personales, participando de las decisiones acerca del cómo sus problemas serán resueltos.

Problemas de mujeres jóvenes, como eran tratados en los últimos tiempos, no son para ser tratados más como una especie de *efecto colateral* de las circunstancias masculinas, de la misma manera que los problemas de los niños no deben ser más tratados como idéntico *efecto colateral* de las condiciones maternas o paternas.

Como está muy claro más adelante, los niños deben ser considerados y respetados como *sujetos* en los términos de la cláusula 12ª de la Convención. Y no, como *objeto* de las intervenciones arbitrarias del Estado, como ha sido hábito, uso y costumbre desde la Declaración de 1959, hasta la Convención de 1989.

Ha sido en aquel período de treinta años (entre 1959 y 1989), que nació la importante convicción de que deben ser evitados los métodos perjudiciales de la acción oficial, que causaban *revictimización* de las *víctimas* en las políticas públicas.

**\* Niños exiliados, refugiados  
y niños migratorios ilegales**

Estamos hablando de tres diferentes condiciones de niños que sufren las consecuencias del flujo migratorio:

- Los “exiliados”, que son los ciudadanos que emigran y, frente a eventual extradición, buscan protección e inmunidad garantizadas por el gobierno local a refugiados políticos de otro país.
- Los “refugiados”, en la calidad de ciudadanos migrantes, que se trasladan en busca de refugio, sea en tiempo de guerra, de opresión política, o persecución religiosa.
- Los ciudadanos migrantes “ilegales”, que pasan por la frontera de los otros países, sin cumplir las reglas establecidas por Ley para la admisión de extranjeros en su territorio nacional.

Se espera que los países –prósperos o en desarrollo– establezcan en la ley la **visibilidad** de cada niño o niña, en su dignidad de *una persona* dotada de derechos, cuando se busca la solución para problemas de los asilados, los refugiados y los migrantes eventualmente ilegales.

Eso solamente es posible si hay correcta competencia de los agentes públicos (bajo reglas **legales** de *exigibilidad*) para la percepción y la concepción de cada niño o niña en su real, concreta, palpable *capacidad* de formarse juicio propio. Y si las correctas medidas (educativas, sociales, administrativas, como se mencionó hace poco en este documento) son adoptadas.

En la **legislación nacional** han que estar previstos mecanismos de **imposición** (es decir, mecanismos *de exigibilidad*) acerca de tal percepción, concepción y desempeño. El paradigma en ese sentido, para países en desarrollo, es la legislación brasilera constitucional de 1988, y la legislación ordinaria de 1990, que debe ser estudiada como Derecho comparado por otros países. Si así se hace, se tiene el obvio respeto de niños y jóvenes en su “**ciudadanía**”. Las reglas internacionales al respecto de ese tema son expresadas en las siguientes normas:

#### CRC - Artículo 22

1. *Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado*

*de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.*

2. *A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.*

#### ICCPR – Artículo 19

1. *Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*
2. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
3. *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*
  - a) *Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*
  - b) *La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

### CMW - Artículo 13

1. *El derecho de opinión de los trabajadores migratorios y sus familiares no será objeto de injerencia alguna.*
2. *Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de recabar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin limitaciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio de su elección.*
3. *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 del presente artículo entraña obligaciones y responsabilidades especiales. Por lo tanto, podrá ser sometido a ciertas restricciones, a condición de que éstas hayan sido establecidas por ley y sean necesarias para:*
  - a) *Respetar los derechos o el buen nombre ajenos;*
  - b) *Proteger la seguridad nacional de los Estados de que se trate, el orden público o la salud o la moral públicas;*
  - c) *Prevenir toda la propaganda en favor de la guerra;*
  - d) *Prevenir toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.*

Algunos países europeos, destino de muchos niños, niñas o jóvenes migrantes, acompañados o no de sus padres y o madres, niegan –en la práctica– la condición *de persona* dotada de derechos humanos a los mismos. Los tratan como *objetos* de acción de la burocracia del Estado. Los agentes públicos de esos países argumentan con sus leyes, en cuyo contexto, niños y niñas son percibidos, conceptuados y, por tanto, deben ser tratados por esos agentes públicos como *absolutamente incapaces* (como no teniendo facultad personal de expresión). No tienen ni voz, en su condición *de víctima* del flujo migratorio.

En tal contexto, la “burocracia estatal” habla **por ellos**, ejerciendo un conflicto de intereses: El mismo agente que *detiene o constriñe* al niño o niña, tiene la pretensión de *defender* al detenido, hablando en *protección*. Se niega a esos ciudadanos el procedimiento contradictorio garantizado, en los Estados Democráticos de Derecho, a los adultos. La niñez, para ellos, continúa *invisible*.

Ese tipo de actitud hiere agresivamente la 12<sup>a</sup> cláusula de la Convención Sobre los Derechos del Niño, de la cual, los países a que sirven esos agentes públicos son parte firmantes. Es crucial que estos países hagan **el ajuste** de sus **concepciones**, de sus **percepciones** y de su **Ley** a las CRC, ICCPR y a la CMW.

### 3.3. Principios que dominan la problemática de niños migrantes

Los principios claves de la progresiva condición de niños y niñas dotadas y dotados de derechos como *personas* son expresados en las siguientes cláusulas convencionales internacionales:

#### 3.3.1. No discriminación, en el contexto de la migración infantil juvenil

##### CRC - Artículo 2

1. *Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.*
2. *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.*

##### ICCPR - Artículo 17

1. *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.*

2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

#### **Artículo 24**

1. *Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.*
2. *Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.*
3. *Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.*

#### **CEDAW - Artículo 2**

*Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:*

- a) *Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;*
- b) *Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;*
- c) *Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;*
- d) *Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;*
- e) *Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;*

- f) *Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;*
- g) *Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.*

Las principales formas de discriminación, encontradas en políticas públicas hacia los niños y niñas dejados atrás, o migrantes ellos mismos, o acompañando sus padres o otros adultos, consisten en la etiquetación, de lo que resulta la organización y funcionamiento de programas públicos destinados a niños o jóvenes “rotulados” como: “menores”, “incapaces”, “niños y niñas de calle”, “niños o niñas en riesgo”, “niños o niñas maltratados”, “infractores” o, entre otros nombres infamantes, “niños o niñas en conflicto con la ley”.

La experiencia histórica reciente en muchos países demuestra que la etiqueta legal y oficial impone la inclusión de niños, niñas y jóvenes en programas colectivizantes (por ejemplo: todos los “niños migrantes en riesgo” pasan a ser institucionalizados en el mismo programa colectivo y discriminador). Esa manera de actuar disemina –por contacto y convivencia forzada– inaceptables usos, hábitos y costumbres de grupos marginales (“gangs”, “maras”, “mafias”) como una especie de “efecto colateral” de la acción de los agentes del Estado, o de la intervención pública (muchas veces practicadas por ONG a servicio del Estado o siguiendo reglas del Estado que regula mal la materia en su **legislación nacional**).

Según recientes observaciones directas del problema, tal tipo de **revictimización** de las víctimas del flujo migratorio dentro o extra frontera, podría ser evitada, en las políticas públicas, por medio de una adecuada **reforma legislativa**, que prohíba toda forma de discriminación por etiquetación de las personas en categorías, las cuales, al fin y al cabo, se tornan rotulaciones infamantes e inaceptables dentro de un universo ético de garantía de derechos y deberes humanos.

El estudio cuidadoso de esa **rígida** “inclusión” de niños y niñas en convivencia colectiva forzada viene revelando –en el reciente proceso histórico– que la opción discriminatoria produce o sustenta un *continuum vicioso* caracterizado por la secuencia: *Etiquetación discriminatoria forzada > emergencia*

*de impulsos agresivos > actitudes hacia comportamiento violento > tendencia hacia conductas criminales > en el límite: potencialidad al terror.*

Regiones del Brasil, de México y de los países de Centroamérica han pasado por todos esos escalones del peligroso proceso, alcanzando la etapa de terror urbano con las “maras” en los países hispanicos y los “comandos” o grupos de exterminio en el Brasil. En la búsqueda por evitar todas las formas de discriminaciones expresas o implícitas, la recomendación básica, en el tema, implica en construir legislaciones que establezcan prohibiciones claras de categorizar personas, de tal manera que se venga a “etiquetar”, de forma infamante, a individuos, grupos y comunidades.

La experiencia histórica observada bajo correcta interpretación de las cláusulas de la Convención Sobre los Derechos del Niño demuestra que la buena ley y los competentes servicios públicos son las que generan condiciones, inducciones y estimulaciones a la inclusión de niños, niñas o jóvenes migrantes en un *continuum virtuoso*, caracterizado por: *participación no discriminatoria > emergencia de impulsos corteses > actitudes hacia comportamiento pacífico > tendencia de conductas preventivas de crímenes > en el límite: potencialidad a convivencia ética y paz social.*

### 3.3.2. Derecho a ambiente familiar en el contexto de la migración

#### CRC - Preámbulo

*Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.*

*Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.*



### Artículo 5

*Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.*

### Artículo 8

1. *Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.*
2. *Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.*

La adopción de esos principios y reglas por legislaciones nacionales tienen el sentido de alterar las formas burocráticas de recibir y mantener detenidos niños y niñas o jóvenes. El derecho a la convivencia familiar (bajo “*patria potestas*” o bajo los atributos de la “*patria potestas*” tales como la guarda y la tutela) envuelve cambiar el hábito de mantener campos de concentración para detenidos, evitando, así, la cruel *institucionalización* física de la niñez.

Por otro lado, el derecho a la convivencia familiar implica en asumir el criterio de adoptar la guarda y la tutela provisionales, tras la intervención de las patrullas de frontera o de agentes de inmigración, hasta que subsecuentes medidas sean posibles de ser adoptadas. Ese sistema es adoptado con suceso en todos los municipios brasileros que se organizan según la ley nacional del país.

En término de “ciudadanía”, la guarda y la tutela provisionales son las *instituciones* jurídicas no físicas, no crueles, referidas en la CRC, para cambiar, alterar, innovar acerca del viejo paradigma bajo el cual las institucionalizaciones físicas son reglas agresivas e inaceptables.

### 3.3.3. Respeto al punto de vista de niños y niñas en el contexto de migración

#### CRC - Artículo 12

1. *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*
2. *Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*

En toda circunstancia relacionada al proceso de migración (niños dejados atrás, niños migrantes solos, o acompañados de sus padres, u otros adultos), el tema aquí es el cambio de la vieja percepción (en la cual niños y niñas son absolutamente incapaces de tener facultad personal de expresar su propio superior interés) hacia la perspectiva moderna, según la cual niños y niñas, cuando *capaces* de formar sus propios juicios (12<sup>a</sup> cláusula), tienen el derecho de expresar sus puntos de vista sobre cuáles son sus mejores o superiores intereses.

Es importante dejar claro, también, que la máxima obligación de entrenar al personal adulto (agentes de inmigración, patrulleros de frontera, agentes públicos de todos tipos) a efectuar el **principio** de la **razonabilidad**, cuya característica central está en el agente del Estado hacer **el balance** entre **la facultad** subjetiva del niño o niña y **el poder** de interferencia del Estado en su vida privada, cuando surgen problemas en el proceso de pasaje a través de los límites de frontera.

### 3.3.4. El mejor interés del niño y de la niña en el contexto de la migración

Llegamos ahora en un punto crucial de esta temática. Para explicar mejor, hay que decir otra vez que en los tiempos de la Declaración de los Derechos

del Niño, entre los años de 1959 y 1989 (data de la promulgación de la Convención), las personas comunes, los profesionales, los agentes públicos, voluntarios en programas de protección, policías, abogados y jueces gustaban decir (y actuar) que el principio del “mejor o superior interés del niño” debía ser entendido según el poder discrecional y la voluntad de los adultos.

Uno de los cambios de las Fuentes fundadoras de la CRC tiene relación con reconocer en cada niño o niña, su facultad ética de ser *capaz* de formar sus propios juicios. Y, en consecuencia, de ser sujeto del incuestionable *derecho* de expresar su *subjetiva* capacidad de decir cuál debe ser considerado *lo mejor* para atender a sus intereses personales. Facultad subjetiva del niño y de la niña (ahora no solamente una facultad de los adultos) cuando hay situaciones relacionadas con esos niños o niñas.

Se supone que esa manifestación debe ser **balanceada** con el resto de las circunstancias presentes en el caso. El niño, en esa acepción, que era **ausente**, que era **invisible**, pasa a estar **presente**, pasa a ser **visible** en su ciudadanía. Con ese asumir de la condición ciudadana, aquello que era un *poder subjetivo* de los adultos, en sus relaciones con los niños y las niñas, se transforma en un *diálogo* en que interviene la *facultad subjetiva* de niños, niñas y jóvenes, ellos mismos *protagonistas*, en la calidad de *interlocutores*, como un ser actuante en el medio donde vive (la comunidad), o donde está (en el caso de los migrantes, delante de agentes del Estado).

Entonces, con las normas de CRC y de sus reglas, el personal de la burocracia del Estado (caso de los patrulleros de frontera, de servicio social, de programas de protección, o del ritual de la Justicia) deben ser entrenados para cambiar la antigua subjetividad discrecional adulta u oficial del pasado, hacia la mediación, la conciliación y la concertación del poder de mando con la moderna subjetividad infantil y juvenil.

En pocas palabras: hay que introducir, cuando les corresponde, los *checks and balances* (los frenos y contrapesos) que preservan derechos. Ese es el portal del acceso al resto de los derechos declarados, sea en la CRC, la CEDAW, la ICCPR, o la CMV.

#### IV. Protegiendo los Derechos de los Niños Migrantes. El traslado de los Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos a la Legislación Nacional

##### 4.1. Derecho a la nacionalidad

El derecho a la nacionalidad es tan fundamental cuanto el derecho al nombre. En casos de migración, problemas de nacionalidad tienen que ver con el derecho del niño, niña o adolescente de residir y estar junto con sus padres, en convivencia familiar. La libertad de movimiento (derecho de entrar en un país y de tener residencia) es parte de los derechos básicos del niño que cruza frontera o es víctima de haber sido dejado atrás por sus parientes en el proceso migratorio.

Es importante considerar la cláusula 12 de la ICCPR, cuyo ítem “2” dice:

*Toda persona debe ser libre para dejar cualquier país, incluyendo el suyo.*

Por otro lado, las condiciones de “entrada” en los países son establecidas en legislación específica. Sin embargo, los niños y niñas tienen el derecho básico (artículo 9 de la CRC) de no ser separados de sus padres, en contra de sus voluntades. Entonces, la ley nacional debe prever los medios, canales y formas del ejercicio de tal derecho, con vistas a eventual reunificación de la familia. Reglas fundamentales al respecto son:

##### CRC - Artículo 7

1. *El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*
2. *Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.*

### Artículo 8

1. *Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.*
2. *Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.*

### ICCPR - Artículo 12

1. *Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.*
2. *Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.*
3. *Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.*
4. *Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.*

### Artículo 24

1. *Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.*
2. *Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.*
3. *Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.*

#### 4.1.1. El caso de Ecuador

Un ejemplo notable en el sentido de tal garantía se encuentra en la propuesta de ley del Ecuador, llamado “Anteproyecto de la ley especial para la protección, promoción y el ejercicio de los derechos de las personas migrantes ecuatorianas y sus familias”, que contiene reglas creativas acerca de la protección de los datos personales de los migrantes, la protección consular, el derecho a reunificación familiar, el derecho al retorno voluntario, el derecho a la seguridad social, la protección de niños, niñas y adolescentes, regula los organismos estatales para protección y promoción, crea un consejo nacional y un fondo promocional del migrante, prevé la reforma de otras leyes, trata de los derechos laborales y del matrimonio en el extranjero.

#### 4.2. Derecho a una familia

Para atender a las cláusulas abajo mencionadas, la reunificación familiar es esencial, en un eventual quiebre del equilibrio por circunstancias envolviendo familias, grupos y comunidades. Se supone que la ley nacional de cada país establezca cláusulas claras que aseguren tal presencia de niños, niñas y adolescentes en el seno de su familia, o en circunstancias que aseguren la presencia de provisionales atributos familiares, tales como la guarda y la tutela.

Lo que es muchas veces *invisible* para los protagonistas –destacando más una vez aquí– es no tener en cuenta el ambiente familiar, mediante la creación de sistemas que institucionalizan físicamente a los niños y niñas, en vez de obedecer las cláusulas de la CRC. En el proceso de reunificación a la familia original, se supone que haya el obvio esfuerzo por capacitación laboral en el programa de empleo.

#### CRC - Artículo 9

1. *Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos*

*particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*

- 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*
- 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*
- 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.*

#### **Artículo 10**

- 1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.*
- 2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en*

*virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.*

#### **Artículo 16**

1. *Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.*
2. *El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.*

#### **Artículo 20**

1. *Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.*
2. *Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.*
3. *Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.*

##### **4.2.1. El caso de El Salvador**

Además del Ecuador, que está proponiendo una ley específica sobre la materia, ocurre en El Salvador otro intento de reforma legislativa, por medio de un sis-



tema general de protección a niños, niñas y adolescentes. Se llama aquí la atención para el hecho de que la propuesta salvadoreña, para cumplir con todas las cláusulas de *ciudadanía* aquí ya mencionadas, no puede insistir en mantener o de crear un padrón de *tutela administrativa* del Estado para niños, niñas o adolescentes, ya que esa forma de *institucionalización* física de la infancia y de la juventud significa **la negación** del derecho a la convivencia familiar.

Hay que garantizar, a niños, niñas y adolescentes, migrantes o no, la tutela del Estado al *derecho* que el niño, la niña y el adolescente tienen de recibir *un guardián* personal provisional, o un *tutor* personal provisional, bajo los atributos de la guarda y de la tutela (personal, individualizada, no administrativa, no burocratizante), hasta que su problema definitivo eventualmente sea resuelto por otro tipo de medida.

Otro punto a considerar en la propuesta salvadoreña es la sustitución del criterio *subjetivo* del concepto de “superior o mejor interés del niño” por un criterio *objetivo*, para evitar arbitrariedades, manifestaciones de autocracia y abuso del poder discrecional de los agentes públicos.

La tercera sugerencia es que se separen las funciones en los tres niveles escalonados de la protección a migrantes o no migrantes que ameritan protección:

- La vía informal eminentemente local y con participación de entidades no gubernamentales en las deliberaciones, ejecución y control de programas;
- La vía administrativa por medio de intervenciones oficiales para *efectuar* lo que ha sido insuficiente o equivocado de la acción *informal*, con participación comunitaria para el control de los límites de la burocracia oficial.
- Y la vía Judicial para los casos graves de conflictos por un lado y, por otro, en lo que tiene que ver con los juzgamientos de los adolescentes eventualmente victimarios.

El ente rector nacional, para evitar paralelismos, pulverizaciones y desperdicio de recursos, debe mantener apenas un rol de coordinación nacional, para racionalizar el sistema, según la moderna orientación por la garantía de derechos humanos.

#### 4.3. Derecho a servicios sociales básicos. Educación y salud. Empleo y ubicación familiar

Países que se tornan signatarios de la CRC asumen el compromiso de adoptar cuatro medidas básicas, en el sentido de implementar derechos que son expresos, primero, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y, después, expresos en las subsecuentes Convenciones, tales como la propia CRC, y la CEDAW, la ICCPR, y la CMW.

Esas providencias, mencionadas en los artículos 4, 7, 9, 19, 27, 28, 29, 32, 33, 35, 38, 39, 40, 42, 44, 45 de la CRC, pueden ser clasificados en cuatro categorías (medidas educativas, sociales, administrativas y legislativas). Los países deben insistentemente ser llamados a la atención a esas cuatro categorías:

- *Medidas educativas, involucrando la inclusión (en la hipótesis migratoria) de los niños en programas que propician buenos hábitos, usos, costumbres. Asimismo, la inclusión de padres, parientes, vecinos, en los mismos programas, en comunidades eventualmente afectadas por problemas de migración. Se trata de un importante cuidado a adoptar, consistiendo en organizar programas educativos que no etiquetan personas (para evitar discriminación).*  
*Ese tipo de experiencia comunitaria, grupal, familiar e individual consiste en un conjunto de métodos, instrumentos, habilidades de inclusión ciudadana. El gran objetivo es transformar el ya mencionado continuum vicioso, que marginaliza la gente, en otro conjunto de vivencias, por medio de un moderno, correcto, ético "continuum" virtuoso.*  
*Tal tipo de moderna experiencia tiene la potencialidad de inducción, estimulación, implementación del estatus de ciudadanía, caracterizado por una intervención comunitaria visando a la inclusión de víctimas migrantes en un modo de vida humano y respetuoso.*
- *Medidas sociales, las cuales implementan el derecho que tienen grupos, comunidades y familias de ser protagonistas, interlocutores, participantes de las soluciones de los problemas resultantes del mal funcionamiento o fallas de servicios públicos destinados a la inclusión social y a los cuidados especiales que tienen que ver con la garantía de derechos humanos.*

- *Medidas administrativas, por medio de entrenamiento de miembros de comunidades, buscando reunir recursos: 1. Técnicos; 2. Humanos; 3. Materiales; y 4. Financieros (principalmente en las regiones más pobres, en el sentido de maximizar instrumentos, habilidades y medios) para resolver problemas de inclusión de eventuales víctimas del proceso migratorio en servicios de salud, empleo y ubicación familiar.*
- *Y, “last, but no least”, Medidas legislativas, consistiendo en la elaboración o reforma de la legislación nacional, seguida por adecuada regulación local, hacia la prevención de problemas específicos en términos de amenazas o violaciones de derechos.*  
*Esas providencias son adoptadas en las circunstancias en las cuales eventuales comunidades, vecindarios o familias vengán a ser víctimas de distintas formas de proceso de migración. El mantenimiento de la invisibilidad de tales tipos de problemas genera un fenómeno que está muy corriente y repetitivo, en distintos países: Se trata del fenómeno de la revictimización de las víctimas, por procedimientos incorrectos de los sectores oficiales.*

#### 4.3.1. Un ejemplo que puede ser considerado

Mozambique está proponiendo, en el año 2007, una nueva legislación general de protección a niños, niñas y adolescentes. Lo hace manteniendo el concepto de *minoridad* y creando un sistema de intervención judicial *incluso* para lo que se acostumbra llamar de *prevención*. Es decir, la propuesta mozambiqueña tal vez fuera mejor aprovechada si el Estado adoptara el criterio de establecer niveles de intervención (primero la vía informal, después la administrativa y solamente por último, la ritualidad de la justicia).

La recomendación aquí es que Mozambique evite meter en el complicado ámbito de las intervenciones judiciales, los problemas de niños, niñas y adolescentes migrantes o no migrantes. Se sugiere que adopten el concepto ciudadano de niños, niñas y adolescentes, y, no, el de “menores”, pues esa *minoridad* rígida viola la cláusula 12ª de la CRC y el criterio objetivo del “superior o mejor interés de la niñez”.

Por ser un país pobre, en franco proceso de desarrollo, sería mejor crear instancias de intervención educativa y social en la vía *informal* local, que son

formas y métodos más baratos y de alta productividad ética y garante de derechos humanos, como prueban los programas (cuando bien ejecutados) del Brasil (país que el Presidente de la República de Mozambique ha visitado recientemente).

Y, antes de pensar en poner el sistema judicial en cuestiones no conflictivas graves, Mozambique podría organizar un sistema *informal* para los pequeños conflictos que pueden ser resueltos con mediación, conciliación y concertación técnica y administrativa. Podría también hacer modernas experiencias comunitarias para garantizar los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes o no migrantes. Y reservar, para la vía judicial, la solución de cuestiones agravadas, además del enjuiciamiento de adolescentes autores de conductas criminales.

#### 4.4. Protección contra violencia y abuso

El tema tiene aquí, naturalmente, dos aspectos:

- Las circunstancias en que niños, niñas y jóvenes son “victimizados” en el seno de las familias, vecindarios, comunidades y servicios públicos;
- Y las situaciones en las cuales niños, niñas o jóvenes son, ellos mismos, victimarios.

Las leyes nacionales, frente a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Convención Sobre los Derechos del Niño, deben contener principios y normas relativas a ambas situaciones.

Las más recientes experiencias muestran que esos dos aspectos implican el establecer normas en los tres ámbitos, en los cuales, la organización social (considerando los principios de derechos y deberes humanos) tiene el *deber* de crear conocimiento, medios, instrumentos para enfrentar las distintas formas de violencia y abuso hacia la niñez y la juventud:

1. Iniciativas informales;
2. Providencias administrativas;
3. Procedimientos rituales en el sistema de Justicia.

Detalles de esas tres formas de intervención son descritas más adelante en “red de ciudadanía”. Otro punto a considerar es el tema de las conexiones de todo eso con el Sistema de Justicia Juvenil, así como con los problemas del tráfico de drogas y el impacto de las guerras, y del terror, cuyos detalles están incluidos, también, en las consideraciones acerca de la “red de ciudadanía”, debido al hecho de que el tema involucra, necesariamente los tres ámbitos: el informal, el administrativo y el judicial.

El *informal* consiste en aquel tipo de actividades que generalmente son denominadas de **prevención**. Por un lado, prevención significando los medios de no permitir la violación de derechos humanos. Por otro, el significado de prevención es evitar el acometimiento de agresiones entre las personas, los daños, la violencia y el terror.

Antes de pasar al capítulo siguiente, hay un destaque crucial a ser mencionado aquí: se refiere a las circunstancias en que niños, niñas y jóvenes son acusados de ser *victimarios*, y esa acusación coincide con la circunstancia migratoria. Las reglas principales acerca del tema están claramente presentes en la CRC:

### Artículo 37

*Los Estados Partes velarán porque:*

- a) *Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;*
- b) *Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;*
- c) *Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y ten-*

*drá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;*

- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.*

#### Artículo 39

*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.*

#### Artículo 40

- 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.*
- 2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:*
  - a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;*

- b) *Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:*
- i) *Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;*
  - ii) *Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;*
  - iii) *Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;*
  - iv) *Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;*
  - v) *Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;*
  - vi) *Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;*
  - vii) *Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.*
3. *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:*
- a) *El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;*

- b) *Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.*
- 4. *Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.*

#### Artículo 41

*Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:*

- a) *El derecho de un Estado Parte; o*
- b) *El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.*

##### 4.4.1. Un cambio ejemplar

México ha cambiado en el año 2006 sus principios constitucionales que tienen que ver con la niñez y la adolescencia. Ese marco constitucional establece profunda alteración en las relaciones del Estado Mexicano con la ciudadanía de la población infantil y juvenil migrante y no migrante.

El primero efecto práctico es cambiar el rol de los llamados “Consejos Tutelares”, que operaban con medidas claramente punitivas (restrictivas o privativas de libertad) bajo la etiqueta de “protección”. El nuevo marco constitucional y legal exige que esos consejos hagan lo que realmente sea “protección” a niños migrantes dejados atrás por sus familias (en número enorme en ciertas regiones mexicanas).

El según efecto es instituir un sistema de Justicia Juvenil para enjuiciar a los adolescentes cuya conducta sea la práctica de actos definidos en la ley mexicana como crímenes. Muchos niños migrantes o dejados atrás van a ser



beneficiados por ese doble sistema, porque los principios actualmente en vigor prevén que *todos* los derechos humanos *sean* realmente implementados. Todos los Estados mexicanos están promoviendo su reforma legal, la cual, por imposición constitucional, tiene absolutamente todas las condiciones de ser ejemplares en el contexto de Latinoamérica.

Lo único a observar es que esos Estados (y los municipios) presten atención en la organización de la *vía informal*, de forma que permita que los programas destinados a niños, niñas y adolescentes migrantes y no migrantes fortalezcan la participación comunitaria y aumente el grado de percepción de los habitantes de comunidades y vecindarios, para la efectividad de los derechos y deberes humanos.

## V. Una Red de Ciudadanía para asegurar los derechos de niños migrantes

Los derechos del niño o niña migrante son los derechos del niño o niña, los cuales, a su vez, son los derechos de todo ser humano. El problema en describir una red de inclusión de niños, niñas y adolescentes en el mundo de la ciudadanía, consiste en la descripción de las circunstancias, en las cuales, los derechos humanos son amenazados o violados.

Las principales circunstancias que se presentan en el día a día de los países, acerca del tema, están focalizadas abajo. Tienen que ver con la no presencia de correctas estructuras (nacionales y transnacionales entre países de origen y de destino) que aseguran la garantía de derechos, como precondition básica.

Tal garantía es construida por medio de la adopción de los cuatro tipos de medidas referidas en dieciséis cláusulas de la CRC ya mencionadas en este documento (cláusulas que prevén la necesaria existencia de medidas educativas, sociales, administrativas y legislativas). Ese tipo de “ambiente” (un particular conjunto de circunstancias o de influencias envolventes) es previsto para ser organizado en una red tan ancha cuanto la protección integral de los ciudadanos necesita.

### 5.1. Implementación de la reforma legal y de la política pública

Cuando los derechos del niño fueron declarados en 1959, las personas de los países ricos (personas comunes y también “expertos”, tal vez de forma arrogante) acostumbraban a decir que el problema de la implementación era básicamente de los (así antes nombrados) *países subdesarrollados*, pues los ricos ya habían alcanzado una etapa de desarrollo que garantizaba “protección integral” a todo el universo de niños y adolescentes de su población.

A su vez, en los países “subdesarrollados” (hoy eufemísticamente renombrados como “países en desarrollo”), la población común y los “expertos” decían que ese era un problema de las sociedades ricas porque (ellos decían) *“solamente cuando vengamos a ser una sociedad justa –en un futuro incierto y no sabido– será posible a nosotros, asegurar tales derechos”*. Estábamos delante de la arrogancia de los ricos y del pesimismo, de la depresión de los pobres.

A lo largo de los treinta años, entre 1959 (año de la *Declaración*) y 1989 (año de la *Convención*), la experiencia histórica ha demostrado a los investigadores y a los buenos observadores, que:

solamente asegurando, caso a caso, los derechos de cada niño, niña o adolescente, cuando amenazados o violados, un país que quiere ser organizado logra construir una sociedad justa.

Sea el país rico y desarrollado o pobre y en desarrollo los retos son similares. En los ricos, esa garantía es prevista para estar presente con un cuidado especial: ser hecha aplicando esa máxima de garantía caso a caso, a los niños, niñas o adolescentes pobres, acompañados o desacompañados, que sobrepasan la frontera en la búsqueda de las oportunidades del crecimiento socioeconómico global en su territorio.

Los países ricos tienen hoy en día que adoptar una serie de medidas educativas, sociales, administrativas y legislativas para la garantía de derechos de niños, niñas o adolescentes migrantes, muchas veces amenazados o violados, en su territorio.

Los países en desarrollo tienen el mismo problema. Básicamente, ambos deben –a través de medidas educativas, sociales y administrativas– reformar la antigua legislación, imponiendo nuevos principios y reglas legales (muchos

resisten a eso por falta de percepción, por la ya mencionada **invisibilidad** de los problemas fundamentales).

Como he mencionado a lo largo de este documento, las medidas legislativas para asegurar derechos involucran, indudablemente, reformar procedimientos e intervenciones de la política pública, para asegurar:

- Que a todo niño, niña o adolescente, a los cuales se reconoce la capacidad de formular juicios propios, según su madurez, les sea asegurado que expresen su punto de vista, en todas las materias que le afecte.
- Otra medida indispensable –para asegurar derechos– es la garantía de “checks and balances”, es decir, de frenos y contrapesos, para asegurar como justa la interferencia del Estado en la circunstancia de vida del migrante. La referida reforma implica en transformar el viejo y *subjetivo* (significando arbitrario) modo de interpretar “el mejor, o superior, interés del Niño, niña o adolescente” en un criterio *objetivo*. Lo que significa poner en la legislación nacional el criterio de la *capacidad* constatada del sujeto de derechos de expresar su propia voluntad. Y de equilibrar el eventual *conflicto* entre el sujeto capaz de reaccionar, y la burocracia estatal, por medio de “frenos y contrapesos”.
- Los procedimientos técnicos, en esos casos, consisten en garantizar orientación y apoyo por profesionales especializados en conflictos comunitarios, abogados (en el tema de derechos humanos) y trabajadores sociales (en el tema de la protección social).

Ese conjunto de providencias implica erradicar el *conflicto de intereses* representado por la antigua forma de trabajar de agentes públicos que constriñen niños migrantes y, al mismo tiempo interfieren, actúan, diciendo que su interferencia o acción es defensa y es protección al niño.

Prender y defender deben ser entendidas como medidas *contradictorias*, cuyo balance provee garantía de derechos en el acto de detener, prender, arrestar. Ese equilibrio supone, siempre, en las más sanas de las doctrinas (entre las cuales, la doctrina de “la protección integral”) providencias de frenos y contrapesos a toda posible y eventual forma de *omisiones* o de *abusos* del agente represor.

Es importante dejar claro que esas exigencias objetivas –que deben ser consideradas en la reforma legislativa– deben ser adoptadas en ambas situaciones en que los niños son víctimas de padres emigrantes, o son, ellos mismos, los que emigran.

### 5.1.1. Un ejemplo de Menorismo Explícito

En España, al recibir los niños, niñas y adolescentes de Marruecos, informes producidos por investigadores de Unicef demuestran que el sistema *minorista* adoptado en aquel país tiene gran potencialidad de violar derechos de los detenidos en la frontera (viola la cláusula 12ª de la CRC e impone criterio subjetivo del “mejor o superior interés”).

Datos descritos en informes ya producidos indican que los emigrantes de Marruecos son tratados según un sistema estatal de tutela administrativa, burocrática, estatal, violando las instituciones de la guarda o tutela provisional individualizada, y el principio de la convivencia familiar (en el caso, en familia sustituta provisional). Hay que hacer estudios específicos para establecer, en el caso Marruecos/España, cuáles son los aspectos y los grados de esa violación, si ella realmente existe.

## 5.2. Fortaleciendo políticas públicas e instituciones

Tras la Declaración de los Derechos del Niño ha persistido un principio de ciudadanía (generalmente de antiguo uso exclusivo de abogados y de operadores del sistema de justicia), por el cual:

A todo derecho le corresponde una acción que asegura ese derecho.

El Siglo XX estaba, en aquella ocasión, buscando el ajuste de viejos principios a la nueva circunstancia histórica. Hasta entonces, el concepto de asegurar derechos tenía una fuerte conexión con el sistema ritual de justicia (en el cual hay ritos a seguir para la mejor garantía de derechos en juego, en el ámbito del proceso *contradictorio*).

Por otro lado, el Siglo XX ha inaugurado la era inicial de la **visibilidad** de la niñez y, por tanto, la era de la **transparencia** de las faltas e insuficiencias

en los procedimientos, en las acciones y en la interferencia oficial para resolver problemas que tienen que ver con amenazas o violaciones de derechos.

Las lecciones surgidas en aquellos tiempos han permitido tornar **visible** la conveniencia de organizar medios, instrumentos, modos de actuar, caso a caso, **antes** de apelar para a magnificencia del sistema de Justicia Estatal. De esa nueva producción de conocimiento es que ha surgido la percepción, concepción e intervención de medios **administrativos** para la solución de problemas. Sin embargo, **antes** de la intervención administrativa misma, un mucho más creativo, heurístico, innovador conjunto de medidas, modos, técnicas **informales** ha sido planteado.

Se trataba de las providencias en el nivel **social**, las cuales estaban disponibles para Organizaciones No Gubernamentales y personas voluntarias. Esas innovaciones tenían la virtud de alterar las antiguas burocracias que institucionalizaban físicamente a personas, para *protegerlas*, y ejercían fuerte mando autocrático, arbitrario y violador de derechos civiles, políticos, sociales y éticos.

Era el inicio del fortalecimiento de las políticas públicas y de nuevas instituciones hacia la garantía de derechos, de forma a reducir las complejas intervenciones del sistema estatal de Justicia. Tal moderna creatividad fluye al presente Siglo XXI por medio de leyes nacionales que establezcan políticas públicas, al mismo tiempo que fortalecen nuevas instituciones con potencialidad para producir **inclusión** de niños migrantes o no migrantes en el mundo de la ciudadanía:

- La primera de esas medidas es establecida en Ley mediante el poder que la legislación les da a los profesionales, voluntarios y Organizaciones No Gubernamentales para la atención a personas migrantes (ancianos, adultos, adolescentes y niños o niñas) en programas informales (para evitar interferencias burocráticas y complicadas interferencias del Estado sobre la vida privada de las personas, violando cláusulas de la IPPCR).
- La intervención administrativa tiene que ver con eventuales necesidades de **imponer** medidas (con la **fuerza** del poder estatal), que han fracasado en la tentativa de resolver problema en la vía informal de las intervenciones sociales.

- Cuando sea necesaria, la acción en esos dos ámbitos (primero el informal, después el administrativo) es seguida por el apelo a las Cortes (en el sistema Judicial), para aplicar las medidas más poderosas y efectivas, según el grado de imposición estatal necesario y adecuado para la solución del conflicto. La vía judicial es la más fuerte, la más cara de las vías para solución de conflictos y, por tanto, debe ser utilizada con moderación.

Ese triple sistema permite fortalecer las políticas públicas en aquello que ellas, políticas públicas, deben ser fortalecidas (en ambas vías, sea la administrativa, sea a la judicial). Y permite a las instituciones civiles tornarse fuertes y altamente efectivas en su actuación, en su rol moderno de compartir servicios y responsabilidades con la esfera gubernamental.

#### 5.2.1. El caso brasileiro

El primer país en desarrollo en desempeñar un cambio tan radical, ha sido el Brasil cuando, en el año 1988, estableció (un año antes de la proclamación de la CRC) los principios de los derechos de la niñez en su Constitución Republicana (anticipando las cláusulas de la CRC).

Y ha creado las reglas legislativas para la efectividad de tales derechos en el Estatuto de Niño y del Adolescente, en el cual, los tres ámbitos (1. intervenciones sociales informales; 2. medidas administrativas; 3. procedimientos judiciales) son claramente puestos en un **estatuto** oficialmente obligatorio para todo el país.

Con ese tipo de **reforma legislativa**, el Brasil ha reducido en diecisiete años (desde 1990 hasta 2007) cerca del treinta por ciento de niños en las calles del país, fuera del sistema oficial de enseñanza pública. La mayoría de ellos eran migrantes o hijos de familias migrantes de una región del país para otra (en 1990), para un nivel de dos por ciento (en 2007), desempeñando un importante proceso de inclusión de la niñez en el sistema educacional del país.

Al mismo tiempo, Brasil desarrolló un profundo sistema de descentralización en su política pública social, dándole poder a instituciones no gubernamentales para ejecutar programas públicos y participar de Consejos, con poder de **deliberar** sobre protección social a lado de las Alcaldías muni-

cipales. Ese sistema incluye programas destinados a niños, niñas y adolescentes que eventualmente son víctimas de migración interna o externa.

Todo niño, niña o adolescente migrante en el Brasil tiene *el derecho* de recibir orientación y apoyo socio-familiar por la Alcaldía de la ciudad donde se encuentra, o por ONG registrada en un Concejo Municipal. Si falla esa orientación y ese apoyo, el niño, la niña o su familia pueden apelar al Concejo Tutelar del municipio, que va a determinar providencias correctas y requisitar, con fuerza de ley, servicios públicos debidos.

### 5.2.2. El caso mexicano

México está procediendo a un profundo cambio en el sistema nacional de protección a niños, niñas y adolescentes migrantes o no migrantes. Se hace eso en México alterando el concepto de *Concejos Tutelares* que pasan ahora de antiguos y obsoletos roles para punir la niñez y la adolescencia –bajo la eufemística etiqueta de protección– para un moderno rol caracterizado por real, concreta, efectiva protección a la niñez (migrante o no migrante).

Ese sistema nacional Mexicano transfiere ahora para el *Poder Judicial* las funciones de juzgar adolescentes (personas entre 12 y 18 años), llevando a los niños y niñas (personas hasta 12 años), a su vez, no un juicio contradictorio, como en caso de los adolescentes, sino providencias efectivas en darles protección, mediante intervenciones especializadas de trabajadores sociales, psicólogos y pedagogos.

### 5.2.3. El caso de Mozambique

Mozambique está produciendo, en el año 2007, también, un cambio clave en su legislación nacional para la garantía de derechos de la niñez migrante o no migrante. El principal desafío de ese país del Sur de África, enfrentando graves problemas de migración (niños, niñas y adolescentes que vienen desde fuera de su frontera con Zimbabue, por ejemplo, y de niños, niñas y adolescentes locales o familias enteras dependiendo de remesas del exterior), es crear las anteriormente mencionadas tres instancias (la informal, la administrativa y la judicial), para responder a sus reales necesidades.

Una corriente de opinión mozambiqueña, en esa reforma legislativa, ha resistido en renunciar a su voluntad de poner bajo proceso judicial, la *prevención* de las amenazas y violaciones de derecho. Prevención, por definición, significa, prevenir que sea necesario apelar para la Justicia en la solución de problemas que pueden y deben ser resueltos en la vía informal.

Donantes internacionales y cooperadores con Unicef, para la protección de la niñez amenazada y o violada en sus derechos, se supone que deben ayudar –a través de correctos medios– poniendo **buena** plata en **buenos** programas para la niñez migrante o no migrante.

### 5.3. Imponiendo capacitación local y nacional

Los roles tripartitos, que hacen la separación de intervenciones (1. roles informales; 2. intervenciones administrativas formales; 3. procedimientos rituales judiciales) son previstos para ser acompañados de otra división de tareas, en la modernización **legislativa** para garantía de **derechos humanos**.

Se trata de la distribución de funciones entre el rol nacional y los roles locales (municipios, regiones, instancias locales de gobierno). Históricamente, a lo largo del Siglo XX, muchos países han establecido, por intereses políticos y económicos, formas de paralelismo de acciones (gobiernos nacionales desempeñando competición con gobiernos locales), resultando en reducción de indispensables recursos públicos, en la organización de programas sociales hacia la población más necesitada.

En muchos países en desarrollo, *el mismo* niño, o *la misma* niña o adolescente, o grupos *etiquetados* de niños son matriculados en distintos programas (para el mismo tipo de atención), todos organizados con fondos de distintos orígenes, caracterizando paralelismo de acciones, pulverización y desperdicio de recursos.

Tal circunstancia de poner, muchas veces, **buena** plata en **malos** y en **equivocados** programas ha sido perversa para esos países, impidiendo la real garantía de derechos y produciendo severa **revictimización** de víctimas, muchas de ellas víctimas del proceso de migración (interna o externa al país).

La recomendación en cuanto a este tema es incluir en la **política pública** y en la **legislación nacional** el moderno principio de **eficiencia**, que dice que la solución para problemas de amplia envergadura está en



Pensar globalmente y actuar localmente.

Entonces, se supone que en la legislación nacional se va a establecer principios de descentralización, manteniendo para el nivel nacional el ámbito de **las normas generales** y reservando para el local (regional, municipal) el nivel de la **facultad pública de deliberar** (abriendo espacio para la **participación** de formales o informales organizaciones no gubernamentales, legitimadas legalmente para **dialogar** con el gobierno local para las deliberaciones que tienen que ver con el bien común).

Asimismo, la legislación nacional hace que se prevé la intervención de los sectores no gubernamentales, en la ejecución de programas del ámbito informal de acción, para asegurar derechos de niños sedentarios o migrantes. El **control** ejercido por organizaciones vecinas, cercanas, es fundamental para prevenir disfunciones en términos de la garantía de derechos humanos y para evitar corrupción en el desempeño de los servicios públicos.

#### 5.3.1. El caso de Zacatecas

En el caso mexicano, la iniciativa básica en el año 2007 es preparar a los agentes gubernamentales y no gubernamentales para tener condición de comprender, delante de sus problemas prácticos del día a día, cuál es la diferencia entre la vieja doctrina del minorismo, que ha vigorado hasta la reforma Constitucional de 2006, y la moderna doctrina de la ciudadanía, actual, que debe operar con garantía de los derechos y deberes humanos.

En ese sentido, la primera capacitación para profesionales, servidores públicos, voluntarios de ONG, policías y otros agentes, será realizar en la ciudad mexicana que más familias migrantes tenga (con altísimo número de niños, niñas y adolescentes dejados atrás por las familias). Se trata del municipio de Zacatecas, donde será organizado un seminario piloto para levantar los problemas concretos sufridos por la niñez local y la adolescencia e identificar con todos los participantes del seminario, los instrumentos internacionales y nacionales para proponer los programas de encaminamiento de soluciones.

Tal tipo de entrenamiento de entrenadores puede y tal vez deba ser llevado a otras regiones. La reflexión de la gente local acerca de los problemas

que viven sus niños, niñas y adolescentes, cuando son víctimas del proceso migratorio, es esencial para la toma de conciencia de la realidad vivida, para plantear formas, medios, métodos de enfrentamiento de las dificultades futuras.

#### 5.4. Dando poder a las comunidades

La recién experiencia histórica demuestra que el darle poder a las comunidades para ejecutar programas oficiales ha permitido maximizar los recursos y hacer cosas buenas para asegurar derechos humanos y aplicar medidas legales, en países en desarrollo. Son oficiales, esos programas, porque se destinan no a atender intereses privados, sino a los intereses *públicos*, del bien *común*.

Comunidades con poder legal de intervención han puesto paradero en muchas formas de institucionalización física de niños, niñas y adolescentes. Ha sido posible, luego de la aplicación de las cláusulas de la CRC, hacer real la protección a niños, niñas y adolescentes en la propia comunidad, en vez de utilizar la privación de libertad.

Los programas comunitarios contribuyen a evitar el eufemismo de la “protección” que, en verdad, es auténtica privación de libertad. Los obsoletos argumentos retóricos de que tales equivocadas formas de “protección” (dentro de instituciones cerradas) son destinadas al “mejor o superior interés de la niñez”, repiten la incongruencia ya muchas veces mencionadas en este documento.

Por otro lado, la moderna percepción del Siglo XXI, en el tema, ha firmado la convicción de que la ciudadanía es construida con los niños, las niñas y los adolescentes viviendo en comunidades **involucradas** en buenos programas, **dotadas** de buenos recursos financieros, **bajo** buenas reglas de conducta.

Un punto clave es la posibilidad o imposibilidad de cumplir los Objetivos del Milenio, establecidos por las Naciones Unidas:

1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre.
2. Lograr la enseñanza primaria universal.
3. Promover igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer.
4. Reducir la mortalidad infantil.

5. Mejorar la salud materna.
6. Combatir el HIV/SIDA, el paludismo y otras enfermedades.
7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente.
8. Fomentar una asociación mundial por el desarrollo.

Los últimos tiempos se han demostrado cruciales en lo que se refiere a una buena reforma legislativa. Hay países que todavía mantienen la vieja manera de percibir, de conceptuar y de aplicar el principio del “mejor interés del niño”. Son los países que violan el criterio de respeto a la **capacidad** de los niños, niñas y adolescentes de ser *sujetos* y no meros *objetos* de las políticas públicas.

En ellos, los ocho objetivos del milenio permanecen en deuda con la CRC, la CEDAW, la ICCPR y la CMW, lo que significa permanecer en deuda con la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

## VI. Conclusión

El intenso proceso migratorio que se asiste en la primera década del Siglo XXI se muestra benéfico para los migrantes, en su búsqueda por mejores condiciones de vida en regiones o países más ricos, así como para los propios países que operan hoy en padrones globales de producción y de consumo de bienestar general. Sin embargo, las anomalías encontradas en el proceso global de migración, producen víctimas, entre ciertos grupos vulnerables, como las mujeres y los niños, como lo mencionó el Presidente de la 61ª Asamblea General de las Naciones Unidas, en septiembre de 1966.

La adecuada protección a esos grupos vulnerables cuenta con fuertes instrumentos internacionales, desde que los mismos sean utilizados con pertinencia y competencia profesional, para evitarse la acción aficionada no *eficiente* del pasado. Esos instrumentos son la CDR de 1948, la DRC de 1959, la ICCPR de 1966, la CEDAW de 1979, la CRC de 1989 y la CMW de 1990.

En lo que se refiere a niños, niñas y adolescentes, el cambio transformador hacia la garantía de derechos (y de los deberes correspondientes a esos derechos) implica necesariamente en *ajustes* de la legislación de las regiones o de los países de origen, o receptores de migración. Esa alteración consiste

en abandonar los antiguos y obsoletos criterios de *la incapacidad absoluta* de niños, niñas y adolescentes y de la *subjetiva* percepción “del superior o mejor interés de niño”.

El nuevo paradigma está basado en la adopción de los modernos criterios de la *capacidad real constatada* de niños, niñas y adolescentes, y del moderno criterio de la percepción *objetiva* del “superior o mejor interés” del niño, niña o adolescente, para que se eviten el arbitrio, la autocracia y la discrecionalidad abusiva de los adultos y los agentes del Estado.

El cambio transformador consiste, aún, de una reforma legislativa que establezca niveles de intervención, tanto de las organizaciones gubernamentales como de las no gubernamentales, para la aplicación del moderno principio de que

*A todo derecho humano reconocido corresponde una acción social, administrativa, o judicial, que asegure ese derecho.*

La acción social corresponde a actividades desarrolladas por *programas* ejecutados en la vía *informal*, por intermedio de profesionales (trabajadores sociales, pedagogos, educadores comunitarios, psicólogos, abogados especializados en cuestiones comunitarias y familiares), sin que haya necesidad de intervención de autoridades del Estado. Ese es el campo de la acción comúnmente denominada *preventiva* (prevenir malos tratos, prevenir laberínticas intervenciones estatales, prevenir criminalidad, prevenir que sea necesario un proceso judicial que es complicado en su ritual, y dañino en sí mismo en muchos de sus aspectos).

La acción *administrativa* consiste en la intervención de órganos o instancias oficiales, para *imposición*, para *hacer valer*, la acción que ha sido insuficiente o inadecuada en la vía *informal* de intervención. En esa vía administrativa, habrá que ser permitida y regulada, la *participación* de organizaciones no gubernamentales para hacer *el control* de la burocracia, evitando que esta se transforme de *medio* en un *fin* en sí misma.

La acción *judicial* es la más fuerte, la más efectiva, cuando es bien legislada y bien implementada. Ella debe ser organizada como última instancia del intento de resolver problemas humanos (es la única manera para garantizar *imparcialidad* en cuestiones criminales). Debe ser puesta en movimiento

para hacer *efectiva* la intención de resolver conflictos no resueltos ya sea en las intervenciones no gubernamentales o gubernamentales al respecto de niños, niñas y adolescentes emigrantes, sobre lo que tiene que ver con los que son dejados para atrás, en el proceso de emigración de las familias.

La reforma legislativa debe basarse, para su *efectividad*, en el principio de descentralización político-administrativa que se funda en la máxima de que se debe

*Pensar globalmente y actuar localmente.*

Para tanto, hay que evitar el paralelismo de acciones entre las instancias centrales de la burocracia oficial y las intervenciones locales que deben ser *deliberadas* y deben ser *ejecutadas* con intensa participación de las comunidades vecinas donde se van a ubicar a los niños, niñas y adolescentes migrantes en los países de destino, en las pobres comunidades de origen.

Los comunitarios deben aprender a participar, “participando” de las soluciones para sus problemas, y de las reflexiones acerca del cómo se hace organización comunitaria. Y la reforma legislativa debe legitimar esos sectores para su protagonismo en las acciones *informales* y en el proceso *del control* de las acciones oficiales, en la *vía administrativa*. En ese sentido, capacitación de los agentes comunitarios y oficiales es esencial para el éxito del emprendimiento.

Finalmente, en el intento de buscar eficiencia para el logro de los objetivos del milenio, las modernas reformas legislativas por los derechos humanos de los migrantes, deben considerar principios y reglas para tener a los niños, niñas, o adolescentes como *sujetos* y no como meros *objetos de esa búsqueda*.

Eso es esencial para que derechos humanos sean respetados y los grupos vulnerables sean tratados con dignidad para erradicar la pobreza, lograr enseñanza, promover igualdad entre géneros, reducir mortalidad, combatir HIV/SIDA, sostenibilidad del medio ambiente, y para la asociación mundial en la búsqueda del desarrollo.

## VII. Notas bibliográficas

- [1] Report of the Secretary General, UN General Assembly sixtieth session, 8 August 2006, Globalization and interdependence: international migration and development. *A/60/205*.
- [2] The Millennium Development Goals and Migration, IOM Migration Research Series No. 20, Internet, [www.iom.int//DOCUMENTS/PUBLICATION/MRS20.eBOOK.pdf](http://www.iom.int//DOCUMENTS/PUBLICATION/MRS20.eBOOK.pdf).
- [3] International Migration and the MDGs. Selected Papers of the UNFPA Expert Group Meeting, Internet, [www.unfpa.org/upload/lib\\_pub\\_file/487\\_filename\\_migration\\_report\\_2005.pdf](http://www.unfpa.org/upload/lib_pub_file/487_filename_migration_report_2005.pdf)
- [4] UNICEF, Innocenti Working Paper 2005-05. Children of International Migrants in Indonesia, Thailand and the Philippines: A review of Evidence and Policies, John Bryant.
- [5] Rosalia Cortes, Remittances and Children's Rights: An overview of Academic and Policy Literature, UNICEF/ UNDP sponsored study.
- [6] UNICEF/GPS Policy Brief "The implication of Women's Labour Migration for Children's Rights", January 2006.
- [7] The Millennium Development Goals and Migration, IOM Migration Research Series No. 20, Internet, [www.iom.int//DOCUMENTS/PUBLICATION/MRS20.eBOOK.pdf](http://www.iom.int//DOCUMENTS/PUBLICATION/MRS20.eBOOK.pdf).
- [8] UNICEF, State of the World's Children 2006, Excluded and Invisible.



# La violencia sexual contra la niñez y adolescencia desde una perspectiva de género

Gayne Villagómez Weir

---

## Sumario:

I. Introducción. II. ¿Qué es la violencia sexual contra la niñez y adolescencia? III. Salud sexual, sexualidad y poder. IV. ¿Adultocentrismo y patriarcado? V. La situación de violencia sexual de niñas, niños y adolescentes en el Ecuador. VI. Marco legal vigente. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

---

## I. Introducción

Mi interés por el tema que abordo en este ensayo surge del análisis sobre feminismo y género, y derechos de niñez y adolescencia y violencia sexual que mis últimos trabajos de investigación me han permitido realizar. El cruce de estos dos enfoques me llevó a profundizar en las similitudes entre la violencia sexual contra la niñez y adolescencia, y la violencia intrafamiliar y sexual contra las mujeres, y plantear como hipótesis para este ensayo que ambas son consecuencia de relaciones de poder asimétricas y desiguales, predominantes en un sistema social androcéntrico, y que pueden desembocar en abuso y violencia sexual. Si bien existen factores desencadenantes de la violencia sexual, que son el pretexto para su desenlace, son sólo eso y no la causa directa. Los casos patológicos no son incluidos en este análisis porque no constituyen



la mayoría de los casos, como lo han planteado varias de las teóricas consultadas y con lo cual yo coincido.

Inicio este trabajo con un breve marco teórico respecto a lo que es la violencia sexual contra la niñez y adolescencia, doy definiciones sobre salud sexual y sexualidad, visibilizando las relaciones de poder que las atraviesa, usando las categorías de adultocentrismo y patriarcado. Luego paso a describir el estado de la cuestión en el país y finalizo señalando el marco legal de los derechos de niñas, niños y adolescentes a una vida sin violencia, y concluyo con algunas reflexiones.

## II. ¿Qué es la violencia sexual contra la niñez y adolescencia?

El Plan Nacional para la Erradicación de la Violencia de Género hacia la Niñez, la Adolescencia y Mujeres, ofrece la siguiente definición de violencia sexual:

Es todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo<sup>1</sup>.

Violencia sexual es todo acto sexual forzado mediante la coacción física, o por cualquier forma de coerción, agresión o abuso<sup>2</sup>. Toda aproximación sexual de un adulto/a hacia niñas, niños y adolescentes constituye una agresión sexual que menoscaba su desarrollo psico-sexual porque excede su capacidad de entendimiento y respuesta emocional. Abarca la penetración sexual, el sexo oral, anal, la masturbación de un adulto a una niña, niño o adolescente o que éstos y éstas masturben al adulto, caricias, besos y abrazos

1 *s/a., Plan Nacional para la Erradicación de la Violencia de Género hacia la Niñez, la Adolescencia y Mujeres*, No. 1009, s/f, pdf.

2 Empleo el término abuso sexual como sinónimo de agresión sexual o violencia sexual.

sexuales<sup>3</sup>. También consiste en acciones sexuales indirectas como dejarles ver o proporcionarles pornografía impresa, digital, o a través del cine o la televisión, o permitiéndoles el acceso a espectáculos pornográficos.

El Plan Nacional también señala como formas de violencia sexual:

las tentativas de obtener sexo bajo coacción, la agresión mediante órganos sexuales, el acoso sexual incluyendo la humillación sexual, el matrimonio o cohabitación forzados incluyendo el matrimonio de menores, la prostitución forzada y comercialización de mujeres, el aborto forzado, la denegación del derecho a hacer uso de la anticoncepción o a adoptar medidas de protección contra enfermedades, y los actos de violencia que afecten a la integridad sexual de las mujeres tales como las inspecciones para comprobar la virginidad.

Siendo los delitos sexuales de tan compleja comprensión hay inclusive algunas formas de abuso que puede haberlas pedido la víctima, lo cual *no* significa que tiene responsabilidad de ello, ni que haya deseado el abuso; son mecanismos para compensar deficiencias afectivas causadas por relaciones familiares disfuncionales. En nuestra legislación el consentimiento nunca será considerado como atenuante y peor como eximente de responsabilidad, será siempre *la o el adulto* el único responsable del acto.

Las niñas y los niños no buscan, de forma natural, contactos sexuales no propios de su edad. Las actitudes de una niña o niño, que no han sido abusados sexualmente, y que tienen entre ellos y ellas edades próximas son experiencias agradables y enriquecedoras, y de ninguna manera traumáticas<sup>4</sup>. Pero si la niña/niño/adolescente ha sido expuesta/o a comportamientos sexuales por parte de adultos, podrían reproducir el abuso con otras niñas y niños, independientemente de la edad del abusado y del abusador. Ha habido casos de abuso de parte de niñas menores en edad en contra de su hermano de contextura más débil que ellas<sup>5</sup>.

3 Pia Mellody, *Facing Codependence*, San Francisco, USA, Harper and Dow Publishers 1989, p. 149. Traducción libre. Emplearé este libro para referirme a varios aspectos sobre abuso sexual en este acápite.

4 Por ejemplo, enseñarse sus genitales o contarse cómo son.

5 Un caso de este tipo es descrito en el libro de Pia Mellody, *op. cit.*, p. 150.

Si una niña, niño o adolescente conoce comportamientos sexuales de adultos, es porque fue expuesto a ellos o involucrada/o en actos sexuales indirectos por un adulto/a o niño/a mayor ya que no hay otra forma de aprender estas conductas sino es por haber experimentado una situación de abuso. Hay niñas o niños que no reciben cariño de su familia y desarrollan una gran necesidad de afecto, y el abuso puede hacerle sentir aparentemente bien. Esta situación puede llevarle a buscar ese acto sexual, no por lo que es, sino por lo que *representa* para una niña o niño emocionalmente abandonada/o; el abuso se convirtió en una sustitución del afecto.

También hay formas encubiertas de abuso sexual, formas indirectas, ocultas, como no poner fronteras frente a determinados comportamientos sexuales o el usar un lenguaje de connotación sexual no apropiado. En un medio urbano, una forma de transgresión de las fronteras individuales es exponer a niñas y niños a ver desnudos a su padre/madre/adulto a edades inadecuadas o cuando el/la adulta expresamente buscan ver a sus hijas o hijos desnudos/as, en edades en que las niñas y niños, y con mayor razón, los/las adolescentes necesitan privacidad. Desde luego, algunas de estas formas pueden considerarse naturales, por ejemplo, en culturas ancestrales que viven en otro contexto social. Abuso indirecto también es tener contacto sexual con la pareja en presencia de los/las niñas. Hay familias en que la privacidad es mal vista, no permitida o simplemente hay descuido respecto de ella y esas son formas de abuso porque expone a niñas, niños y adolescentes a experimentar situaciones sexuales adultas.

Expresiones sexuales verbales abusivas, son por ejemplo, conversaciones inapropiadas sobre la sexualidad (pedir detalles), hacer chistes sobre sexo, interrogar sobre las experiencias sexuales de los adolescentes de forma invasiva y emplear calificativos despectivos de connotación sexual. Si bien es saludable y necesario dar educación sexual a niñas y niños, traspasar las fronteras convierte el acto en abuso sexual psicológico.

También constituye abuso psicológico cuando que el padre/la madre actúa como si quisiera tener una relación romántica con su hija/hijo: implica por ejemplo, hablarle sobre lo bien formado que es su cuerpo y que le gustaría tocarlo o hacer referencia a ciertas partes de su cuerpo (sus senos, nalgas, o su pene), o decirle que si él fuera más joven le hubiera gustado ser su enamorado/a.

La intensidad de la violencia sexual también tiene relación con la frecuencia, el intervalo y la duración en el tiempo de estos actos. Puede tener lugar a lo largo de todo el ciclo de vida, desde la infancia hasta la vejez, o puede producirse en una etapa determinada y cada acto entre sí puede repetirse en intervalos cortos o largos.

Vivir en familias con sistemas disfuncionales, que han adoptado comportamientos sexuales abusivos y violentos, forma niñas, niños y adolescentes que posiblemente también adoptarán comportamientos sexuales disfuncionales, especialmente si no han recibido atención médica oportuna.

En nuestra legislación, y especialmente después de las reformas penales del año 2005, nuevas formas de delitos sexuales y de explotación sexual contra la niñez y adolescencia fueron introducidos en el Código Penal. Llamaron la atención pública varios casos denunciados en la prensa en ese año, que fueron de conocimiento público, especialmente el de Galápagos<sup>6</sup> y causó alarma la impunidad en que podrían quedar estos actos por el vacío en la legislación.

Ahora que se está estudiando la propuesta del Código de Garantías Penales, es oportuno acotar que no obstante compartir el nuevo enfoque sobre las responsabilidades penales y la garantía de derechos, es primordial se consideren importantes definiciones contenidas en el Plan de Violencia de Género, la Convención de Belém Do Pará y el Código de la Niñez y Adolescencia, y se mantenga el enfoque de especificidad de estos delitos para que no terminen diluyéndose en la generalidad de los demás tipos penales.

¿Cuáles son los delitos sexuales tipificados, en el Código Penal, en contra de niños, niñas y adolescentes? La normativa penal tiene definiciones generales, por lo cual señalo a continuación definiciones no textuales, referidas sólo a este grupo de edad<sup>7</sup>:

6 En abril del 2004, algunas madres y padres de los niños y niñas que habían sufrido explotación sexual por el matrimonio Burdett Cedeño, en la provincia de Galápagos, acudieron a la Comisión de la Mujer, la Niñez, y la Familia para pedir ayuda al existir graves indicios de que el juez y el fiscal habían prevaricado y la ex diputada Miryam Garcés, a quien yo asesoraba, era integrante de la Comisión, por tanto tuve conocimiento de fuentes directas sobre este caso.

7 Redactadas en base a los arts. 504 y siguientes del Código Penal actual.

**Abuso sexual:** obligar a una persona menor de edad a realizar actos de naturaleza sexual sin que haya penetración.

**Acoso sexual:** cuando se piden favores de naturaleza sexual, para sí mismo o para una tercera persona, aprovechándose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa u otra, o si tiene a su cargo trámites o resoluciones de cualquier tipo, bajo la amenaza de causar daño a la víctima o a su familia. El acoso sexual puede producirse en el lugar de trabajo, escuelas y colegios, en los establecimientos de salud, religiosos, internados, y similares. Los lugares cerrados o internados pueden ser más propensos a este tipo de delitos.

**Violación:** es el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal, o, la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:

- Cuando la víctima es menor de 14 años.
- Cuando la persona ofendida está privada de la razón, o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no puede poner resistencia, y
- Cuando se usa la violencia, amenaza o intimidación.
- Cuando se trata de personas entre 14 y 18 años de edad debe comprobar que hubo violencia, amenaza, intimidación o que no pudo poner resistencia para considerar que hubo violación.

**Corrupción de menores:** es la venta o entrega a menores de 14 años, objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas “obscenas”; que puedan afectar su integridad sexual, incitar a la ebriedad o la práctica de actos obscenos; o, facilitarles la entrada a prostíbulos o lugares como cines o teatros que brinden espectáculos obscenos.

**Estupro con persona menor de edad:** tener relaciones sexuales con una persona menor de edad usando la seducción o engaño. Si se produce con una persona menor de 14 años es violación<sup>8</sup>.

La explotación sexual de niños, niñas y adolescentes son delitos sexuales en que se busca el lucro o la ganancia. Consiste en la utilización o exposición

---

<sup>8</sup> Gayne Villagómez W., *Guía Ciudadana para facilitar la denuncia ante la Agresión Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes*, Ibarra, Imbabura, UNICEF, 2008, p. 6.

sexual de niños, niñas y adolescentes, a cambio de dinero, regalos, diversión y promesa de pago, entre otros.

La explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes es la exposición o utilización de personas menores de edad en actividades sexuales, a cambio de dinero o cualquier otro tipo de obsequios, puede intermediar el engaño e incluso las amenazas. La niña, niño o adolescente es tratada/o como un objeto sexual y una mercancía que se oferta, se vende y se compra (...)⁹.

La explotación sexual se puede realizar de diferentes formas¹⁰:

- Pornografía: es la producción, publicación o venta de imágenes pornográficas a través de cualquier medio electrónico o audiovisual (internet, DVD, CD, fotos, filmaciones, etc.) en que participen personas menores de edad en actividades sexuales o que demuestre sus órganos genitales.
- La utilización de niños, niñas y adolescentes en espectáculos que impliquen la exhibición total o parcial de su cuerpo con fines sexuales.
- Turismo sexual: organizar, ofrecer, promover y/o comprar actividades turísticas que impliquen servicios sexuales de un niño, niña o adolescente.
- Trata con fines sexuales: es la captación, traslado, acogida o entrega de una persona para que sea utilizada sexualmente. Cuando la víctima es un niño, niña o adolescente la pena aumenta.
- Venta de niños, niñas y adolescentes: es cuando una persona es entregada a otra por medio de la venta y compra.
- Explotación sexual conocida como “prostitución infantil”¹¹: promover o facilitar las relaciones sexuales con un niño, niña o adolescente a cambio de dinero o cualquier compensación¹².

9 Fundación Esperanza, *Explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes en el cantón Tena, provincia de Napo. Línea de Base*, Quito, mayo 2007, p. 13.

10 Estas definiciones fueron tomadas del Registro Oficial No. 45, del 23 de junio del 2005, *Ley Reformatoria al Código Penal que tipifica los delitos sexuales y de explotación sexual de personas menores de edad*.

11 El término correcto es explotación sexual cuando se trata de niños, niñas y adolescentes. La prostitución se refiere a una actividad que se supone hay el consentimiento válido de una persona mayor de 18 años, en la explotación sexual el consentimiento del o la menor es irrelevante.

12 Gayne Villagómez W., *op. cit.*, p. 7.

La explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes conlleva graves consecuencias físicas, psicológicas y sociales para la víctima (y su familia), muchas de las cuales perdurarán por largos períodos de sus vidas, tales como: “baja autoestima; depresión; adicción a las drogas o alcohol (...) embarazos no deseados y de alto riesgo; abortos realizados clandestinamente de lo que se [puede] deriva[r] en esterilidad permanente o muerte; presencia de infecciones de transmisión sexual (ITS) y Vih/sida”<sup>13</sup>.

### III. Salud sexual, sexualidad y poder

La Organización Panamericana de la Salud define a la sexualidad como:

una dimensión fundamental del hecho de ser un ser humano: Basada en el sexo, incluye al género, las identidades de sexo y género, la orientación sexual, el erotismo, la vinculación afectiva y el amor, y la reproducción. Se experimenta o se expresa en forma de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, actividades, prácticas, roles y relaciones. La sexualidad es el resultado de la interacción de factores biológicos, psicológicos, socioeconómicos, culturales, éticos y religiosos o espirituales<sup>14</sup>.

Y define a salud sexual como:

la experiencia del proceso continuo de bienestar físico, psicológico y socio-cultural relacionado con la sexualidad. La salud sexual se observa en las expresiones libres y responsables de las capacidades sexuales que propician un bienestar personal y social, enriqueciendo de esta manera la vida individual y social. No se trata simplemente de la ausencia de disfunción, enfermedad o discapacidad. Para que la salud sexual se logre es necesario que los derechos sexuales de las personas se reconozcan y se garanticen<sup>15</sup>.

13 Fundación Esperanza, *op. cit.*, p. 14.

14 Organización Panamericana de la Salud, *Promoción de la salud sexual: recomendaciones para la acción*, Cuadro 1, 2000, p. 7. Internet, <http://www.pabo.org/Spanish/HCP/HCA/saludsexual.pdf>.

15 *Ibid.*, p. 7.

La salud sexual de niñas, niños y adolescentes, como un proceso individual y colectivo, necesita desenvolverse en un contexto familiar y social de protección y respeto a sus cuerpos y a las manifestaciones sexuales propias de su edad, y de acceso a información adecuada para cada etapa de desarrollo, desprejuiciada y científica, para que adquieran una sana salud sexual.

La sexualidad se experimenta y se expresa en todo lo que somos, sentimos, pensamos y hacemos... Por lo tanto, negar u obstaculizar los medios para alcanzar la salud sexual, es decir, el bienestar relacionado con la sexualidad, puede constituir trato inhumano en la medida en que niega el carácter y la dignidad humanas del individuo<sup>16</sup>.

Nacemos con una sexualidad y la desarrollamos durante toda nuestra vida; en ella intervienen factores biológicos, psicológicos, socioeconómicos, culturales, éticos y espirituales. Este proceso involucra la afirmación de la auto-identidad, así como un relacionamiento con las y los demás, es decir, se produce también en medio de relaciones interpersonales establecidas según patrones socioculturales que reproducen relaciones de poder inequitativas.

Citando a Michel Foucault: “El cuerpo está en medio de relaciones de poder que operan sobre él: lo cercan, lo marcan, lo doman, lo someten a suplicio, le fuerzan a unos trabajos, le obligan a unas ceremonias, exigen de él unos signos”<sup>17</sup>. “El territorio de la microfísica del poder es el cuerpo”<sup>18</sup>.

Pero antes de entrar a analizar el poder —o en este caso el abuso de poder— en el ámbito de la sexualidad, se hace imprescindible tomar prestadas algunas reflexiones de Marcela Lagarde sobre la sexualidad y su construcción. “Ser mujer o ser hombre es un hecho sociocultural e histórico”<sup>19</sup>, las características biológicas son rebasadas por el género en el cual interviene la cultura, que crea identidades específicas para las mujeres y para los hombres u otras

16 Rebeca Cook, Bernard Dickens *et al.*, *Salud reproductiva y derechos humanos*, Oxford University Press, Profamilia, Colombia, 2003, p. 166.

17 Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar: el nacimiento de la prisión*, Siglo XXI editores, México, 1997, tomado de Roxana Arroyo y Loli Valladares, *Violencia Sexual contra las Mujeres*, Proyecto Regional Corte Penal Internacional y Justicia de Género, p 11.

18 Cita de Michel Foucault tomado de Marcela Lagarde, *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*, UNAM, México D.F., 2003, p. 260.

19 *Ibid.*, p. 177.



categorías genéricas, según la época y la sociedad. Lagarde define la sexualidad como cultura:

la sexualidad específicamente humana es lenguaje, símbolo, norma, rito y mito: es uno de los espacios privilegiados de la sanción, del tabú, de la obligatoriedad y de la transgresión<sup>20</sup>.

La sexualidad está en la base del poder: tener una u otra definición genérica implica para los seres humanos, ocupar un lugar en el mundo y, aún ahora, tener un destino más o menos previsible. Independientemente de la voluntad, la adscripción genérica ubica: es una forma de integración en la jerarquía social, y es uno de sus criterios de reproducción; significa también, tener y ejercer poderes sobre otros, o no tener siquiera, poder sobre la propia existencia<sup>21</sup>.

Dentro de este análisis la autora ubica el poder patriarcal como aquel constituido por, entre otros, el del grupo de edad de los adultos productivos<sup>22</sup>.

Es precisamente respecto al análisis del poder en la sexualidad que Kate Millett dedica su obra *Política Sexual* (Sexual Politics). La autora, una de las precursoras del estudio de la sexualidad desde la política y relaciones de poder patriarcales, crea categorías de indiscutible relevancia para descifrar las construcciones sociales y culturales androcéntricas que tienen origen en las construcciones sexuales. Millett señala en esta obra que “la sexualidad es una categoría de status con implicaciones políticas”<sup>23</sup> y añade que el concepto de *política* debe emplearse al referirnos a los sexos porque permite definir su verdadero estatus histórico y actual. Es necesario desarrollar una teoría sobre la política que aborde las relaciones de poder entre las personas para explicar el porqué algunos grupos no tienen representación alguna en muchas estructuras políticas, dando cuenta de su continua opresión, en un sistema de relaciones entre sexos llamado patriarcado.

Pionera en definir que la violación es el resultado de relaciones de poder desiguales, Susan Brownmiller señala en su libro, *Against our Will. Men, Women and Rape* (Contra nuestra voluntad. Hombres, Mujeres y Violación),

---

20 *Ibid.*, p. 194.

21 *Ibid.*, p. 184.

22 *Ibid.*, p. 158.

23 Kate Millett, *Sexual Politics*, New York, Avon Books, 1970, p. 44. Traducción libre.

que la violación es un acto de poder<sup>24</sup> y no la manifestación de un problema individual por una disfunción o enfermedad mental del violador, como las teorías tradicionales lo habían planteado. La autora explica que los violadores operan en espacios institucionalizados que les ofrece ventajas sobre la víctima como son los lugares cerrados, internados, conventos, centros de reclusión, o se producen en tiempos de guerra, o los agresores actúan dentro de relaciones de dependencia, jerárquicas, de corte autoritario que debilita la resistencia que pudiera oponer la víctima<sup>25</sup>. La idealización de un héroe o estrella de música o de cine también puede crear un escenario propicio. Los espacios predecibles, en que la víctima ha dado su consentimiento para estar con el agresor (aún no revelado), es otro espacio propicio en el cual además la víctima tiene pocas posibilidades de demostrar [ante un sistema de justicia patriarcal] que se trató de una violación; ejemplos: cuando una mujer sale a una cita y la aproximación de su pretendiente se torna agresiva y termina imponiendo una relación sexual en contra de su voluntad, o cuando una mujer consiente en dejar ingresar a su domicilio a un hombre, sin que medie pretensión sexual de su parte y la visita se torna violenta y termina produciéndose una violación.

En este estudio, Brownmiller hace un análisis de casos de violación en que las autoridades, o culpaban a la víctima-niño/a, o, a la “histérica” de la madre por creer en sus “historias” de abuso; resulta que se culpaban a todos, ¡menos al agresor! Ella se refiere a un estudio de 250 casos de crímenes sexuales en los barrios neoyorquinos de Brooklyn y Bronx donde se encontró que las 2/3 partes de las víctimas sufrieron daño emocional y 14% perturbaciones graves; entre los sentimientos más comunes sentían profunda culpa (por los “problemas causados” a la familia), vergüenza y baja autoestima. También manifestaron agresividad y falta de concentración; unos pocos niños o niñas reprodujeron comportamientos similares con otros niños/as. En el perfil de los agresores no se identificaron patrones de comportamiento anómalos o disfuncionales. Eran padres comunes, inclusive “conservadores, moralistas y devotos religiosos”<sup>26</sup>.

24 Susan Brownmiller, *Against our Will. Men, women and rape*, Estados Unidos de Norteamérica, Bantam Books, 1975, p. 283. La traducción de este y los demás textos que siguen son míos; la cursiva también.

25 *Ibid.*, p. 283.

26 *Ibid.*, p. 311.

Concluye Brownmiller: el silencio, que impide una aproximación realista sobre el verdadero significado del abuso de niños y niñas, está cimentado sobre la filosofía patriarcal de la propiedad privada del sexo que forma y determina actitudes históricas masculinas sobre la violación. Si la mujer representa la propiedad corpórea del hombre, sus hijos e hijas se constituyen en propiedad subsidiaria. ¿Son estos los rezagos de la dictadura del reinado del padre?

El poder no sólo es subjetivo, es un acto real que se exterioriza y se expresa y construye como resultado de procesos colectivos, de grupos o sectores. Así como el empoderamiento es un proceso social (y también individual), el ejercicio del poder patriarcal surge de procesos sociales históricos y la agresión sexual es una de sus caras: una de sus más brutales e imponentes manifestaciones.

El patriarcado ha mantenido a las mujeres apartadas del poder. El poder no se tiene, se ejerce: no es una esencia o una sustancia, es una red de relaciones. El poder nunca es de los individuos, sino de los grupos. Desde esta perspectiva, el patriarcado no es otra cosa que un sistema de pactos interclasistas entre los varones. Y el espacio natural donde se realizan los pactos patriarcales es la política<sup>27</sup>.

En la Constitución de 1998 –y en la actual– el tema de la sexualidad irrumpió en el espacio público, a instancias de los movimientos sociales, creando un importante precedente: si en la sexualidad hay relaciones de poder, allí también hay derechos que regular y respetar. Al haber develado el feminismo que el ámbito privado era uno de los espacios donde más se violaban los derechos humanos por la asimetría de poderes, la sexualidad también debía ser objeto de análisis político. En un artículo escrito por Martha Cecilia Ruiz sobre la igualdad de derechos y la orientación sexual<sup>28</sup>, ella comenta que “algunos asambleístas cuestionaron que la Carta Política deba incluir un tema que consideraban como parte de la vida privada, y relacionado únicamente al campo de los afectos, a lo natural y fisiológico”.

27 Nuria Varela, *Feminismo para Principiantes*, Barcelona, Ediciones B, 2005, p. 53.

28 Martha Cecilia Ruiz, “Orgullo gay y un Plan por la igualdad de derechos”, *Revista Alai*, No. 355, Quito, 2002, p. 21.

El riesgo de naturalizar la sexualidad, señala, está en que cuando esto sucede se toman ciertas relaciones, actitudes y prácticas como obvias, naturales, eternas y por ende, como intocables e incuestionables. La realidad es que las prácticas que se consideran “privadas” y aquellas que ocurren dentro de las fronteras de un hogar están atravesadas por relaciones de poder e incluso marcadas por la violencia. Por eso existen leyes en contra de la violencia doméstica, porque en el hogar y dentro de la familia no siempre existe la armonía que tanto se predica. Es más, la mayor parte de las agresiones en contra de mujeres, niños y niñas se producen por parte de familiares... Politizar la sexualidad implica sacar este tema del ámbito exclusivamente privado, para colocarlo en el debate público, y para repensar las relaciones de poder (entre hombres y mujeres, adultos y menores, homosexuales y heterosexuales) y ver cómo éstas afectan nuestras vidas, nuestros cuerpos y nuestra posibilidad de desarrollarnos<sup>29</sup>.

#### IV. ¿Adultocentrismo y patriarcado?

Las posiciones críticas sobre la cultura también han objetado las estructuras sociales de poder en que transcurren las vidas de niñas, niños y adolescentes; la construcción de la categoría de análisis sobre *adultocentrismo* se ha mostrado prima hermana, o incluso hermana de la teoría sobre el sistema patriarcal en la medida en que evidencia la exclusión de niñas, niños y adolescentes de la toma de decisiones y en la participación y condiciona su existencia a la subordinación y violencia, una vez más, naturalizando y sublimando estas prácticas.

El adultocentrismo es la categoría premoderna y moderna “que designa en nuestras sociedades una relación asimétrica y tensional de poder entre los adultos (+) y los jóvenes (-) [...] Esta visión del mundo está montada sobre un universo simbólico y un orden de valores propio de la concepción patriarcal. En este orden, el criterio biológico subordina o excluye a las mujeres por razón de género y a los jóvenes por la edad. Se traduce en las prácticas sociales que sustentan la representación de los adultos como un modelo aca-

---

29 *Ibid.*, p. 21.

bado al que se aspira para el cumplimiento de las tareas sociales y la productividad<sup>30</sup>.

Esta perspectiva dio lugar a nuevos avances de los derechos humanos y uno de sus hitos fue la Doctrina de la Protección Integral que se tradujo en la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, que a su vez modificó el derecho de familia. En el Ecuador se aprobó –no exento de tensiones– el Código de la Niñez y Adolescencia. Significó el reconocimiento de niñas, niños y adolescentes como sujetos jurídicos, en el marco de profundos cuestionamientos a la institucionalización de la familia nuclear jerárquica y de la figura del padre como jefe omnipotente del hogar; indudablemente posicionó una nueva concepción sobre las relaciones familiares, que el feminismo ya lo había colocado en el debate años antes.

El adultocentrismo concibe al adulto (y no a cualquier adulto) como centro de la sociedad, atribuyéndole características determinadas y opuestas a aquellas que tienen niñas, niños y adolescentes; la Doctrina de Protección Integral remeció los cimientos de este modelo que mantenía y perpetraba la autoridad masculina. Esta perspectiva, y el principio del interés superior de la niña o niño, devinieron en contra del “proyecto hegemónico que coloca como centro al significativo varón-blanco-heterosexual-burgués-urbano y que además es adulto”<sup>31</sup>.

En el artículo de Frances Olsen, *El mito de la intervención del Estado en la Familia*<sup>32</sup>, la autora hace una cronología sobre las formas adoptadas por el Estado frente a la familia (de intervención y no intervención) y en relación al Modelo de Jefe de Familia no intervencionista describe cómo, en el siglo XIX, la concepción de que el poder del jefe de familia –el marido y padre–, para actuar en nombre de la familia y arreglar las disputas interfamiliares, evitaba que el Estado tuviera que intervenir en cada familia.

30 Dina Krauskopf, *Dimensiones críticas en la participación social de las juventudes*. Este documento constituye una revisión del trabajo “Participación y Desarrollo Social en la Adolescencia”, publicado por el Fondo de Población de Naciones Unidas en San José, Costa Rica, 1998. Revisión efectuada en noviembre de 1999, Internet, [bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/cygf/juventud/krauskopf.pdf](http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/cygf/juventud/krauskopf.pdf).

31 Jorge Daniel Vásquez, “Análisis del discurso androcéntrico”, *Antroposmoderno* 26 de octubre 2009, Internet, [www.antroposmoderno.com/antro-articulo](http://www.antroposmoderno.com/antro-articulo).

32 Frances E. Olsen, *El mito de la intervención del Estado en la Familia*, Santiago de Chile, Lom Ediciones, 1999, p. 426.

Durante la primera parte del siglo XIX, el marido era el jefe jurídico de la familia, con derecho a controlar esposa y prole (...) El tenía derecho a servicios de su prole y de su esposa (...) Es más, el concepto de no intervención del siglo diecinueve permitía exigir que el Estado impulsara la autoridad del padre... [y añade en las conclusiones] El abuso sexual de niñas/os es un ejemplo de lo inadecuada que es la retórica de la no intervención [del Estado]. También es ilustrativa del problema de darles a las personas adultas tanta autoridad y poder sobre niñas y niños (...) <sup>33</sup>.

De esta forma el padre reemplazaba a la autoridad del Estado, considerándolo investido de los atributos y las capacidades que el poder –masculino–, requería para tal representación legal, social y simbólica.

## V. La situación de violencia sexual de niñas, niños y adolescentes en el Ecuador

La magnitud de la violencia sexual en contra de niñas, niños y adolescentes en el país no se conoce aún en su total dimensión y quizá nunca se llegue a conocer porque la mayoría de casos no son denunciados. Son delitos que se mantienen ocultos, generalmente no hay testigos, y se utiliza la manipulación y el temor infundado en la víctima para silenciarla. Además el procedimiento penal resulta largo, revictimizante y costoso, lo cual desanima la denuncia o provoca el abandono de los casos. Sin embargo de esto los escasos datos con lo que se cuenta dan muestra de una situación preocupante que requiere de nuevas formas de intervención del Estado.

Existen factores desencadenantes para la inserción de niñas, niños y adolescentes en situaciones de explotación sexual; generalmente viven en condiciones de abandono físico, emocional y afectivo o maltrato físico y psicológico, producto de hogares disfuncionales en los cuales se reproducen patrones, comportamientos y hábitos sexuales no saludables. Las dificultades económicas agravan la situación de vida de estas niñas, niños y adolescentes, lo cual promueve su enganche en las redes de explotación.

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 441.

Estos delitos siguen la lógica del sistema de acumulación de capitales, con ellos se busca el máximo provecho del objeto explotado: los cuerpos de niñas, niños y adolescentes. “El fenómeno de la globalización de la economía de mercado ha generado o intensificado la explotación de recursos y de seres humanos. La rentabilización máxima de los recursos naturales, y de todo aquello de lo cual se logre obtener utilidades en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, incluyendo las cualidades de las personas”<sup>34</sup>.

Según el Ministerio Público, en sus reportes de los años 2005, 2006 y 2007, se evidencia un importante incremento de denuncias de delitos sexuales: en el 2005 se registraron 8.682 denuncias, mientras que en el 2007 se registraron 10.204<sup>35</sup>. De acuerdo al *Plan Nacional para combatir la Trata de personas, el tráfico ilegal de migrantes, explotación sexual, laboral y otros modos de explotación y prostitución de mujeres, niños, niñas y adolescentes, pornografía infantil y corrupción de menores*<sup>36</sup>, hay evidencias que<sup>37</sup>:

- Hay aproximadamente 25.000 mujeres en la prostitución, de las cuales alrededor de 5.200 son niñas y adolescentes en explotación sexual, entre 15 y 17 años, en su mayoría, según un estudio realizado por la OIT.
- Un gran número de estas niñas son madres, lo cual constituye una circunstancia que agrava su situación personal y la de su hijo o hija.
- En cuanto a pornografía infantil no se cuenta con datos pero se conoce que operan redes que producen y distribuyen este material dentro y fuera del país.
- En relación al turismo sexual infantil tampoco existen registros estadísticos pero existen datos que advierten que la explotación sexual está ligada al sector del turismo. Se establece, según la investigación de la OIT, que de las niñas y adolescentes entrevistadas, 47% tuvieron relaciones con personas de otros países.

34 Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, *Plan Nacional para combatir la Trata, explotación sexual, laboral, y otros medios de explotación de personas, en particular mujeres, niños, niñas y adolescentes*, CNNA, p. 4.

35 Estadística obtenida del *Plan Nacional para la erradicación de la violencia de género*, pdf, p. 7.

36 Registro Oficial No. 375, 12 octubre 2006.

37 Los siguientes datos fueron tomados de la publicación *Niñez, Política Social y Ciudadanía* en el Ecuador, UNICEF, 2008, p. 26.

El mercado del sexo es el tercer negocio ilícito más lucrativo del mundo, en el cual figura la trata sexual de personas como un delito cada vez más extendido. Este fenómeno se mueve por medio de redes y organizaciones, que operan clandestinamente y emplean la violencia y la coerción en contra sus víctimas para mantenerlas cautivas y para que no denuncien.

(...) involucra a una larga cadena de personas y empresas beneficiarias que se quedan con la mayor parte de las ganancias. Lejos de disminuir, el negocio del sexo va en aumento, la demanda es cada vez mayor y por tanto la oferta incrementa. La lógica capitalista determina cómo debe ser la oferta y es por esto que se emplean cada vez más jóvenes y hasta niñas en esta industria<sup>38</sup>.

La demanda de personas para la trata con fines sexuales, de servicios sexuales y de pornografía se genera, en su mayor parte, en los países desarrollados y las personas utilizadas para estas actividades, en su mayoría, provienen de países en desarrollo. El empobrecimiento, especialmente el empobrecimiento extremo, sin ser la causa, crea condiciones propicias para el reclutamiento de niñas, niños y adolescentes, que viven en condiciones de necesidad y vulnerabilidad. Según datos del SIISE 2008<sup>39</sup>, el 68,4% de niñas, niños y adolescentes en el Ecuador viven en la pobreza, de los cuales el 39,4% viven en extrema pobreza; la Organización Internacional del Trabajo, OIT, estima que 7.000 niños, niñas y adolescentes han sido víctimas de trata en el Ecuador<sup>40</sup>.

Siguiendo el análisis anterior respecto a la naturalización de la violencia y explotación, una cultura que reproduce patrones patriarcales genera relaciones asimétricas entre sexos, grupos etarios, etnias, personas con y sin discapacidades, determinando –por el poder que se ejerce sobre los cuerpos de los otros–, la cosificación de los cuerpos de quienes están en los niveles más bajos de la estructura de poder, considerándolos objetos a ser poseídos. Esto explica porque en el negocio del sexo, las niñas y adolescentes son sus mayores víctimas después de las mujeres.

38 Gayne Villagómez, *Guía de Atención integral para niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales*, UNICEF, Quito, 2008, p. 7.

39 SIISE 2008, SINIÑEZ, indicador en base al Censo de Población y Vivienda 2001.

40 *Ibid.*, p. 8.



En los delitos sexuales que ocurren en el espacio familiar, existe una lógica similar: son consecuencia de relaciones asimétricas, disfuncionales y abusivas en que el cuerpo a someter se convierte en objeto. “El Plan Nacional para la erradicación de los delitos sexuales en el sistema educativo, señala que según estudios realizados en la década de los 90 en el Ecuador la mayoría de perpetradores de violencia sexual en contra de niños, niñas y adolescentes son personas cercanas, es decir familiares, maestros, amistades”<sup>41</sup>.

Un factor propio del adultocentrismo, que contribuye o que a veces forma parte del abuso sexual, es la tradicional noción del maltrato de niños y niñas como forma de “castigar”, “educar” y “disciplinar”.

## VI. Marco legal vigente

Existe una amplia legislación nacional e internacional que anuncia la protección del derecho de niñas, niños y adolescentes a una vida libre de violencia sexual, y de políticas públicas y planes de acción en la materia. Averiguar cuánto de estos derechos se han quedado como meros propósitos sería objeto de otro análisis, pero dejo sentada la interrogante.

A continuación cito textos legales pertinentes, de instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, en material de protección de niñas, niños y adolescentes, víctimas de delitos sexuales y de explotación sexual<sup>42</sup>:

### *Convención sobre los Derechos del Niño, 1989*<sup>43</sup>

Art. 34. Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de *explotación y abuso sexuales*<sup>44</sup>. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;

41 UNICEF, *Niñez, Política Social y Ciudadanía en el Ecuador*, 2008, Quito, p. 25.

42 Cuadro adaptado de Gayne Villagómez, *op.cit.*, p. 15.

43 Fecha en que entró en vigencia.

44 Todas las cursivas de este cuadro son mías.

- La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Art. 35. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Art. 37. Los Estados Partes velarán porque: Ningún niño sea sometido a *torturas* ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Art. 39. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, *explotación o abuso*; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

*Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de Niños en la Pornografía, 2002*

Art. 1. Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo.

Art. 2. A los efectos del presente Protocolo:

- b) *Por prostitución infantil* se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;
- c) *Por pornografía infantil* se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

Art. 3. – Numeral 1. Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:

- a) En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2:
  - i) Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de:
    - a. *Explotación sexual* del niño;...
  - ii) Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción;
- b) La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con *finés de prostitución*, en el sentido en que se define en el artículo 2;
- c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, *de pornografía infantil*, en el sentido en que se define en el artículo 2.

*Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém Do Pará, 1995*

Art. 2. Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, *violación, maltrato y abuso sexual*;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, *violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual* en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

Art. 3. Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

*Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) o Protocolo de Palermo*

Art. 3. Para los fines del presente protocolo: a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo.

Art. 9. Los Estados Parte establecerán políticas, programas y otras medidas de carácter amplio con miras a:

- a) Prevenir y combatir la trata de personas; y
- b) Proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización.

### *Constitución Política 2010*

#### Capítulo tercero

#### **Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria**

Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

3.El derecho a la integridad personal, que incluye: a. La integridad física, psíquica, moral y sexual.

*Código de la Niñez y Adolescencia, 2003*

Título IV

**De la protección contra el maltrato, abuso, explotación sexual, tráfico y pérdida de niños, niñas y adolescentes**

Art. 67.- Concepto de maltrato.- Se entiende por maltrato toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado; cualesquiera sean el medio utilizado para el efecto, sus consecuencias y el tiempo necesario para la recuperación de la víctima. Se incluyen en esta calificación el trato negligente o descuido grave o reiterado en el cumplimiento de las obligaciones para con los niños, niñas y adolescentes, relativas a la prestación de alimentos, alimentación, atención médica, educación o cuidados diarios; y su utilización en la mendicidad.

Maltrato psicológico es el que ocasiona perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima en el niño, niña o adolescente agredido. Se incluyen en esta modalidad las amenazas de causar un daño en su persona o bienes o en los de sus progenitores, otros parientes o personas encargadas de su cuidado.

El maltrato es institucional cuando lo comete un servidor de una institución pública o privada, como resultado de la aplicación de reglamentos, prácticas administrativas o pedagógicas aceptadas expresa o tácitamente por la institución; y cuando sus autoridades lo han conocido y no han adoptado las medidas para prevenirlo, hacerlo cesar, remediarlo y sancionarlo de manera inmediata.

La responsabilidad por maltrato institucional recae en el autor del maltrato y en el representante legal, autoridad o responsable de la institución o establecimiento al que pertenece.

Art. 68.- Concepto de abuso sexual.- Sin perjuicio de lo que dispone el Código Penal sobre la materia, para los efectos del presente Código constituye

abuso sexual todo contacto físico, sugerencia de naturaleza sexual, a los que se somete un niño, niña o adolescente, aun con su aparente consentimiento, mediante seducción, chantaje, intimidación, engaños, amenazas, o cualquier otro medio.

Cualquier forma de acoso o abuso sexual será puesto en conocimiento del Agente Fiscal competente para los efectos de la ley, sin perjuicio de las investigaciones y sanciones de orden administrativo que correspondan.

Art. 69.- Concepto de explotación sexual.- Constituyen explotación sexual la prostitución y la pornografía infantil. Prostitución infantil es la utilización de un niño, niña o adolescente en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución. Pornografía infantil es toda representación, por cualquier medio, de un niño, niña y adolescente en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas; o de sus órganos genitales, con la finalidad de promover, sugerir o evocar la actividad sexual.

Art. 70.- Concepto de tráfico de niños.- Se entiende por tráfico de niños, niñas o adolescentes, su sustracción, traslado o retención, dentro o fuera del país y por cualquier medio, con el propósito de utilizarlos en la prostitución, explotación sexual o laboral, pornografía, narcotráfico, tráfico de órganos, servidumbre, adopciones ilegales u otras actividades ilícitas.

Se consideran medios de tráfico, entre otros, la sustitución de persona, el consentimiento fraudulento o forzado y la entrega o recepción de pagos o beneficios indebidos dirigidos a lograr el consentimiento de los progenitores, de las personas o de la institución a cuyo cargo se halla el niño, niña o adolescente.

Art. 72.- Personas obligadas a denunciar.- Las personas que por su profesión u oficio tengan conocimiento de un hecho que presente características propias de maltrato, abuso y explotación sexual, tráfico o pérdida de que hubiere sido víctima un niño, niña o adolescente, deberán denunciarlo dentro de las veinticuatro horas siguientes de dicho conocimiento ante cualquiera de los fiscales, autoridades judiciales o administrativas competentes, incluida la Defensoría del Pueblo, como entidad garante de los derechos fundamentales.

Art. 73.- Deber de protección en los casos de maltrato.- Es deber de todas las personas intervenir en el acto para proteger a un niño, niña o adolescente en casos flagrantes de maltrato, abuso sexual, tráfico y explotación sexual y otras violaciones a sus derechos; y requerir la intervención inmediata de la autoridad administrativa, comunitaria o judicial.

Art. 30.- Obligaciones de los establecimientos de salud.- Los establecimientos de salud, públicos y privados, cualquiera sea su nivel, están obligados a:

11. Informar, inmediatamente a las autoridades y organismos competentes los casos de niños o niñas y adolescentes con indicios de maltrato o abuso sexual; y aquellos en los que se desconozca la identidad o el domicilio de los progenitores;
12. Recoger y conservar los elementos de prueba de maltrato o abuso sexual.

*Plan Nacional para combatir la trata de personas, tráfico ilegal de migrantes, explotación sexual, laboral y otros modos de explotación y prostitución de mujeres, niños, niñas y adolescentes, pornografía infantil y corrupción de menores*<sup>45</sup>

En el artículo primero de este Plan, el Estado ecuatoriano declara como política prioritaria el combate a la trata de personas, el tráfico ilegal de migrantes, la explotación sexual laboral y otros modos de explotación y prostitución de mujeres, niños, niñas y adolescentes, pornografía infantil y corrupción de menores para lo cual define, en su artículo 3, su ejecución, monitoreo, control, seguimiento, y evaluación por parte de los Ministerios de Gobierno y Policía, de Relaciones Exteriores, Inclusión Social y Económica, de Trabajo, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, Consejo Nacional de las Mujeres y el INNFA, entre otros actores.

Entre sus principios rectores consta: 1. la responsabilidad del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos que se traduce en proteger el ejercicio de los derechos, la investigación de violaciones a los mismos, la sanción a los responsables, el proporcionar recursos eficaces a las víctimas para denunciar y la reparación oportuna e integral a las víctimas. 2. El principio de prioridad absoluta a la niñez y adolescencia. 3. Interés superior de la niñez y adolescencia. De allí el plan se desglosa en 4 ejes articuladores: 1) Prevención, 2) Investigación, 3) Sanción y Protección, y 4) Reparación, restitución de los derechos de las víctimas, cada uno de los cuales desarrolla su política, objetivos, líneas de acción, resultados y responsables.

---

<sup>45</sup> Aprobado mediante Decreto 1823, publicado en el Registro Oficial No. 375 de 12 de octubre 2006.

*Agenda Social de la Niñez y Adolescencia 2007-2010*

La Agenda Social de la Niñez y Adolescencia tiene como objetivo cumplir el mandato de la Constitución y del Código de la Niñez y Adolescencia, asegurando la protección integral de los derechos y garantías de la niñez y adolescencia<sup>46</sup>, y para tal efecto establece, entre sus objetivos prioritarios de política pública, proteger a los niños, niñas y adolescentes de cualquier forma de violencia y maltrato.

*Plan Nacional para la Erradicación de la Violencia de Género hacia la Niñez, la Adolescencia y las Mujeres*

El Plan Nacional para la Erradicación de la Violencia de Género, aprobado el 27 de mayo del 2009, comienza explicando las estructuras sociales que originan la violencia de género<sup>47</sup>:

La Organización Mundial de la Salud define a la violencia como el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otras personas o un grupo o una comunidad, que causa o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daño psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones.

A su vez la categoría de análisis “género” aplicada al fenómeno social de la violencia permite reconocer las creencias, los símbolos y comportamientos, y en general, los significantes culturales a través de los cuales se diferencian socialmente los hombres (niños, adolescentes, jóvenes, adultos, adultos mayores) de las mujeres (niñas, adolescentes, jóvenes, adultas, adultas mayores), creando condiciones de desigualdad que producen lo que se ha definido como violencia, afectándolos de manera distinta y en grado diverso.

La violencia analizada a través del género permite una mejor comprensión de la violencia ejercida en condiciones de mayor vulnerabilidad como la edad, o la etnia, sus consecuencias y efectos diferenciados, permitiendo un abordaje

<sup>46</sup> Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, *Agenda Social de la Niñez y Adolescencia 2007-2010*, p. 13.

<sup>47</sup> *Plan Nacional para la Erradicación de la Violencia de Género hacia la Niñez, la Adolescencia y las Mujeres* No. 1109, s/f, pdf, p. 5.



integral y no discriminante en el entendido de que es una compleja vulneración de derechos.

En la mayor parte de países los niños sufren golpes y castigos físicos con mayor frecuencia que las niñas, mientras que éstas corren mayor riesgo de infanticidio, abuso sexual y abandono así como verse obligadas a prostituirse”, lo que significa que el estereotipo de “trato duro” para los hombres desde niños sigue vigente al igual que la “utilidad sexual de las mujeres” desde niñas. Violencia ejercida en función de los roles de género que se construyen desde las edades más tempranas...

La violencia de género se traduce, histórica y socialmente, en violencia dirigida contra las mujeres (niñas, adolescentes, adultas, adultas mayores) puesto que las afecta en forma desproporcionada con base en el rol femenino socialmente construido. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”.

#### *Recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño*

El Comité de los Derechos del Niño, en su 39 período de sesiones, del 13 de septiembre del año 2005, en su Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44, de la Convención, en sus Observaciones finales, hace las siguientes recomendaciones al Estado ecuatoriano, en el tema de explotación sexual y trata de niños<sup>48</sup>:

##### Explotación sexual y trata de niños

69. El Comité toma nota con agradecimiento de los importantes esfuerzos realizados por el Estado Parte y los diversos estudios llevados a cabo por diferentes instituciones sobre la cuestión de la explotación sexual y la trata de niños, según informa el Estado Parte. Expresa su profunda preocupación por el gran número de niños sometidos a explotación en el comercio del sexo y las medidas insuficientes adoptadas por el Estado Parte al respecto.

<sup>48</sup> Comité de los Derechos del Niño, Recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/Add.262, 13 de septiembre de 2005, p. 12, Internet, [www.acnur.org/biblioteca/pdf/5048.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5048.pdf).

70. El Comité recomienda al Estado Parte que:

- a) Promulgue legislación, en especial que revise el Código Penal para castigar como delito, entre otros, la explotación sexual, la pornografía y el turismo sexual, según se informa en las respuestas a la lista de cuestiones;
- b) Elabore una política eficaz y amplia que aborde la explotación sexual de los niños, sobre todo los factores que ponen a los niños en peligro de sufrir esa explotación;
- c) Evite considerar delincuentes a los niños víctimas de la explotación sexual;
- d) Aplique políticas y programas adecuados para prevenir, recuperar y reintegrar a los niños víctimas, con arreglo a la Declaración y el Programa de Acción, y el Compromiso Mundial de Yokohama, aprobado en el segundo Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños de 2001.

## VII. Conclusiones

- Está pendiente abrir un debate sobre la sexualidad, partiendo del profundo significado de Estado Laico y ética laica para reconsiderar y redefinir las ideas, los conceptos, comportamientos y prácticas sobre la sexualidad, las relaciones de pareja y las relaciones afectivas.
- Es imperativo buscar nuevas formas y estrategias para desterrar la erotización y naturalización de la violencia y abuso sexual y es particularmente importante establecer las responsabilidades de los medios de comunicación y digitales.
- Es imprescindible construir un sistema de justicia que incorpore más profundamente los nuevos –y viejos– avances teóricos y prácticos en materia de derechos humanos y que sea ese su punto de partida, abandonando visiones androcéntricas y adultocéntricas propios del derecho penal.
- Falta cumplir el mandato constitucional de crear e implementar nuevos procedimientos penales, no revictimizantes, humanizados y ágiles, que permitan la sanción, pero también la reparación.
- Debemos persistir en encontrar formas sociales y económicas centradas en el desarrollo del ser humano y no en la falsa competitividad y el ape-

tito por acumular; los delitos sexuales no son problemas individuales, son producto de modelos económicos que han llevado a formas extremas de mercantilizan del cuerpo, como si los seres humanos fuéramos una mercadería más.

- Es necesario resignificar la familia y desmitificar la maternidad para potenciar la toma de decisiones libres sobre nuestro proyecto de vida y nuestra salud y derechos sexuales y derechos reproductivos, que permita desterrar conceptos retrógrados, opuestos al cambio.
- Sigue siendo un reto la erradicación de prácticas y costumbres afianzadas sobre el abuso del poder y las desigualdades.

## VIII. Bibliografía

- Arroyo, Roxana y Valladares, Loli. *Violencia Sexual contra las Mujeres*. Documentos Técnico Jurídico Año1. Proyecto Regional Corte Penal Internacional y Justicia de Género.
- Ávila Santamaría, Ramiro, *Módulos de Capacitación*, Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, Quito, 2008.
- Brownmiller, Susan, *Against our Will. Men, women and rape*, Estados Unidos de Norte América, Bantam Books, 1975.
- Comité de los Derechos del Niño, *Recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño*, CRC/C/15/Add.262, 13 septiembre 2005, Internet, [www.acnur.org/biblioteca/pdf/5048.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5048.pdf).
- Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, *Agenda Social de la Niñez y Adolescencia 2007-2010*, Ecuador, 2007.
- Cook, Rebeca y Bernard Dickens *et al.*, *Salud reproductiva y derechos humanos*, Oxford University Press, Colombia, Profamilia, 2003.
- Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar: el nacimiento de la prisión*, México, Siglo XXI editores, 1997.
- Fundación Esperanza, *Explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes en el cantón Tena, provincia de Napo. Línea de Base*, Quito, mayo 2007.
- Krauskopf, Dina, *Dimensiones críticas en la participación social de las juven- tudes*, San José, Costa Rica, Fondo de Población de Naciones Unidas, 1998, [bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/cygljuventud/krauskopf.pdf](http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/cygljuventud/krauskopf.pdf).

- Lagarde, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*, México D.F., UNAM, 2003.
- Mellody, Pia, *Facing Codependence*, San Francisco, USA, Harper and Dow Publishers, 1989.
- Millett, Kate, *Sexual Politics*, New York, Avon Books, 1970.
- Ministerio de Coordinación de Desarrollo Social, *Sistema Integrado de Indicadores Sociales del Ecuador, SIISE, 2008*, República del Ecuador, Subsecretaría de Gestión, Análisis Información y Registro del Sector Social.
- Niñez, Política Social y Ciudadanía en el Ecuador, UNICEF, Quito, 2008.
- Núñez, María de los Angeles, *La psicología en su punto*, Ediciones Temístocles Hernandez, Quito, 2007.
- Olsen, Frances E., *El mito de la intervención del Estado en la Familia*, Santiago de Chile, Lom Ediciones, 1999.
- Organización Panamericana de la Salud, *Promoción de la salud sexual: recomendaciones para la acción*, 2000, Internet, <http://www.paho.org/Spanish/HCP/HCA/saludsexual.pdf>.
- Registro Oficial No. 45, del 23 de junio del 2005, *Ley Reformatoria al Código Penal que tipifica los delitos sexuales y de explotación sexual de personas menores de edad*.
- Ruiz, Martha Cecilia, “Orgullo gay y un Plan por la igualdad de derechos”, *Revista Alai*, No. 355, Quito, 2002, p. 20.
- s/a., *Plan Nacional para la Erradicación de la Violencia de Género hacia la Niñez, la Adolescencia y Mujeres*, No. 1009, CD-ROM.
- UNICEF, *Niñez, Política Social y Ciudadanía en el Ecuador. Aportes para el debate constitucional*, Quito, UNICEF, 2008.
- Varela, Nuria, *Feminismo para Principiantes*, Barcelona, Ediciones B, 2005.
- Vásquez, Jorge Daniel, “Análisis del discurso androcéntrico”, en *Antroposmoderno*, 26 octubre, 2009, Internet, [www.antroposmoderno.com/antroposmoderno/articulo](http://www.antroposmoderno.com/antroposmoderno/articulo).
- Villagómez, W., Gayne, *Guía de Atención integral para niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales*, Quito, UNICEF, 2008.
- , *Guía Ciudadana para facilitar la denuncia ante la Agresión Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes*, Ibarra, Imbabura, UNICEF, 2008.



III

Garantías

---



1

**Constitucionales**





# Garantías de los derechos de la infancia y adolescencia (de las legislaciones integrales al “Estado constitucional de derechos”). Algunas notas sobre los mecanismos de aplicación

Farith Simon Campaña

---

## Sumario:

I. A manera de introducción: el marco constitucional. II. La jerarquía y la eficacia normativa de la Constitución. III. El tratamiento constitucional a los derechos. 3.1. El tratamiento constitucional a la niñez y adolescencia. IV. Las obligaciones que se derivan de las normas constitucionales de derechos humanos (o constitucionales). V. La diferencia entre derechos y garantías. VI. Las garantías constitucionales. 6.1. Las garantías de la Constitución. 6.2. Las garantías constitucionales a los derechos: definiciones y notas distintivas. 6.3. Las garantías constitucionales a los derechos: garantías genéricas y específicas. 6.3.1. Mirada general a las garantías de los derechos. VII. Capacidad de niños, niñas y adolescentes: legitimación activa y representación. VIII. Bibliografía.

---

## I. A manera de introducción: el marco constitucional

Previo a tratar la temática específica del presente artículo, las “garantías constitucionales”, me detendré brevemente en el análisis del marco constitucional, la jerarquía de la Constitución y su carácter normativo, los derechos como límites y objetivos del poder, el tratamiento constitucional a los derechos y

la separación existente entre derechos y garantías. Temas que condicionan el análisis de los “mecanismos” de aplicación de dichas garantías.

Asumo (al margen de las desviaciones del ejercicio del poder) que el análisis del tema debe hacerse en el marco de un texto constitucional concreto –el ecuatoriano– que dice reconocer, valorar y proteger la existencia de una sociedad pluralista, es decir, marcada “por la presencia de una diversidad de grupos sociales, con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante”<sup>1</sup>, o teniendo la fuerza para ello, esto se encuentra limitado por la “fuerza” de la Constitución, sus garantías y el establecimiento de ese pluralismo como una condición esencial en una democracia sustancial. Esto a partir de la definición del Ecuador como un “Estado constitucional” –que se dice– implica una transformación –y no sólo una evolución– del “Estado de derecho legislativo”<sup>2</sup>.

El texto constitucional vigente puede ser caracterizado<sup>3</sup> por: (1) una estructura no se reduce a una regulación de la conformación de los poderes estatales, además contiene “disposiciones «sustanciales»: una declaración de derechos y/o disposiciones teleológicas, que formulan «principios» y programas políticos”<sup>4</sup>; (2) que cumple una “función de [...] organizar [también] a la sociedad civil (y no sólo a los poderes públicos) y modelar las relaciones sociales (y no sólo las relaciones políticas entre el Estado y los ciudadanos); (3) que contiene un “proyecto detallado” de lo que se considera una “sociedad justa”<sup>5</sup>, por lo que todo juez se encuentra habilitado a aplicar directamente la constitución en cualquier controversia; y, (4) establece un “control sobre la legitimidad constitucional de las leyes”. Esto mediante un revisión de la adecuación formal (es decir el respeto a los procedimientos constitucionales de formación de las leyes) y la adecuación sustancial (el respeto a los derechos y principios constitucionales).

1 Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Séptima edición en español, traducción de Marina Gascón, Madrid, 2007, p. 13.

2 *Ibid.*, p. 33.

3 Cfr. Ricardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Primera edición en español, Madrid, 2008, pp. 44, ss.

4 Estas definiciones son producto de convenciones derivadas de quienes tenían la capacidad de decisión.

5 Esto en cuanto la Constitución establece los objetivos que socialmente deben alcanzarse.

Muchos de los elementos aquí señalados aparecen en la Europa de la segunda mitad del siglo XX en las denominadas “democracias constitucionales” que tienen como rasgos principales<sup>6</sup>: (1) un régimen político con una “precisa identidad por estar dotados de una constitución en la que se encuentran expresados [sus] principios fundamentales”; (2) la existencia de un “justo equilibrio” entre el “principio democrático, dotado de valor constitucional a través de instituciones de la democracia política y el mismo papel del legislador y del gobierno, y de la idea (...) de los límites de la política, a fijar mediante la fuerza normativa de la constitución y, en particular, a través del control de la constitucionalidad”; y, (3) asumir “de distinta manera y distinta medida” el principio de igualdad como “indicador normativo de dirección para el futuro, para la promoción y la realización de condiciones de creciente igualdad entre los ciudadanos en el acceso a algunos bienes sociales” como la educación y el trabajo.

En cuanto a la declaración del Ecuador como “Estado constitucional de derechos y justicia”, usaré la descripción que Zagrebelsky hizo en el año 1992 (fecha de la primera edición de su libro *El derecho dúctil*) para describir lo que considera las dos “grandes tareas de las constituciones contemporáneas”:

(1) La necesidad de “distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley”<sup>7</sup>. Por la importancia que ha cobrado los derechos en la configuración de las constituciones “en la ciencia constitucional actual el lenguaje de los derechos ha tomado la delantera a cualquier otro lenguaje. Hasta tal punto es así que, para establecer una diferencia con el «Estado de derecho» decimonónico, hoy se habla a veces de «Estado de derechos»”<sup>8</sup> (las cursivas no constan en el original)<sup>9</sup>;

6 Sigo la descripción hecha por Maurizio Fioravanti en *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Editorial Trotta, Primera reimpresión, Madrid, 2007, pp. 162 y ss.

7 Gustavo Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 47.

8 *Ibid.*, p. 65.

9 Respecto de este punto aclaro que no suscribo las tesis “iusnaturalistas” –que como describe Ferrajoli– “hoy engaña a la cultura jurídica bajo la forma de cognoscitivismo ético” (Luigi Ferrajoli, “Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre ‘Derecho y Razón’”, en *Las razones del garantismo*, Letizia Gianformaggio (editora), Primera edición en español, Editorial Temis, Bogotá, 2008, p. 544.

(2) “[L]a fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo ordenamiento jurídico”, estos “vienen previstos en la Constitución como objetivos que los poderes públicos deben perseguir”, que se corresponden al “Estado y sus políticas”, ya que el Estado –dice Zagrebelsky– “representa al menos el instrumento *sine qua non* de un orden de justicia no espontáneo”<sup>10, 11</sup>, que se refleja fundamentalmente en el “ejercicio de los derechos económicos”.

10 *Ibid.*, pp. 93 y ss.

11 Zagrebelsky plantea, como una de las consecuencias fundamentales de la superación del “Estado de derecho legislativo”, la necesidad de diferenciar, bajo la noción genérica de “norma”, a la “regla” del “principio”.

Las “reglas” –que prevalecen en las normas legislativas– son: (i) leyes (así estén en la Constitución se consideran “leyes” reforzadas) ya que no tienen ninguna fuerza “constitutiva” más allá de lo que “ellas mismas significan”, es decir las “reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas”; (ii) a las reglas se “obedece”, por eso se debe determinar con “precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas”, por tanto se aplican los métodos tradicionales de interpretación en los que se busca desentrañar el lenguaje del legislador; (iii) estas deben “ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente” por lo que se puede “hacer uso de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de las reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en supuesto abstracto de la norma”; (iv) “las reglas son aplicables a la manera del «todo o nada», del aut-aut. Si se dan los hechos previstos por una regla y la regla es válida, entonces debe aceptarse la respuesta que ésta proporciona, sin escapatoria ni mediación posible”.

Los “principios” –dice Zagrebelsky– se encuentran de manera prevalente “en las normas constitucionales sobre derechos y la justicia”, caracterizándose: (i) los principios “desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir «constitutivo» del orden jurídico”; (ii) los principios se encuentran formulados de manera tal que su “significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras”, ya que más que “interpretadas” a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su *ethos*; (iii) por lo anterior a los principios se «presta adhesión», por lo que es “importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión; (iv) los principios no nos dicen cómo debemos actuar, pero “nos proporcionan criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas”, es decir, generan “actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que pueda estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto”, estos –los principios– carecen de “supuesto de hecho”, por lo que se les “puede dar algún significado operativo haciéndoles «reaccionar» ante un caso concreto”; (v) los principios son una “suerte de «sentido común» del derecho [...], la condición para resolver los contrastes por medio de la discusión y no a través de la imposición”; (vi) estos “no se estructuran según una «jerarquía de valores», por lo que su “pluralidad” y la ausencia de jerarquía “formal”, hace que no exista una ciencia sobre su “articulación, sino una prudencia en su ponderación” que busca su optimización, por medio de una dimensión que sólo estos tienen: el peso y la importancia (Gustavo Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 109 a 126). A pesar

Es obvio que la Constitución convive con otras disposiciones legales, “las normas jurídicas nunca existen solas, sino siempre en un contexto de normas que tienen entre sí relaciones”<sup>12</sup>. En ese “conjunto, complejo o sistema de normas” –es decir en un ordenamiento jurídico– se presentan problemas de unidad, coherencia y plenitud. Esto se traduce en antinomias (disposiciones de inferior jerarquía que contradicen o quebrantan normas superiores) y en lagunas (ausencia de regulación).

En el “paradigma de Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista– [dice Ferrajoli], esto se resuelve en una “doble sujeción del derecho al derecho”, en el que “vigencia y validez” representan “la forma y la sustancia”. La primera (vigencia) es la “conformidad o correspondencia con las *normas formales* sobre su formación”, la segunda (validez) tiene relación con su correspondencia con las normas constitucionales (su “constitucionalidad”), que “limitan y condicionan” al legislador y tiene que ver con su significado, con la “coherencia con las *normas sustanciales* sobre su producción”<sup>13</sup>.

A su vez, los vacíos normativos –lagunas–, que se dan por falta de normas o la omisión de decisiones, se pueden superar mediante el establecimiento de garantías, tema central del presente artículo y sobre lo que volveré más adelante.

Estos dos vicios del sistema –antinomia y lagunas– nunca podrán ser superadas del todo, pero la aceptación que la norma constitucional es capaz de ser aplicada directamente, que la condición de validez de las normas inferiores es su conformidad con el contenido de las normas constitucionales –que se encuentran en la cúspide del ordenamiento–, que los incumplimientos –las omisiones– pueden corregirse con el establecimiento de garantías adecuadas y suficientes, así como por la aplicación directamente las normas constitucionales –por parte de jueces y autoridades– es una consecuencia obvia del “Estado constitucional”<sup>14</sup>.

---

de que el autor sostiene que estos principios están “positivizados” y “actúan como si fuera derecho natural”, me parece que esta es una “vía de regreso” a nociones de corte “iusnaturalista” en la que existe un “reequilibrio a través de transacciones de valores” [...] «valores que no tienen precio», valores entre los que el equilibrio deba alcanzarse mediante la ponderación con otros valores”.

12 Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Segunda edición, Bogotá, 1994, p. 141.

13 Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 19 a 21.

14 Esta afirmación debe ser matizada, no toda norma constitucional tiene condiciones para aplicación

## II. La jerarquía y la eficacia normativa de la Constitución

Dos notas características del “nuevo constitucionalismo”, son la superioridad jerárquica de la Constitución y su carácter normativo directo.

La jerarquía de la Constitución aparece con claridad en varias de sus disposiciones, por ejemplo el artículo 424:

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Esto se reitera en el artículo 425:

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

---

directa, en muchas ocasiones se requiere de otras “operaciones” para que esto sea posible, por ejemplo las definiciones del alcance de las obligaciones mediante otras normas jurídicas, el diseño de políticas públicas, etc., todo esto que aparece ligado al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Constitución. La regla constitucional de prohibición del trabajo de los menores de 15 años contiene una determinación clara; en cambio la norma que establece que las niñas, niños y adolescentes recibirán protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas y degenerativas requiere de la determinación del contenido de la “protección, cuidado y la asistencia especial”, como se “asegurará” la prestación de esa asistencia, la clase de asistencia que requiere cada enfermedad considerada crónica, etc.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Por las normas citadas es claro que el único caso, de acuerdo al texto constitucional, en que podría aplicarse otras normas por sobre la Constitución es cuando un tratado internacional de derechos humanos (ratificado por el país) reconozca “derechos más favorables”.

La eficacia normativa directa de la Constitución, en lo que se refiere a derechos y garantías, se encuentra plenamente garantizada en el artículo 11.3:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

Los principios de eficacia normativa y de aplicación directa de la Constitución son considerados por algunos autores como los “pilares fundamentales del nuevo paradigma constitucional”<sup>15</sup>, esto convierte a toda “servidora o servidor público, administrativo o judicial” en intérpretes del texto cons-

15 Ver Claudia Storini, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, en *La nueva Constitución del Ecuador*, Santiago Andrade, Agustín Grijalba y Claudia Storini (editores), UASB y Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, p. 296.



titucional, en tanto la Constitución es una norma jurídica con capacidad regulatoria y no exclusivamente un “programa político”.

Recordemos que Bobbio define a una norma jurídica (en consideración a su exterioridad e institucionalización) como aquella “cuya ejecución está garantizada por una sanción externa e institucionalizada”<sup>16</sup>. Esta definición asume que la “sanción” es el rasgo distintivo de una norma, parece que la Constitución ecuatoriana establece a la “justiciabilidad” (es decir la posibilidad de invocarla ante un juez) y la eficacia normativa (la aplicación de la norma constitucional) como sus “notas” como “norma jurídica”, sin negar las particularidades derivadas de su “jerarquía, finalidad y contenido”.

### III. El tratamiento constitucional a los derechos

En la Constitución de 2008 se asumió una visión “unitaria” de los derechos<sup>17</sup>, es decir se los considera “indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”<sup>18</sup>, no existe por tanto gradación entre ellos. El “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales” es uno de los “deberes primordiales” del Estado<sup>19</sup>.

Esto implica que los derechos se constituyen en “límites” y “objetivos” al poder estatal<sup>20</sup>, esto hace que –normativamente– estamos frente a un modelo “garantista” ya que usa una “técnica de minimización de la discrecional-

16 Norberto Bobbio, *op. cit.*, p. 111.

17 Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 111

18 Artículo 11.6.

19 Artículo 3.1.

20 A manera de ejemplo se puede citar el artículo 11.9: “El más alto deber del Estado consiste en **respetar y hacer respetar** los derechos garantizados en la Constitución” (el resaltado no consta en el original). Al establecer el objeto de la acción de protección: “podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios” (artículo 88), etc.

lidad del poder y, a la vez, de maximización de todas las expectativas garantizadas como derechos fundamentales”<sup>21</sup>.

La base de la regulación constitucional de los derechos se encuentra en el numeral 4 del artículo 66 de la Constitución en el que se establece el derecho de todas las personas a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, que se complementa con lo dispuesto en el artículo 11 numeral 2 que en su primera parte reconoce que: «Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades».

La incorporación de la igualdad material modifica la igualdad formal, clásicamente recogida en nuestros textos constitucionales, como igualdad ante la ley. La igualdad material, a la que se ha llamado «igualdad de los modernos», establece el acceso de todas las personas, en términos de igualdad, a ciertos bienes y servicios, que serían aquellos que en la Constitución ecuatoriana aparecen agrupados como derechos del «buen vivir».

El derecho a la igualdad material

dotaría de contenido a la noción de justicia que aparece en el primer artículo de la Constitución, ya que si uno de los objetivos fundamentales del Estado es asegurar las condiciones del «buen vivir», es decir, el acceso a ciertos derechos en armonía con la naturaleza, se entendería que el Estado debe asumir un rol de distribuidor de esos bienes sociales, es decir, estamos hablando de la «justicia distributiva», elemento clave para entender el rol estatal<sup>22</sup>.

En la Constitución ecuatoriana se utiliza varias denominaciones para referirse a los derechos de los seres humanos de manera general: derechos de las personas, derechos humanos, derechos constitucionales, derecho fundamental (en una sola ocasión).

Este uso confuso de las designaciones (que no se relaciona al agrupamiento de los derechos en el texto) se refleja en algunas de las garantías constitucionales. Por ejemplo en la acción de protección y en la acción

21 Luigi Ferrajoli, “Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre ‘Derecho y Razón’”, *op. cit.*, p. 540.

22 Farith Simon, *Derecho de niñez y adolescencia*, Tomo I, Editorial Jurídica Cevallos, Quito, 2008, p. 280.

extraordinaria de protección se establece que son garantías dirigidas a proteger a los derechos reconocidos en la “Constitución”.

De todas las denominaciones usadas la categoría más general es “derechos constitucionales”. Bajo este apelativo se encuentran contenidos los derechos humanos o de las personas, los derechos colectivos y los derechos de la naturaleza, así lo ha entendido la Corte Constitucional en la mayor parte de sus fallos<sup>23</sup>.

Los derechos constitucionales de las personas físicas se encuentran agrupados en la Constitución bajo seis categorías<sup>24</sup>: derechos del buen vivir<sup>25</sup>; derechos de las personas y grupos de atención prioritaria<sup>26</sup>; derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; derechos de participación; derechos de libertad; y derechos de protección<sup>27</sup>.

No existe una explicación por parte de los asambleístas sobre esta forma de organización de los derechos, seguramente porque la decisión fue tomada en «Comisión especial de revisión y redacción de la nueva Constitución»<sup>28</sup>. Del informe presentado por dicha Comisión al presidente de la Asamblea Constituyente<sup>29</sup> se puede concluir que esto se hizo por dos razones: (i) para «destacar la trascendencia del buen vivir a lo largo del texto constitucional», renombrándose la sección que en la propuesta original se llamaba «Derechos

23 Farith Simon, “La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser “derecho constitucional)””, Revista *Iuris dictio*, Quito, 2010 (en imprenta).

24 Farith Simon, “La familia y los grupos de atención prioritaria en la Constitución del 2008”, en *La Constitución Ciudadana*, Diego Pérez (comp.), Editorial Taurus, Quito, 2009, pp. 210 y 211.

25 Agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, y trabajo y seguridad social. Básicamente son los derechos económicos, sociales y culturales.

26 Adultos y adultas mayores, jóvenes, movilidad humana, mujeres embarazadas, niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de la libertad, personas usuarias y consumidoras.

27 Que contienen el derecho al debido proceso, seguridad jurídica y la protección judicial.

28 Esta Comisión fue establecida por el artículo 47 del Reglamento de funcionamiento de la Asamblea Constituyente.

29 Informe presentado por la «Comisión especial de revisión y redacción de la nueva Constitución» al presidente de la Asamblea Nacional Constituyente. Comunicación de 24 julio 2008, Internet, [www.asambleaconstituyente.gov.ec/index.php?option=com\\_content&task=view&id=16175&Itemid=127](http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/index.php?option=com_content&task=view&id=16175&Itemid=127), Acceso: 3 noviembre 2008.

económicos, sociales y culturales», por considerar que el «buen vivir» se corresponde en términos generales a esos derechos; y (ii) para reforzar el principio de interdependencia de los derechos<sup>30</sup>.

La ordenación de los derechos parecería estar inspirada en la clasificación propuesta por el jurista alemán Robert Alexy<sup>31</sup>, quien propone una agrupación en consideración de la estructura y la función que estos cumplen<sup>32</sup>. Alexy<sup>33</sup> lo hace a partir de definir un derecho fundamental como “un haz de posiciones (y normas) de derecho fundamental [que son enunciados de la constitución que contienen derechos fundamentales]”; y, desde una concepción formal, “son posiciones tan importantes que su atribución o su denegación a los individuos no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple”<sup>34</sup>.

Un tema esencial para la interpretación y aplicación de los derechos es determinar cuál es su “fundamento”, es decir los “valores” que el legislador constituyente estableció como justificación “axiológica” de los derechos constitucionales. Esto se traduce en una pregunta inicial concerniente a ¿qué debería establecerse como derechos a partir del establecimiento de criterios “meta-éticos”, en correspondencia con las opciones “morales” de quienes redactaron la Constitución?

A lo largo del texto constitucional se hace referencia permanente a diferentes principios que contienen “valores” que fundamentarían los derechos. En muchos casos se los contempla como específicos de ciertas áreas, materias, funciones y derechos. No obstante es posible identificar algunos principios de carácter más general que subsumen a los restantes. Esta identificación es muy difícil por lo repetitivo y poco sistemático del texto constitucional, ade-

30 «La Comisión formuló una clasificación distinta de los derechos, que no altera en esencia el contenido que aprobó el constituyente y que, en todo caso, refuerza el principio de interdependencia de los derechos», *op. cit.*, p. 4.

31 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

32 Se ha señalado que la clasificación propuesta por Alexy se apoya en la propuesta hecha por Newcomb Hohfeld en el año 1913, quien sostiene que los derechos son relaciones jurídicas entre dos sujetos respecto de un objeto, pero no usa la categoría de derechos y deberes, usa las relaciones a partir de “opuestos” y “correlativos” jurídicos. A propósito de esto se puede revisar Cruz Parceró, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

33 *Ibid.*

34 Robert Alexy, *op. cit.*, pp. 214 y 295.

más los asambleístas constitucionales usaron varios conceptos de manera heterodoxa (por decirlo de alguna forma).

Desarrollar una teoría de los derechos no es el objetivo del presente trabajo, sin embargo una lectura detenida del texto constitucional y por lo establecido en el Preámbulo, los artículos 1 (Principios fundamentales), el artículo 11 (Principios de aplicación de los derechos) permiten concluir, de manera provisional”, como principios más generales que contendrían esos “valores” que fundan o justifican los derechos a: la dignidad de la persona humana y de las colectividades, igualdad (formal y material) de las personas; el pluralismo, la justicia, la solidaridad y la paz. Un apunte final sobre esto es que en la norma fundamental aparece el “buen vivir” como un objetivo a alcanzar, sin embargo en algunas disposiciones (por ejemplo los artículos 250, 290) aparece como un principio.

Probablemente a partir de un estudio más detallado esto deba reformularse, por ejemplo hay autores<sup>35</sup> que afirman que la justicia es el resultado de la suma de la igualdad y la libertad. Además es evidente la tensión que existe entre los principios, esto me parece que es un tema central en la aplicación de la Constitución y que la Corte Constitucional debería ser la encargada de establecer el “contenido” y “alcance” de los mismos. El resultado dependerá de la composición ideológica del organismo, lo ideal es que se hiciera a partir de una discusión plural, pero esto implica, por la “textura abierta” de muchas disposiciones que la Corte tendrá un amplio margen de configuración de los principios y reglas que contienen o se relacionan a los derechos.

### 3.1. El tratamiento constitucional a la niñez y adolescencia<sup>36</sup>

En la Constitución de 2008 mantiene en términos generales las normas sobre los derechos ya contempladas en esta materia en texto constitucional de 1998 (como se verá se añaden, aclaran y amplían algunos).

Entre los dos textos existen tres diferencias sustanciales: (1) desaparece la mención al derecho a la vida de niños, niñas y adolescentes desde la

35 Rafael Escudero, “Metodología jurídica y conceptos morales: propuesta de análisis”, en *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid, 2006, p. 88.

36 Farith Simon, “La familia y los grupos de atención prioritaria en la Constitución del 2008”, *op. cit.*, p. 214.

concepción, determinándose que se “protege a la vida desde la concepción”; (2) se elimina la facultad del sistema nacional descentralizado de niñez y adolescencia (conformado paritariamente por el Estado y la sociedad civil) de “definir” las políticas públicas en la materia, permitiéndole a la sociedad civil participar en la formulación de las políticas; y, (3) se establece el derecho al voto de manera facultativa desde los 16 años.

Se reitera que las personas menores de 18 años gozan de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad: integridad física y psíquica; identidad, nombre y ciudadanía; salud integral y nutrición; educación y cultura; deporte y recreación; seguridad social; tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; participación social; respeto a su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar<sup>37</sup>. Se reitera que el Estado, la sociedad y la familia deben promover de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos<sup>38</sup>.

Como novedades aparecen las referencias a la educación en su idioma y en los contextos de sus pueblos y nacionalidades, y el derecho a recibir información, siempre que no sea perjudicial, sobre sus progenitores o familiares ausentes.

El derecho a la identidad aparece en un sentido más amplio que en los textos constitucionales previos ya que se establecen como elementos de la identidad personal y colectiva «tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales».

Se mantienen: la garantía estatal a la libertad de expresión y asociación y de funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas; se establecen los principios: de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en el desarrollo integral (como prioridad) y en el ejercicio

---

37 Artículo 45.

38 Artículo 44.

pleno de derechos, el de prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de las demás personas, el del interés superior; el de corresponsabilidad del padre y la madre en el «cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo», y el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos (artículo 69.1 y 5). Siendo una novedad la referencia al contacto en los casos en que se encuentran «separados por cualquier motivo».

Se introduce una definición de desarrollo integral: proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales<sup>39</sup>.

Se añade el deber de protección contra la explotación económica. Se establece la prohibición constitucional de trabajo debajo de los 15 años, reconociendo que el trabajo sobre esa edad es de carácter excepcional y en condiciones que no afecten su salud o desarrollo personal, y determinando la erradicación progresiva del trabajo infantil.

Se mantienen los principios de atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad, pero se añade la garantía de incorporación al sistema de educación regular y a la sociedad. La protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones, en similar a la que existía en el texto constitucional de 1998. Respecto a la regla de la prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas, pero se añade «y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo».

Se reitera la «protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género», añadiéndose la necesidad de que las políticas públicas de comunicación prioricen su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad, para lo cual deben

---

39 Artículo 44, párrafo segundo.

establecerse las limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos, y se elimina la referencia a la «adopción de falsos valores». Se añade la protección y asistencia especiales cuando alguno de los progenitores, o ambos, se encuentran privados de la libertad; y se incorpora la protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas<sup>40</sup>.

Desaparece la referencia al órgano rector del sistema nacional descentralizado de protección integral para la niñez y adolescencia, creándose los consejos nacionales para la igualdad como «órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos». Estos tienen atribuciones «en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas», estableciéndose que para el cumplimiento de sus fines «coordinarán con las entidades rectoras y ejecutoras y con los organismos especializados en la protección de derechos en todos los niveles de Gobierno». Estos se integran «de forma paritaria, por representantes de la sociedad civil y del Estado, y estarán presididos por quien represente a la Función Ejecutiva»<sup>41</sup>. Se mantiene el sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia como el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes, este se encuentra integrado por instituciones públicas, privadas y comunitarias<sup>42</sup>.

La disposición transitoria sexta de la Constitución establece que el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia se constituirá en un «consejo nacional para la igualdad». Claramente es una reducción del poder del Consejo de la Niñez –a diferencia del fortalecimiento que implica para el Consejo Nacional de las Mujeres– ya que esto se debe conciliar con lo dispuesto en el artículo 154 que determina que los ministros de Estado ejercerán rectoría de las políticas públicas en el área a su cargo, lo que antes era atribución del Consejo de la Niñez<sup>43</sup>.

Al igual que en la Constitución de 1998 se dice que «niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia

40 Artículo 46.

41 Artículos 156 y 157.

42 Artículo 341, inciso final.

43 Hay que considerar lo que establecen los artículos 147 numerales 3 y 4, 279 y 280 sobre las políticas públicas en la Función Ejecutiva y la planificación para el desarrollo.



especializada» (se elimina la equivocada referencia a la «legislación de menores»), se añaden algunas reglas en mi opinión correctas: los operadores de justicia deben estar debidamente capacitados y deben aplicar los principios de la doctrina de la protección integral –constitucionalizando a una “doctrina”<sup>44</sup>–. Se divide la administración de justicia en competencias de protección de derechos y de responsabilidad de adolescentes infractores<sup>45</sup>; en cada cantón debe existir «al menos una jueza o juez especializado en familia, niñez y adolescencia y una jueza o juez especializado en adolescentes infractores, de acuerdo con las necesidades poblacionales»<sup>46</sup>.

Se insta a nivel constitucional reglas específicas para los adolescentes infractores, estableciéndose que regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida, por ley debe determinarse sanciones privativas y no privativas de libertad. La privación de la libertad se considera un último recurso, por el período mínimo necesario y debe llevarse a cabo en establecimientos diferentes a los de personas adultas<sup>47</sup>.

Se debe recordar que en el Ecuador se estableció –desde el año 1998– que todas los ecuatorianos y ecuatorianas son ciudadanos y ciudadanas<sup>48</sup>, sin importar su edad, por tanto se parte del reconocimiento de que también son titulares también de derechos políticos, limitándose el ejercicio al cumplimiento de requisitos constitucionales y legales que se establecen para cada caso<sup>49</sup>. Esto, el reconocimiento de la “ciudadanía universal”, fue considerado como un avance significativo en la materia.

44 Que como se sabe hace referencia a un conjunto de instrumentos internacionales que cambiaron la concepción jurídica de la infancia de objeto de protección a sujeto pleno de derechos, siendo el principal instrumento la Convención sobre los Derechos del Niño.

45 Artículo 175.

46 Artículo 186, inciso tercero.

47 Artículo 77.13.

48 “Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de todos los derechos establecidos en la Constitución” (artículo 6).

49 El artículo 61 reconoce a los ciudadanos y ciudadanas varios derechos de participación, algunos de ellos los vincula al estar en “goce” de los derechos políticos y en algunos casos estar registrados en el padrón electoral, lo que se podría hacer de manera voluntaria desde los 16 años, por ejemplo el caso de “iniciativa popular normativa”, la “convocatoria a consulta popular”, la “revocatoria del mandato”. En cambio a todos los niños, niñas y adolescentes se les reconoce el derecho, como ciudadanas y ciudadanos, a participar –de forma individual o colectiva– de forma protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado” (artículo 95). Pero para ser candidatos a asambleístas se debe haber cum-

En resumen, la Constitución ecuatoriana del 2008 reitera lo establecido en la Convención sobre los derechos del Niño: reconoce de manera expresa que los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos, titulares de todos los derechos además de los específicos de su edad, que requieren una protección especial de parte del Estado, la sociedad y la familia, pero que pueden ejercer de manera progresiva los derechos a ellos reconocidos. Por tanto, son titulares de todas las garantías establecidas en la Constitución para protegerse, individual o colectivamente, de las omisiones o acciones que amenacen o vulneren sus derechos.

No es objeto del presente artículo presentar una “teoría” de los derechos de la infancia. En nuestro país el debate sobre los fundamentos de los derechos se han eliminado con una visión “pragmática”: son derechos porque los instrumentos internacionales (y la Constitución) así lo establecen.

Existen sectores que han cuestionado la existencia de los derechos de la infancia usando para ello los argumentos de la “teoría de la voluntad”<sup>50</sup> (siguiendo la descripción que hace Neil MacCormick en su clásico trabajo *Los derechos de los niños un test para la teoría de los derechos*) “tener” un derecho implica un reconocimiento jurídico o moral de alguna elección individual que prevalece sobre la voluntad de los otros en las relaciones que se establecen. Pero como esto, expresar las preferencias es imposible para todo el universo de la infancia y adolescencia, los defensores de esta teoría usan el concepto de representación, es decir el que otras personas pueden hacer valer estos derechos.

MacCormick demuestra la debilidad de este argumento explicando cómo los progenitores (o quienes hacen sus veces) son los que representan generalmente a sus hijos y obviamente no se “autoformulan” peticiones para

---

plido 18 años, para ser candidata o candidato a Presidente o Vicepresidente de la República se debe tener al menos 35 años de edad, etc.

50 Ejemplo de ello es el “debate” con el profesor José Sánchez-Parga en la Universidad Salesiana, en el que abiertamente expresó su convicción de que no existían derechos de la infancia, usando los argumentos de la “teoría de la voluntad”. En el marco del mismo debate un ex Presidente de la desaparecida Corte Nacional de Menores reivindicó las visiones “tutelares” más extremas como las únicas validas para proteger a la “infancia desvalida”. Este intercambio se escenificó en debate académico dentro de la maestría de “Derechos de la Infancia” de dicha Universidad en el año 2005, es decir 15 años después de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño y a dos de la aprobación del Código de la Niñez y Adolescencia.

obligarse a satisfacer algunos de esos derechos que son responsables de satisfacer, así como tampoco pueden –en términos generales– renunciar a la representación y cuidado de sus hijos porque estas obligaciones no pueden ser cumplidas en función de las “elecciones” de los sujetos.

Otros sectores han acudido a la “teoría del interés” que establece que tener un derecho es “tener protegidos los propios intereses” por medio del establecimiento de restricciones jurídicas y morales sobre otras personas “en relación con el objeto de esos intereses”. En esta teoría la dificultad surge que no es posible reducir el derecho a las “necesidades e intereses” como un fundamento general, ya que esto implica valoraciones morales sobre lo que se considera “necesidades e intereses” de toda la infancia, si algo en un momento no se considera una no se puede afirmar que no es un derecho.

Otros sectores, especialmente el “movimiento por los derechos del niño” han hecho suyos los argumentos de la llamada “liberacionismo”, que a principios de la década de los setentas del siglo pasado defendían la necesidad de “liberación” de los niños, niñas y adolescentes de las “estructuras opresoras” que representan la escuela y la familia, equiparándolos a otros grupos como las mujeres.

La defensa de la “autodeterminación” de la infancia se encuentra en la base de todo. Ernesto Garzón Valdés, al describir esta teoría, señala que Holt y Farson (sus impulsores) consideran que “la inocencia e incompetencia de los niños no serían una cualidad natural sino, más bien, una construcción ideológica que serviría de apoyo para negarles derechos”, algo absurdo si consideramos a un recién nacido que no puede asumir esta autodeterminación, pero la teoría cobra sentido en el caso de los adolescentes.

En cualquier caso ninguna de las tres teorías ofrecen un sustento general a los derechos de la infancia, se podría decir que para cada clase de derechos (si son de autonomía, prestacionales o como inmunidades) pueden servir cada una parcialmente, siempre considerando la situación particular de cada sujeto, lo que es contrario a la formulación de una teoría que quiere brindar explicaciones generales.

En los derechos de la infancia una respuesta a estas tensiones es el principio del “ejercicio progresivo” de los derechos, que intenta brindar una explicación a la obvia necesidad de protección en combinación con el

desarrollo de capacidades personales que permiten un mayor grado de autonomía<sup>51</sup>.

#### IV. Las obligaciones que se derivan de las normas constitucionales de derechos humanos (o constitucionales)<sup>52</sup>

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos humanos los estados frente a los derechos humanos asumen dos obligaciones: respetarlos y garantizarlos.

La Corte recuerda que “El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”<sup>53</sup>, “[s]e trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”<sup>54</sup>, por tanto la obligación de respeto debe ser entendida como un límite a la acción de la autoridad estatal.

Por otro lado la obligación de garantizar (que tiene un contenido específico en este contexto) “implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

51 A propósito de esto se pueden revisar los artículos “Los derechos de los niños. Un test para la teoría de los derechos” de Neil McCormick; y “Desde la ‘modesta propuesta’ de J. Swift hasta las ‘casas de engorde’. Algunas consideraciones sobre los derechos de los niños” de Ernesto Garzón Valdés. Los dos publicados en *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, Isabel Fanlo (compiladora), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Primera reimpresión, México, 2008, pp. 61 a 76 y 199 a 214.

52 Farith Simon, *La institucionalidad efectiva en la protección de los derechos de la infancia y adolescencia*, Internet, [www.infanciaygovernabilidad.org/.../ponencia%20farith%20en%20formato.pdf](http://www.infanciaygovernabilidad.org/.../ponencia%20farith%20en%20formato.pdf), Acceso: 28 abril 2010.

53 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 166.

54 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, del 9 de mayo de 1986

Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos<sup>55</sup>.

“La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos<sup>56</sup>.”

El deber de prevención comprende

todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales<sup>57</sup>.

La obligación de investigar y sancionar deviene de cualquier violación a los derechos humanos

Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos<sup>58</sup>.

Estas obligaciones (investigar y sancionar) son obligaciones

55 *Ibid.*, párrafo 166.

56 *Ibid.*, párrafo 167.

57 *Ibid.*, párrafo 175.

58 *Ibid.*, párrafo 176.

de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa [...] Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares<sup>59</sup>.

En cuanto a los llamados derechos económicos, sociales y culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en su Observación general 3 estableció una interesante referencia sobre el alcance de los mismos, en cuanto la relación de éstos con el “máximo de recursos disponibles”:

(...) se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga (...)

(...) el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto (...) aunque se demuestre que los recursos dis-

---

59 *Ibid.*, párrafo 177.

ponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción<sup>60</sup>.

Esta noción aparece en el numeral 8 del artículo 11 del texto constitucional, si bien no hay referencia a “clases de derechos” se establece que “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”, declarando que será “inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”. Es decir, se puede ligar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales con los recursos disponibles.

Sin duda todos los derechos declarados constitucionalmente son exigibles, en general a la exigibilidad en el plano jurídico se le conoce como justiciabilidad<sup>61</sup>, pero en la Constitución ecuatoriana el sentido de la exigibilidad supera notablemente esto, ya que se usa una noción “compleja” de las garantías de los derechos, como se verá más adelante.

Al declarar la exigibilidad de los derechos es necesario determinar ¿Qué es lo que se puede exigir? ¿Cuál es el contenido de la obligación? En la distinción clásica entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales (ya superada en el tratamiento constitucional por el sentido unitario que se da a los derechos como se explicó más arriba), se ha dicho que en relación a los primeros las obligaciones son de carácter negativas, con relación a los segundos las obligaciones serían de carácter positivo e implican que deban cumplirse por medio de asignación de recursos públicos

60 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 3, 1990, HRI/GEN/1/Rev. 7, párrafos 9, 10 y 11.

61 Artículo 11.3.

De acuerdo a esta posición, las obligaciones negativas se agotarían en un no hacer por parte del Estado: no detener arbitrariamente a las personas, no aplicar penas sin juicio previo, no restringir la libertad de expresión, no violar la correspondencia ni los papeles privados, no interferir con la propiedad privada, etc. Por el contrario, la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, a sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad. En el primer caso, bastaría con limitar la actividad del Estado, prohibiéndole su actuación en algunas áreas. En el segundo, el Estado debería necesariamente erogar recursos para llevar a cabo las prestaciones que se le exigen<sup>62</sup>.

Sin embargo estas distinciones entre los derechos –inaplicables en el Ecuador actualmente– son distinciones artificiales ya que en casi todos los derechos se pueden identificar obligaciones de “hacer” y “no hacer”. “En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos”<sup>63</sup>.

Como señalé más arriba a la exigibilidad en el plano jurídico es justiciabilidad o “juridicidad” de un derecho, esto es la existencia de recursos efectivos que permitan demandar el respeto a un derecho, como se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

El derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados, y quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto. Esos recursos administrativos deben ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. También es conveniente

62 Víctor Abramovich Cosarín, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, IIDH, San José de Costa Rica, 1998, p. 141.

63 *Ibid.*, p. 142.



muchas veces establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos de este tipo<sup>64</sup>.

El mismo Comité ha hecho una importante distinción entre aplicación inmediata y justiciabilidad, resaltando el hecho de que los sistemas de justicia deben y pueden intervenir en esta clase de derechos

A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad<sup>65</sup>.

Todas las definiciones de justiciabilidad coinciden en que se pueda presentar reclamos o demandas ante las autoridades, sean administrativas o judiciales, por el incumplimiento, por acción u omisión, de las obligaciones que establecen los derechos<sup>66</sup>.

64 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 9: La aplicación interna del Pacto* [Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales], 19 período de sesiones, 1998, Documento HRI/GEN/1/Rev. 6, párrafo 9.

65 *Ibid.*, párrafo 10.

66 Al respecto se puede examinar la definición de justiciabilidad propuesta por Abramovich y Curtis (*op. cit.*, página 37) y Manuel Canto Chac, "La exhibición de los DESC en las Políticas Públicas.

Estoy convencido de que esta descripción de las obligaciones, a partir de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de las resoluciones de comités especializados de Naciones Unidas, son plenamente compatibles para describir el marco general de las obligaciones constitucionales en materia de derechos humanos, pero son insuficientes para describir las “garantías” constitucionales; tema sobre el que volveré más adelante.

## V. La diferencia entre derechos y garantías

Es evidente la influencia del pensamiento de Ferrajoli en la distinción entre “normatividad y efectividad”<sup>67</sup> que aparece en el tratamiento constitucional, y por tanto, en la disimilitud entre los derechos y sus garantías<sup>68</sup>. Sobre esta base se establece que la ausencia de garantías no niega la existencia del derecho<sup>69</sup> o de otra forma: la falta de una garantía adecuada no invalida al derecho, lo que existe es una laguna (un vacío) que debe ser “colmada por la legislación”.

A los derechos fundamentales “expectativas negativas o positivas a las que corresponde obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión)”. A las obligaciones de prestación y a las prohibiciones las llama garantías primarias. A las obligaciones de reparar o sancionar las lesiones a los derechos (las omisiones y los abusos), es decir la respuesta a la violación de las garantías primarias, las llama garantías secundarias<sup>70, 71</sup>.

---

Las experiencias de las organizaciones de la sociedad civil”, en *Las exigencias de la Sociedad Civil: la responsabilidad del Estado en los derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Editorial Icaria Antrazyt, Relaciones Norte-Sur, Barcelona, 2004.

67 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, quinta edición en español, Madrid, 2001, p. 855.

68 Esto es parte de las cuatro tesis “esenciales para una teoría de la democracia constitucional”, las otras tres son: la diferencia de estructura entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales; los derechos fundamentales al “corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica”; la “naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales”.

69 En este tema contradice particularmente a Kelsen quien no hace distinción alguna entre un derecho y su garantía, esto porque considera que un derecho “consiste en el poder jurídico de un individuo que el orden jurídico le otorga con motivo del incumplimiento de una obligación”.

70 Luigi Ferrajoli, Los fundamentos de los derechos fundamentales, publicado en el libro – debate “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Trotta, Madrid, 2001, pp. 38 y 39.

71 *Ibid.*, 292 a 294.

La Constitución parte de esta distinción, al establecer derechos que implican obligaciones y prohibiciones (garantías primarias), y formas de responder a las acciones u omisiones que violan –o amenacen– los derechos (garantías secundarias).

## VI. Las garantías constitucionales

### 6.1. Las garantías de la Constitución

En el Derecho Constitucional la denominación “garantías constitucionales”, sin ninguna referencia adicional, se reserva para aquellas garantías “de «la» Constitución, es decir, las garantías que la Constitución se da a sí misma, a fin de asegurar «su primacía», respecto de las demás normas del ordenamiento jurídico”<sup>72</sup>. Estas son dos de acuerdo con la mayor parte de la doctrina: la reforma a la Constitución y el control de la constitucionalidad de las normas secundarias.

En este mismo sentido se habla de la “indisponibilidad” de los derechos por parte del legislador, algo que en nuestro texto constitucional se encuentra claramente establecido, ya que el legislador ordinario para reformar la Constitución requiere –para presentar la iniciativa y aprobarla– de una mayoría calificada, pero en ningún caso puede realizar enmiendas o reformas de la Constitución que restrinjan derechos o garantías constitucionales. Es decir, una reforma constitucional es posible únicamente cuando se amplían los derechos y garantías. Esta limitación también existe para las reformas de iniciativa popular o del Presidente de la República<sup>73</sup>.

Sin embargo, como muestra grosera de la permanente disociación entre el derecho y la realidad que existe en nuestro país (que no se ha modificado con la práctica política actual) la Asamblea Nacional introdujo requisitos, no contemplados constitucionalmente para el ejercicio de las garantías, por medio de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional<sup>74</sup>.

72 Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 131.

73 Artículos 441 y 442.

74 Registro Oficial Suplemento No. 42, de 22 octubre 2009.

Es claro que mientras se encuentre en ejercicio la autodenominada Corte Constitucional no existe posibilidad alguna de que estas normas sean declaradas inconstitucionales, ya que el antecedente son las “Reglas de procedimiento para ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición”<sup>75</sup> que se autoimpusieron, en las que se establecieron restricciones aún mayores que las de la Ley.

En cuanto al control de la constitucionalidad de las normas secundarias, esto es de competencia de la Corte Constitucional que puede, en esta materia: conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado; declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución; y, conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad de las normas por parte de la Corte Constitucional tiene como efecto la invalidez del acto normativo o administrativo impugnado<sup>76</sup>.

## 6.2. Las garantías constitucionales a los derechos: las definiciones y notas distintivas

Las *garantías* constitucionales a los derechos podrían ser caracterizadas como toda forma de “aseguramiento” o de “protección” de un derecho<sup>77</sup>. Storini<sup>78</sup> las define como “diversos mecanismos de protección de los derechos que se configuran como elementos imprescindibles para su real eficacia jurídica”.

El artículo 6 de la Ley de Garantías Constitucionales y Control constitucional establece que las “garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declara-

75 Registro Oficial Suplemento No. 466 de 13 noviembre 2008.

76 Artículo 436, numerales 2, 3 y 4.

77 Para Kelsen “La eficacia de un orden normativo (...) consiste en que sus normas, que decretan cierta conducta, se cumplan efectivamente, y cuando no se cumplan se aplican las normas [las sanciones]”. Hans Kelsen, *Teoría General de las Normas*, Editorial Trillas, México, 1994, p. 144.

78 Claudia Storini, *op. cit.*, p. 287.

ción de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación”.

Ferrajoli propone considerar a la *garantía* de los derechos como la *legitimación sustancial* (estricta legalidad), que sustenta el ejercicio de cualquier poder constituido, esto por...

la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los *derechos fundamentales* de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como los correspondientes poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial<sup>79</sup>.

En cualquier caso, esto da origen a dos clases de Estado, de acuerdo con las garantías que incorporen su ordenamiento constitucional

cuando un ordenamiento (...) incorpora sólo prohibiciones, que requieren prestaciones *negativas* en garantía de los derechos de libertad, se le caracteriza como *estado de derecho liberal*; cuando por el contrario incorpore también obligaciones, que requieren prestaciones *positivas* en garantía de derechos sociales, se le caracterizará como *estado de derecho social* [es decir la] dicotomía entre *garantías liberales negativas* y *garantías sociales positivas*<sup>80</sup>.

El autor italiano hace una distinción, como se explicó más arriba, entre *garantías primarias*, que son la estipulación normativa de las obligaciones y las prohibiciones (es decir los derechos) y *garantías secundarias* que son los órganos obligados a sancionar o invalidar las violaciones a los derechos, que incluyen las técnicas de defensa y de justiciabilidad de los derechos sociales<sup>81</sup>.

En consecuencia define a las *garantías* como

las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por tanto, para posibilitar la máxima

79 Luigi Ferrajoli, “Derecho y razón”, *op. cit.*, pp. 856 y 857.

80 *Ibid.*, p. 861.

81 Luigi Ferrajoli, “Derechos y garantías”, *op. cit.*, pp. 61 y 64.

eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional<sup>82</sup>.

A partir de ello se puede, como señala Pisarello<sup>83</sup> en un trabajo del año 2007, realizar una “reconstrucción *compleja* de las garantías” que tiene una correspondencia casi total como los rasgos definidos por las llamadas legislaciones integrales de protección y garantía de los derechos de infancia y adolescencia, con su primer antecedente el Estatuto de la Niñez y Adolescencia del Brasil, aprobado en el año 1989 y como ejemplo más reciente la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de El Salvador (LEPINA), aprobado en el año 2009. Esos rasgos serían:

(1) El establecer una diversidad de sujetos responsables de los derechos, en distintos niveles, lo que en el tema de la infancia se traduce en el principio de “corresponsabilidad del Estado, de la sociedad y la familia” en el respeto y garantía de los derechos;

(2) El no tener un visión reduccionista de la garantía de los derechos, en donde *exigibilidad* se reduce a su *justiciabilidad*, algo que en el campo de la infancia y adolescencia se ha denominado “judicialización de la política pública”, en las llamadas “legislaciones tutelares”<sup>84</sup>, y que recibió como respuesta el diseño de “sistemas de protección integral” definidos como (utilizo como ejemplo el Código de la Niñez y Adolescencia, aprobado con 5 años antes que la Constitución):

conjunto articulado y coordinado de organismos, entidades y servicios, públicos y privados, que definen, ejecutan; controlan y evalúan las políticas, planes, programas y acciones, con el propósito de garantizar la protección

82 *Ibid.*, p. 25.

83 *Ibid.*, pp. 111 y ss.

84 A propósito de esto, entre la diversidad de trabajos que contienen la descripción, se podría leer a: Federico Palomba, “Tendencias evolutivas en la protección de los menores de edad”, en *Niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, UNICEF/ILANUD. San Salvador, 1995, p. 19; Emilio García Méndez, “Modelos y Tendencias”, en *Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*, Legislaciones Infanto-Juveniles en América Latina, Editorial Forum-Pacis, Bogotá, 1994.

integral de la niñez y adolescencia; define medidas, procedimientos; sanciones y recursos, en todos los ámbitos, para asegurar la vigencia, ejercicio, exigibilidad y restitución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, establecidos en este Código, la Constitución Política y los instrumentos jurídicos internacionales<sup>85</sup>.

Esto representa una “visión compleja de las garantías” que se caracteriza por “la existencia de múltiples órganos e instituciones que pueden y deben intervenir en su protección, con prioridad incluso sobre aquellos de tipo jurisdiccional: desde los órganos legislativos y administrativos hasta las diversas variantes de órganos externos de control”<sup>86</sup>, lo que se ha calificado como multi-institucional.

(3) La complejidad tiene una dimensión territorial, *multinivel*, porque se reconoce que en la actualidad es imposible e indeseable asegurar los derechos a escala estatal y por “razones democráticas como de eficacia, cabría articular un sistema de protección en diversas escalas, infra y supra-estatales, que comprendería desde los diversos ámbitos municipales, sub-estatales y estatales, hasta el plano regional e internacional”<sup>87</sup>. Esto se corresponde plenamente con la descripción del sistema de protección a la infancia como “descentralizado”.

(4) En la “reconstrucción democrática” de las garantías se recomienda que éstas sean “*más participativa[s]* y *menos institucionalista[s]*”, lo que se corresponde a la noción de “sistema participativo”, en el que la sociedad civil definía la política conjuntamente con el Estado, por ello el establecimiento de la “paridad” en los órganos de definición de las políticas públicas, algo que desapareció en la Constitución de 2008 como se explicó anteriormente.

En ese sentido, continuamos con Pisarello, se deben diferenciar las *garantías* desde el punto de vista de los sujetos en *garantías institucionales* (a cargo de las instituciones y poderes públicos) y *extra-institucionales* (o sociales que les corresponde “en cabeza de sus propios titulares”).

85 Artículo 190 del Código de la Niñez y Adolescencia.

86 Gerardo Pisarello, *op. cit.*, p. 112.

87 *Ibid.*

En las *garantías institucionales* propone distinguir entre *garantías políticas* (encomendadas a los órganos legislativos y ejecutivos); *garantías semipolíticas* (a los órganos externos al legislativo y ejecutivo con atribuciones de control político); *garantías jurisdiccionales* (a cargo de tribunales independientes que pueden recibir denuncias de vulneraciones y que tienen capacidad de obligar a la ejecución de lo decidido); *garantías semi-jurisdiccionales* (encargadas de recibir denuncias, actuar como tribunales, pero que no tienen facultades de decisión en sentido estricto).

Propone distinguir a las *garantías* por su *alcance* –siguiendo a Ferrajoli–, entre *garantías primarias* (que establecen o delimitan el contenido de los derechos, imponen obligaciones a los poderes públicos y a los particulares) y *garantías secundarias* (las técnicas de tutela que establecen controles y vías de reparación en caso de ausencia o insuficiencia de garantías primarias).

Finalmente, propone una clasificación por la escala de garantías en: *garantías estatales* (que establecen órganos, contenidos, obligaciones y mecanismos de control y reparación en los estados centrales); *garantías infraestatales* (las que existen a nivel municipal o sub-estatal); y, *garantías supraestatales* (que establecen órganos, contenidos, obligaciones y mecanismos de control y reparación en el ámbito internacional).

Reitero un examen de los sistemas de protección integral a la infancia reproducen, o sería más correcto decir anticipan estos diferentes niveles muchos años antes, siendo un hecho que existe una discusión sobre la efectividad, adecuación, pertinencia de estos sistemas producto de la experiencia acumulada, pero al no estar reflejado en los niveles del ejercicio de la “política dura”, no han sido valorados en su verdadera dimensión.

La experiencia de implementación del “Sistema Integral Descentralizado de Protección de los Derechos de la Niñez y Adolescencia” puede servir para desplegar una serie de “alertas” para no repetir los “errores” cometidos, por ejemplo: la falta de recurso humano competente para asumir las tareas asignadas en el sistema; la “funcionalización” de la participación social en dos sentidos, para lograr espacios de representación e influencia personal y sectorial, así como para poner el sistema al servicio de “temas” y de “grupos” de influencia; el excesivo “sectorialismo”, que hace perder de vista la “integralidad” del sistema derivada de la integralidad de los derechos; la ineficiencia del sistema de “justicia”, tanto desde la “producción” de fallos hasta la ca-



rencia de protección sustancial a los derechos en las decisiones que se toman; la incompreensión del sentido de la “definición” de la política pública; la carencia de “programas y servicios” específicos que hagan el verdadero “trabajo” de protección y garantía; el centralismo aupado por la incapacidad de lo local para cumplir con los roles asignados; la distorsión de la protección administrativa; el impacto de los procedimientos mal diseñados en la eficacia de los mecanismos de protección; la “discrecionalidad” estatal en la asignación de recursos convirtiendo en “retóricas” las directrices del sistema; etcétera.

En fin, se podría decir que la experiencia demuestra que el “Sistema” se volvió en un “fin en sí mismo” y no un “medio” para promover y garantizar derechos. Esto es un riesgo mayor en la implantación de la Constitución y las garantías a los derechos por la excesiva centralidad que tiene lo estatal en el diseño constitucional.

### 6.3. Las garantías constitucionales a los derechos: las garantías genéricas y específicas

#### 6.3.1. Mirada general a las garantías de los derechos

Storini<sup>88</sup> propone la siguiente distinción de garantías en la Constitución ecuatoriana: (1) garantías genéricas normativas o abstractas; (2) jurisdiccionales o concretas; y (3) institucionales.

(1) Las abstractas o genéricas son (a) la reserva de ley orgánica y el contenido esencial o núcleo mínimo de los derechos; (b) la eficacia normativa y la aplicación directa de la Constitución; y (c) las garantías normativas.

Considera de “escasa utilidad”<sup>89</sup> a los dos artículos que contienen las garantías normativas (artículos 84 y 85), afirmando que no se debe «garantizar por garantizar», hay que pensar en que las garantías previstas realmente añadan mayor eficacia jurídica a los instrumentos existentes y no se reduzcan a meros fórmulas retóricas que podrían llegar a entorpecerlas<sup>90</sup>.

88 Claudia Storini, *op. cit.*, pp. 285 y ss.

89 *Ibid.*, p. 300.

90 *Ibid.*, p. 301.

(2) Las garantías jurisdiccionales (o reactivas) son las que proveen protección judicial a los derechos. En la Constitución vigente se pueden diferenciar aquellas (a) garantías jurisdiccionales que se dirigen a la protección de la totalidad de los derechos: acción de protección y acción extraordinaria de protección; (b) acciones que protegen derechos en específico: hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública.

A las garantías jurisdiccionales se las clasifica (por el órgano encargado de su aplicación) en acciones ordinarias (ante la justicia ordinaria) y acciones especiales (Corte Constitucional)<sup>91</sup>.

(3) Las garantías institucionales son las que se refieren a las instituciones garantizadas en la Constitución<sup>92</sup>, las que podrían ser (a) genéricas, formadas por el “control parlamentario de la acción del gobierno y el derecho de petición allí donde exista”<sup>93</sup>; (b) específicas, las que se relacionan con la protección de los derechos, por ejemplo el Defensor del Pueblo, los Consejos de Equidad, etc.

Obviamente las garantías constitucionales de los derechos cubren sin restricción alguna a los derechos de la infancia y adolescencia (derechos humanos específicos además de los generales), con tres particularidades: (1) la prioridad que tienen las personas menores de edad en la asignación de recursos, en la definición de políticas y en caso de conflicto de derechos con cualquier otro grupo de población; (2) las características del sistema de protección integral a la infancia y adolescencia, que corre el riesgo de perderse en el diseño de los “consejos de equidad”, al perder la sociedad civil su capacidad de participar de manera directa en la definición de la política pública, ahora esta “invitada” a dar opiniones pero no a decidir; y, (3) la tensión existente entre la “incapacidad legal de los menores de edad” y su calidad de sujetos plenos de derechos y el ejercicio progresivo de derechos que deja abierta la puerta para que en determinadas circunstancias puedan accionar directamente los mecanismos de garantías. Todo esto sin olvidar el derecho que tienen a ser consultados niños, niñas y adolescentes en todos los asuntos que les afectan<sup>94</sup>.

91 *Ibid.*, p. 302.

92 Claudia Storini, citando a Carl Schmitt, *op. cit.*, p. 289.

93 *Ibid.*

94 Es obligatorio escuchar la opinión de niños, niñas y adolescentes en todos los asuntos que les afectan, esto de acuerdo con los artículos 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 60 del Código de la Niñez Adolescencia, 45 (inciso segundo) de la Constitución de la República.

Los dos primeros temas se encuentran por fuera del alcance del presente trabajo, me detendré en el tema de la legitimación activa.

## VII. Capacidad de niños, niñas y adolescentes: legitimación activa y representación<sup>95</sup>

Como se explicó antes la visión de la incapacidad de la infancia es considerada como una de las limitaciones “insuperables”<sup>96</sup> en relación al estatus de los derechos, sin embargo estas lecturas no suelen incorporar la noción del “ejercicio progresivo” o “evolución de las facultades” descrito como un nuevo principio de interpretación del derecho internacional y, por tanto, de los derechos de infancia y adolescencia, según el cual se reconoce que a medida que los niños van adquiriendo competencias cada vez mayores, se reduce su necesidad de orientación y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades respecto a las decisiones que afectan sus vidas<sup>97</sup>.

La clave de este principio es la autonomía, y la forma en que niños, niñas y adolescentes la van alcanzando a medida que crecen.

Este principio “ocupa un lugar central en la legislación que defiende la integridad personal y física del individuo y el respeto al derecho de las personas de hacer sus propias elecciones, expresar su propia opinión y asumir la plena responsabilidad de su propia vida (...) el reconocimiento de la autonomía se basa en la suposición de que los individuos poseen la competencia

95 Farith Simon, *Derechos de la Niñez y Adolescencia*, Editorial Jurídica Cevallos, Tomo II, Quito, 2009, p. 336.

96 Ferrajoli diferencia a los derechos por el *estatus* de personas físicas, ciudadanos, capaces de obrar. De esto Ferrajoli obtiene cuatro clases de derechos: “derechos humanos, que pertenecen a todas las personas físicas [seres humanos] en cuanto tales” sin importar si son ciudadanos o capaces; “derechos civiles, que pertenecen a todas las personas en tanto capaces de obrar”, sin importar su ciudadanía, estos son “potestativos” porque se manifiesta la autonomía privada; “derechos públicos, que corresponden a las personas en tanto ciudadanos” sin importar su capacidad de obrar; “derechos políticos, que corresponden sólo a las personas que sean tanto ciudadanos como capaces de obrar”, sobre estos se “funda la representación y la democracia política” ( Ferrajoli, “Fundamento de los derechos fundamentales”, pp. 292 a 294). El único límite que considera insuperable, aunque se puede ampliar el número de sujetos sin capacidad para “obrar” al bajar la edad para la mayoría de edad, la situación sería insuperable en ciertas edades.

97 Marta Santos Pais, citada por Gerison Lansdown, *La evolución de las facultades del niño*, UNICEF-Save the Children: Centro de Investigaciones Innocenti, Florencia-Italia, s/f., p. 19.

necesaria para efectuar elecciones y tomar decisiones de manera informada y sensata”<sup>98</sup>, lo que se refleja de manera clara en la siguiente declaración hecha dentro de un proceso judicial: “[t]odo ser humano de edad adulta y sano juicio tiene el derecho de determinar lo que se ha de hacer a su propio cuerpo”<sup>99</sup>.

La autonomía plena no se reconoce a las personas menores de 18 años, pero de acuerdo con nuestra legislación, y a los instrumentos internacionales estudiados, la autonomía se alcanza progresivamente en medida de la edad y madurez hasta que se adquiere totalmente al cumplir la mayoría de edad, esto con la guía de sus progenitores en el ejercicio de los derechos<sup>100</sup>.

De acuerdo con Landsdown, el ejercicio de la autonomía requiere el cumplimiento de tres condiciones: la capacidad, el deseo y la oportunidad. Esto nos lleva además a recordar que el principio opera en dos sentidos: para no negar el ejercicio de mayores competencias cuando las condiciones se dan; pero también para impedir que sean expuestos a situaciones a las que no están preparados, adultizándolos prematuramente, o en aquellas situaciones en las que no quieren intervenir. Pero tenemos recordar que “el cumplimiento de los derechos del niño no puede depender de su capacidad de ejercer la autonomía o del hecho de que hayan alcanzado una edad determinada. Todos los Derechos del Niño se aplican a todos los niños”<sup>101</sup>.

El autor citado propone un examen de la evolución de las facultades, basado en los derechos, a partir de tres nociones: como noción evolutiva, como noción participativa o emancipadora y como noción protectora.

En la noción evolutiva, por la que se reconoce en qué grado la realización de los derechos enunciados en la Convención promueven el desarrollo, la competencia y la gradual autonomía personal del niño.

98 Landsdown. *op. cit.*, p. 20.

99 Citado por Lanswon, Schloendorff caso la Sociedad de Hospitales de Nueva York, 211 NY 125, 1914, *op. cit.*, p. 24.

100 “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. Artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

101 Gerison Landsdown, *op. cit.*, p. 21.

En la noción participativa o emancipadora se destaca que el niño tiene derecho a que se respeten sus capacidades, por tanto hay una transferencia de los derechos de los adultos en función de su nivel de competencia. En este nivel la Convención impone la obligación de respeto de esos derechos.

En la noción protectora, que se constituye a partir del reconocimiento de que el niño está en proceso de desarrollo, éste tiene el derecho a recibir la protección del Estado, la sociedad y la familia contra la participación o la exposición a actividades perjudiciales, pero esta protección va a disminuir a medida que sus facultades evolucionen. En este ámbito la Convención sobre los Derechos del Niño impone la obligación de proteger los derechos.

El Código de la Niñez y Adolescencia recoge el principio de evolución de las facultades mediante la combinación de dos sistemas: establecer límites de edad fijos y la evaluación individual. Por ejemplo, se fija una edad en la que se debe obligatoriamente emitir la opinión y esta funciona a manera de consentimiento como se establece en algunos casos para los adolescentes (personas mayores de 12 años), pero este consentimiento puede no ser aceptado si se demuestra que su elección es perjudicial; y los casos en que se deja abierta la regla del examen caso por caso en función de la edad y madurez, como opera en todos los casos en que están involucrados los niños y niñas (personas menores de 12 años), y en algunos casos de los adolescentes.

Un ejemplo del reconocimiento de la “adquisición de competencias”, a medida que se alcanza cierta edad, es el otorgar el derecho a voto a las personas mayores de 16 años en el artículo 62.1 de la Constitución ecuatoriana.

La distinción por edad no es considerada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como discriminatoria en sí mismo:

que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño<sup>102</sup>.

---

102 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/2002 de 28 de agosto del 2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párrafo 55.

Aclara la Corte que las diferencias que se establezcan, de acuerdo con los artículos 1.1 y 2.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene que tener “una justificación objetiva y razonable” y el objeto único de la distinción debe ser asegurar “el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla”.

La Opinión Consultiva en este aspecto deja librado a la discrecionalidad de cada Estado el establecimiento de un trato diferente entre adultos y niños respecto de los derechos, asumiendo como base de la misma “las diferentes condiciones que se encuentran los niños”, pero no se hace cargo de las diferentes condiciones que existen por la edad y madurez en el universo infancia, lo que implica el no reconocimiento de la regla del “ejercicio progresivo” contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño, tampoco la Corte asume el hecho de que existen algunos derechos que no deberían admitir restricciones adicionales a las ya establecidas en dicha Convención, por ejemplo el debido proceso o la obligación de escuchar la opinión de los niños y niñas, que estén en condiciones de formarse un juicio propio, en todos los asuntos que les afecten.

En este marco deben analizarse las reglas vigentes sobre capacidad de las personas menores de 18 años, recordando que el artículo 65 del Código de la Niñez y Adolescencia es una norma de reenvío al Código Civil para la determinación de la capacidad legal de las personas, siendo las normas de la legislación especializada una excepción.

Recordemos que la capacidad legal es la condición general de acuerdo al Código Civil: “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”<sup>103</sup>. La incapacidad se divide en absoluta y relativa. Los incapaces absolutos, de acuerdo al Código Civil, son los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, los actos de estos incapaces “no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución”<sup>104</sup>. Recordemos que los impúberes de acuerdo con la legislación civil son el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce<sup>105</sup>. Los incapaces relativos son: los menores adultos, los que se hallan

103 Artículo 1462, Código Civil.

104 Artículo 1463, Código Civil.

105 Artículo 21, Código Civil. Se debe recordar que este criterio para establecer la distinción de la capacidad ha sido señalado como discriminatoria por el Comité de los Derechos del Niño en sus observaciones al Ecuador.

en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas, los actos de estas personas “pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes”<sup>106</sup>. Los menores púberes o adultos son los varones mayores de catorce años y la mujer que ha cumplido doce años. A los dieciocho años se alcanza la mayoría de edad<sup>107</sup>.

Bajo esta consideración de incapacidad, absoluta o relativa<sup>108</sup>, los menores edad que no se encuentran emancipados siempre están sujetos a representación legal, generalmente la patria potestad, la tutela o cualquier otra forma de representación<sup>109</sup>.

La representación, es decir la actuación en nombre de otras personas, puede ser voluntaria o legal. La primera es la que otorga una persona que puede ejercer los derechos por sí mismo. En cambio la representación legal implica incapacidad de ejercicio del sujeto, por tanto es una representación necesaria, ya que es la que permite el ejercicio de la personalidad<sup>110</sup>. La representación de los menores de 18 años es transitoria, esta tiene sentido mientras no pueden “iniciar por sí mismos un procedimiento legal, no son capaces de entender sus derechos, ni de darse cuenta de cuándo son violados,

106 Artículo 1463, Código Civil.

107 Artículo 21, Código Civil.

108 Si examinamos brevemente las implicaciones prácticas de una y otra incapacidad, podríamos decir que en general los actos de los incapaces absolutos son nulos y la de los incapaces relativos son anulables. En el primer caso la nulidad es absoluta y puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse por el Ministerio Público, en interés de la moral o de la Ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años. En el segundo caso la nulidad es relativa, no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; no puede pedirse por el Ministerio Público, y puede alegarse exclusivamente por parte de aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes.

109 Se puede encontrar dos excepciones a esta regla en el Código Civil. La primera excepción se encuentra en el artículo 284: “La patria potestad no se extiende al hijo que ejerce un empleo o cargo público, en los actos que ejecuta en razón de su empleo o cargo”. La segunda la encontramos en el artículo 288: “El hijo de familia será considerado como mayor de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial” (artículo 285). El peculio profesional o industrial es el “adquirido por el hijo, en el ejercicio de todo empleo, de toda profesión liberal, de toda industria, de todo oficio mecánico” (artículo 285, numeral 1).

110 Cruz Parceró, *op. cit.*, p. 149 y 150.

o de distinguir cuándo se comete un ilícito, o de responder con indignación o con algún sentimiento de justicia, más que el mero enojo o furia”<sup>111</sup>.

La propuesta original del Código de la Niñez y Adolescencia sobre capacidad –y sobre la representación– buscaba establecer un sistema coherente y compatible con la declaración de ejercicio progresivo de los derechos, así como con la distinción entre niños, niñas y adolescentes, sin embargo en el proceso de discusión del Código, en el antiguo Congreso Nacional, ciertos sectores de diputados demostrando su incomprensión en estos temas quisieron mantener inalterado el régimen de capacidad del Código Civil, así modificaron la redacción original de la propuesta que establecía reglas mucho más precisas al respecto<sup>112</sup> aprobando el poco técnico e insuficiente artículo 65 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Ese artículo establece en su primera parte que “La capacidad jurídica respecto a los actos celebrados por niños, niñas y adolescentes se estará a lo previsto en el Código Civil, a excepción de los siguientes casos”, por lo que en la práctica existen cuatro excepciones al régimen de capacidad legal establecida en el Código Civil: (1) la declaración de los contratos de los adolescentes relativamente nulos, buscando por esta excepción superar la regulación discriminatoria que determina edades diferentes para ser menores adultos a

111 *Ibid.*, p. 145.

112 En el proyecto presentado al Congreso Nacional el siguiente era el texto original del artículo 65:

“Los actos jurídicos celebrados por niños y niñas son absolutamente nulos; los de los adolescentes que no han cumplido quince años son relativamente nulos; sin perjuicio de las edades especiales que la ley establezca para la validez de determinados actos y contratos.

Los adolescentes tienen capacidad legal para la administración y goce de su peculio profesional o industrial. Los que han cumplido 15 años tienen, además, capacidad legal:

1. Para celebrar contratos de trabajo según las normas del presente Código.

2. Para otorgar testamento.

3. Para celebrar los actos y contratos que estén comprendidos en el objeto de una organización estudiantil, laboral, cultural, artística, deportiva o vecinal, de las que sean personeros o legítimos representantes en el ejercicio de su derecho de asociación, y cuya cuantía no exceda de dos mil dólares.

La capacidad del adolescente para contraer matrimonio se regirá por lo dispuesto en el Código Civil.

Los adolescentes podrán ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías. Los niños y niñas podrán pedir directamente auxilio para la protección de sus derechos, cuando deban dirigir la acción contra su representante legal. En tal caso se les dará un curador ad-litem”.



hombres y mujeres; (2) las personas que han cumplido quince años, además, tienen capacidad legal para celebrar contratos de trabajo, el Código del Trabajo introdujo igual regulación en su artículo 35<sup>113</sup>; (3) se otorga una capacidad especial a los adolescentes celebrar contratos de hasta dos mil dólares cuando lo hacen en representación de una organización; y, (4) los adolescentes pueden ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías. Los niños y niñas podrán pedir directamente auxilio para la protección de sus derechos cuando deban dirigir la acción contra su representante legal.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no establece requisitos de capacidad específicos para la presentación de las acciones constitucionales, por esto se debe estar a las normas generales examinadas, por lo tanto considero que los adolescentes se encuentran legitimados a accionar directamente, sin necesidad de representación, las diferentes garantías constitucionales. En cambio los niños y niñas deben comparecer siempre representados por quien ejerce la patria potestad o tutela, y en caso de que se dirija la acción en contra de quien los representa pueden pedir “auxilio” como establece el Código de la Niñez y Adolescencia.

El artículo 9, de dicha Ley, establece que para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales estas podrán ser ejercidas por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales; estas pueden actuar por sí mismas o a través de representante legitimado o apoderado; y, por el Defensor del Pueblo.

La Ley considera como personas afectadas a quienes sean víctimas directas o indirectas de violación de sus derechos que puedan demostrar daño. Entendiéndose por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce.

El hábeas corpus (artículo 44) puede ser interpuesto por cualquier persona en nombre de la presunta víctima de la violación al derecho a la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de una persona privada o restringida de libertad.

La acción extraordinaria de protección, de acuerdo al artículo 59 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, puede

<sup>113</sup> Ley 2006-39, publicada en el Registro Oficial 250 de 13 de abril de 2006.

ser presentada por cualquier persona que se considere víctima de violaciones a sus derechos constitucionales y debido proceso, por acción u omisión, en autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia. Estas pueden nombrar procurador judicial para que las representen.

De acuerdo al artículo 11, de la ley citada, cuando la acción sea presentada por interpuesta persona, la jueza o juez debería notificar a la persona afectada, es decir al adolescente afectado, quien podría comparecer en cualquier momento, modificar la demanda, desistir de la acción o deducir los recursos de ley aunque no hayan comparecido antes.

Esto no significa que quienes representan legalmente a los adolescentes no estén legitimados para presentar las acciones constitucionales en nombre de sus representados, lo que sostengo es que los adolescentes pueden hacerlo directamente, que los jueces deberían siempre considerar su opinión, al igual que la de niños, niñas que tengan las habilidades necesarias para ello, y que en sus decisiones se debe considerar el principio del interés superior, entendiéndose a este como la satisfacción de sus derechos.

Esto implica que en caso de que un adolescente se presente en el proceso y plantee el desistimiento del recurso o modifique la pretensión el juez debería valorar la petición en consideración de su edad y madurez, tomando la decisión siempre en función de lo más beneficioso para sus derechos, por tanto deberá demostrar cómo su dictamen se dirige a la mejor protección y garantía de los derechos.

## VIII. Bibliografía

- Abramovich Cosarin, Víctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, IIDH, San José de Costa Rica, 1998.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Segunda Edición, Bogotá, 1994.

- Canto Chac, Manuel, “La exigibilidad de los DESC en las Políticas Públicas. Las experiencias de las organizaciones de la sociedad civil”, en *Las exigencias de la Sociedad Civil: la responsabilidad del Estado en los derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Editorial Icaria Antrazyt, Relaciones Norte-Sur, Barcelona, 2004.
- Escudero, Rafael, *Metodología jurídica y conceptos morales: propuesta de análisis*, publicado en “Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica”, Trotta, Madrid, 2006.
- Ferrajoli, Luigi, *Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre “Derecho y Razón”*, publicado en “Las razones del garantismo”, Letizia Gianformaggio (editora), primera edición en español, Editorial Temis, Bogotá, 2008.
- , *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2000.
- , *Derecho y razón*, Editorial Trotta, quinta edición en español, Madrid, 2001.
- , *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, publicado en el libro – debate “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Trotta, Madrid, 2001.
- Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Editorial Trotta, Primera reimpresión, Madrid, 2007.
- Garzón Valdés, Ernesto, “Desde la ‘modesta propuesta’ de J. Swift hasta las ‘casas de engorde’. Algunas consideraciones sobre los derechos de los niños”, en *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, Isabel Fanlo (compiladora), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Primera reimpresión, México, 2008.
- Guastini, Ricardo, *Teoría e Ideología de la interpretación constitucional*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid, Primera edición en español, 2008.
- Kelsen, Hans, *Teoría General de las Normas*, Editorial Trillas, México, 1994.
- Lansdown, Gerison, *La evolución de las facultades del niño*, UNICEF-Save the Children: Centro de Investigaciones Innocenti, Florencia-Italia, s/f.
- MacCormick, Neil, “Los derechos de los niños. Un test para la teoría de los derechos”, en *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, Isabel Fanlo (compiladora), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Primera reimpresión, México, 2008.

- Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- Simon, Farith, *Derechos de la Niñez y Adolescencia*, Editorial Jurídica Cevallos, Tomo I, Quito, 2008.
- , *Derecho de Niñez y Adolescencia*, Editorial Jurídica Cevallos, Tomo II, Quito, 2009.
- , “La familia y los grupos de atención prioritaria en la Constitución del 2008”, en *La Constitución Ciudadana*, Diego Pérez (comp.), Editorial Taurus, Quito, 2009.
- , “La noción ‘derechos fundamentales’ en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser ‘derecho constitucional’”, *Revista Iuris dictio*, Quito, 2010 (en imprenta).
- Storini, Claudia, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, en *La nueva Constitución del Ecuador*, Santiago Andrade, Agustín Grijalba y Claudia Storini (editores), UASB y Corporación Editora Nacional, Quito 2009.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Séptima edición en español, traducción de Marina Gascón, Madrid, 2007.

#### Otros documentos citados

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general 3*, 1990, HRI/GEN/1/Rev. 7.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 9: La aplicación interna del Pacto* [Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales], 19 período de sesiones, 1998, Documento HRI/GEN/1/Rev. 6, párrafo 9.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 166.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-6/86*, La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 9 de mayo de 1986.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, de 28 de agosto del 2002.

Informe presentado por la «Comisión especial de revisión y redacción de la nueva Constitución» al presidente de la Asamblea Nacional Constituyente. Comunicación de 24 de julio de 2008, Internet, [www.asambleaconstituyente.gov.ec/index.php?option=com\\_content&task=view&id=16175&Itemid=127](http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/index.php?option=com_content&task=view&id=16175&Itemid=127), Acceso: 3 noviembre 2008.

Simon, Farith, La institucionalidad efectiva en la protección de los derechos de la infancia y adolescencia, Internet, [www.infanciaygovernabilidad.org/.../ponencia%20farith%20en%20formato.pdf](http://www.infanciaygovernabilidad.org/.../ponencia%20farith%20en%20formato.pdf), Acceso: 28 abril 2010.

# Los grandes aprendizajes y retos del Movimiento de Defensa de los Derechos Humanos de la Niñez y Adolescencia en el Ecuador 1990-2008\*

Sara Oviedo

---

## Sumario:

I. Introducción. II. La realidad que demandó una transformación. III. Desde donde leer el Movimiento de NNA en el Ecuador. 3.1. Sobre la identidad colectiva. 3.2. Sobre la acción colectiva, dinámicas que la reactivan a partir de propósitos declarados y compartidos. IV. Formas novedosas de organizarse y de ejercer el liderazgo. V. Caminar de NNA por sus derechos. VI. Incidencia del movimiento social de la niñez y adolescencia. 6.1. El aporte a la democracia. 6.2. El aporte a la agenda política nacional. 6.3. El aporte a la política pública. 6.4. El aporte a los cambios culturales. VII. El carácter y naturaleza de la causa que defiende el movimiento social de la niñez y adolescencia. VIII. Las principales lecciones de este proceso vivido para el movimiento de la niñez y adolescencia. 8.1. Asumir la ciudadanía de niños, niñas y adolescentes en los hechos. 8.2. La coordinación con la institucionalidad pública nacional e internacional. 8.3. La incorporación activa de padres y madres de NNA parte del proceso. 8.4. El rol de la comunicación en las acciones impulsadas y el de los medios de comunicación. IX. El movimiento social es una dinámica no estructurada organizativamente. X. Consecuencias que se avizoran respecto de un manejo “orgánico” del MNNA. XI. Respecto del financiamiento para el movimiento de adultos a favor de NNA. XII. La

\* El presente ensayo es una versión resumida del trabajo de investigación doctoral presentada en octubre de 2009 en la Universidad Central del Ecuador.

comprensión de la crisis por parte de los protagonistas del propio movimiento de NNA. XIII. El movimiento de niños, niñas y adolescentes está activo. XIV. Retos actuales para el movimiento social por la defensa de los derechos de niñez y adolescencia. 14.1. Sobre la vigilancia y exigibilidad al Estado, a la sociedad y a la familia del cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes. 14.2. Lo prioritario, su propio fortalecimiento como movimiento social de niños, niñas y adolescentes. 14.3. El cambio de las asimetrías en las relaciones de poder. XV. De los derechos declarados a los hechos vividos. 15.1. Los adultos protagonistas del movimiento: retos que se proponen. 15.2. Desde los niños y adolescentes qué debería reforzarse. XVI. Bibliografía. XVII. Anexos.

---

## I. Introducción

El Código de la niñez y adolescencia, publicado en julio de 2003, representó para el país una ruptura legal, motivando un proceso social y político de grandes proporciones; este hecho posibilitó además una integración protagónica de niños, niñas y adolescentes a la dinámica social y política del país. Incidió además en el cambio de actitud de los adultos hacia niños, niñas y adolescentes, considerándolos como sujetos de derechos.

La formulación y aprobación del Código fue producto de un largo proceso de movilización social con el apoyo de instituciones públicas y privadas, nacionales e internacionales, liderado y motivado por organismos de la sociedad civil, profesionales, dirigentes de organizaciones comunitarias, adolescentes, niños y niñas, que de forma sistemática impulsaron un conjunto de alianzas y acciones para lograr posicionamiento frente al Estado ecuatoriano.

El objeto de este estudio es recordar ese protagonismo de los movimientos por la defensa de los derechos de la niñez y adolescencia del Ecuador, su dinámica que le permitió incidir en las decisiones de política del Estado ecuatoriano, las grandes lecciones obtenidas, así como las posibles propuestas sobre las nuevas acciones del movimiento.

Es menester una reflexión profunda sobre los grandes aprendizajes y resultados del movimiento de la niñez y adolescencia: organizativo, político,

estratégico, su incidencia, el aporte que esto ha significado para la democracia; las principales lecciones para niñas, niños y adolescentes, para los defensores de los derechos humanos y para los otros movimientos sociales.

## II. La realidad que demandó una transformación

Los años noventa, fue un período marcado por presiones políticas y económicas; desastres naturales que acrecentó la inestabilidad, el declive de los partidos políticos y de los sindicatos frente a una nueva dinámica de actores sociales y sus movimientos reconocidos y plenamente legitimados; los volvió protagonistas en el escenario nacional.

El Movimiento Nacional de Niños, Niñas y Adolescentes (en adelante, Movimiento de NNA o MNNA) se volvió visible en el panorama político nacional, los niños y niñas del Ecuador hablaron con lucidez para sí mismos y para los adultos en múltiples ocasiones: Elecciones Infantiles (de mayo a junio de 1990), Consultas Nacionales a la Niñez y Adolescencia (1996 la primera y 2004 la segunda), “El país que queremos” (Chimborazo 1992-1993), “La “ciudad que queremos” (1999). Desde estos y otros espacios fueron construyendo un discurso en el que se expresaron sus grandes esperanzas y frustraciones.

Además se construyeron espacios alternativos: las Cumbres de Niños - proyectos impulsados por el Programa del Muchacho Trabajador del Banco Central (PMT), los Niños, Niñas Agentes de Cambio ejecutado por Fundación Niñez Internacional en sus proyectos de norte y Guayaquil, animadores infantiles comunitarios de Guayaquil, el Movimiento Mi Cometa, desarrollado en el Guasmo Sur de Guayaquil; el Programa Buena Nota, animado por los Salesianos Chicos de la Calle, las Comunidades Infantiles de Cuenca del servicio Justicia y Paz, y Niños Animadores de Ambato a cargo de la Fundación Jóvenes para el Futuro de Ambato; el Foro de la Juventud, la Asamblea de Jóvenes y otras experiencias que señalan claramente que es posible que los niños ejerzan a plenitud y con responsabilidad sus “derechos y deberes ciudadanos” (Varios, 2001: 2).

Para el año 2001, se da la Consulta Nacional a la Niñez y Adolescencia por la construcción de una nueva Ley. Este evento nacional se desarrolló



del 7 de junio al 15 de agosto 2001 en 28 ciudades del país, participaron niñas, niños, adolescentes, autoridades nacionales y locales, padres y madres de familia, funcionarios y técnicos de instituciones públicas y privadas. En la consulta trabajaron sobre los siguientes temas: educación, familia, salud y trabajo infantil y juvenil. Las cifras mostraron una intensa participación nacional<sup>1</sup>; dejó claro la intensa movilización social que se generó antes y después de la consulta.

En la actualidad las consignas del Movimiento de NNA han cambiado en función de los logros; después de la emisión oficial del Código de la Niñez y Adolescencia, se exige la construcción de la institucionalización de protección a la niñez. Hay una exigibilidad por los derechos, se demanda que en el enunciado del “buen vivir” se priorice a los niños, niñas y adolescentes.

### III. Desde dónde leer el Movimiento de NNA en el Ecuador

Hacer una lectura de los niños, niñas y adolescentes como movimiento social con incidencias políticas en el país es un reto teórico metodológico, dada la diversidad de sujetos sociales implicados en ese proceso, dada la peculiaridad de los sujetos-objeto de estudio, y la complejidad del contexto nacional e internacional.

Este y otros movimientos en el país son expresiones de la resistencia a las políticas neoliberales y de la inaceptable degradación de la condición humana, particularmente de NNA, que viven en mayor riesgo porque se atenta a sus derechos fundamentales e irrenunciables: educación, vivienda, salud y el respeto a una vida digna.

Dentro de ese contexto, situando la mirada en el Movimiento de NNA, evidenciamos que hay dos generaciones involucradas en el proceso de construcción y afirmación del movimiento, por lo que se han ido integrando dos visiones del mundo, alimentándose mutuamente en la acción colectiva; sin embargo, para efectos del análisis cabe tener en cuenta el origen de estas dos mentalidades derivadas de distintas construcciones de sentidos de vida.

1 Consulta nacional de la niñez y adolescencia, datos obtenidos del Consejo Nacional de la Niñez, “niños y niñas a nivel urbano y rural: 10.312, adolescentes en las zonas urbanas y rurales: 4.695, y adultos 3.001.

La primera generación de adultos, consciente del análisis contextual expuesto, respecto de los males sociales del país y de las dinámicas de los movimientos –activistas de la defensa de los derechos de las minorías–, en la mayoría de casos con una herencia de la formación que les brindó la militancia en la izquierda, marcados por la vivencia de las prácticas de la derecha para ejercer el poder. Entre sus vivencias y concepciones, aunque suene contradictorio, están presentes las ideas de desarrollo material como un aspecto fundamental de la vida de las personas, de las instituciones y del país. Esta lógica es una herencia de las visiones del desarrollo de la posguerra, que centraron toda su atención en esta prioridad.

La segunda, los que ahora son niños y adolescentes, vienen a ser lo que Tejerina los denomina como postmaterialistas, para ellos el sentido de la vida está construido desde una visión muy cuestionadora del desarrollismo y desde el repudio a la lógica de la productividad cuyo único fin es alcanzar bienestar económico y prestigio, es decir, para los postmaterialistas tener dinero y prestigio no son sus prioridades; sus afanes están en búsquedas de ser, de construir espacios donde se representen a sí mismos para tener la posibilidad de ser en primer lugar, y dejar el tener para un segundo lugar.

En los inicios estrictamente ha existido un movimiento de adultos por los derechos de los niños, niñas y adolescentes y es a partir de los últimos años que también se ha construido con mayor fuerza un Movimiento Nacional de niños, niñas y adolescentes por sus derechos. Este movimiento de adultos por los derechos de los niños como experiencia general, se da en toda América Latina, porque una vez que sale la Convención de los derechos de los niños en América Latina se desata un proceso muy significativo que no está escrito, contado y reseñado aún. Se desata entonces uno de los movimientos más fuertes a nivel de toda América Latina, con objetivos bastantes claros, como adecuar la Convención sobre los derechos de los niños a las legislaciones locales, un movimiento orientado a generar participación, a crear una nueva institucionalidad de protección integral. Un movimiento que tiene un pensamiento absolutamente radical respecto del pensamiento del pasado, porque ha hecho una ruptura con conceptos morales, educativos, jurídicos, políticos con relación a los niños. Es un movimiento que nace con base sólida en conceptos de ética, que se mueve en el ámbito jurídico para cambiar los Códigos

de menores. En el fondo el movimiento articula autoridades, conciencias, gente (Entrevista No. 1, 2009).

No es posible la presencia de un movimiento social sin acción colectiva ya que la segunda hace posible la configuración de la primera y los movimientos reflejan su proceso vivo y su dinámica solamente en la acción colectiva que a la postre es el motor que le da curso y movimiento: “la acción colectiva se considera el resultado de intenciones, recursos límites, una orientación intencional construida mediante relaciones sociales desarrolladas en un sistema de oportunidades y obligaciones (...) los individuos que actúan colectivamente, construyen su acción mediante inversiones organizadas (...) activan sus relaciones como forma de dotar su sentido a su ‘estar juntos’ y a los objetivos que persiguen” (Melucci, 1994: 157).

Las acciones colectivas, las redes y alianzas, entre pares y, en este caso, entre generaciones de estos grupos reconocidos como movimientos sociales, han generado procesos de significación, de sistemas de valores, en los que de manera particular los Movimientos de NNA han hecho aportes significativos y su papel en esta dinámica es de especial interés para este estudio. Esto requiere de una mirada desde dos dimensiones: (i) el peso del Movimiento de NNA en el marco de los movimientos sociales nacionales; (ii) la medida en que los NNA son reconocidos/as como actores/as sociales identificados en un colectivo en el que se auto adscriben y a la vez se autor reconocen.

Se entenderá la categoría de actor social, en los términos que plantea el sociólogo francés Alain Touraine, cuando advierte que lo primero para reconocer la presencia del actor social es la acción colectiva; dicho en otras palabras, si no hay acción colectiva, el actor social como tal es inexistente. La acción colectiva dada por una agrupación de conciencias que se reconozcan como miembros de algo que se constituyen en un “*nosotros*” reconocidos e identificados por sí mismos y socialmente; un nosotros parte de algo, en el que cada uno/a es sujeto de la participación, no objeto de amparo.

Ese “nosotros sujeto” es reconocido y afirmado en tanto actúa en la sociedad e incide en un colectivo, hace algo, provoca algo, posiciona sentidos que conllevan a acciones. A decir de Touraine, el actor “produce situaciones históricas”, independientemente del tiempo de duración de su hacer y del alcance de la incidencia de este hacer. Es decir que el sujeto, es actor social y

existe como tal, en tanto actúa, y actúa en tanto hay un nosotros para nosotros y para el otro, esto último como expresión de la conciencia colectiva.

Determinado qué es al actor social y su lugar en la acción colectiva, se continuará desde las siguientes categorías sociológicas: identidad colectiva, organización colectiva y acción colectiva. Estas son categorías necesarias para entender la estructura y la dinámica de los movimientos sociales.

### 3.1. Sobre la identidad colectiva

Siguiendo a Tejerina (1998: 130), quien plantea que la identidad es una capacidad de definirse a sí mismo y a su ambiente, esa identidad colectiva a partir de la cual el actor social es capaz de construir unas expectativas y comparlas con la realidad y su estructura de oportunidades, identidad que, en el caso de NNA se da y se comparte sin mayores explicaciones de sus procesos de elaboración y transformación.

“Para Melucci una identidad colectiva es una definición interactiva y compartida, producida por varios individuos que interactúan y que hacen referencia a las orientaciones de su acción así como al ámbito de oportunidades y restricciones en el que tiene lugar su acción” (Tejerina, 1998: 130).

En el caso del Movimiento de NNA, la presencia permanente del foro de la niñez y adolescencia de los CNNA y la construcción participativa del Código de la Niñez y Adolescencia, fueron aspectos fundamentales para reconocerse. Desde estos espacios, se activaron discursos, puntos de vista, divergencias, acuerdos, que dan cuenta de cómo, en este caso, los aspectos más elaborados y traducidos en documentos, construidos en un largo proceso participativo, transcritos en el Código de NNA, son los principios de una identidad colectiva que se reactiva, a la luz de estos principios posicionados socialmente.

Entonces, la identidad colectiva del Movimiento de NNA conformada de manera peculiar por dos generaciones de actores sociales, adultos y NNA, no escapa de esa lógica de construcción: desde asumir una perspectiva, hasta consolidar redes entre actores que interrelacionan, negocian y toman decisiones expresadas en la acción colectiva concretas.

Este proceso de construcción de la identidad colectiva genera adscripciones o pertenencias al sentirse “parte de un mismo universo simbólico”,

pero a su vez produce exclusiones, por llamarlas de alguna manera, entendiéndolas como esos otros colectivos o grupos con los que se comparte parcialmente, o no se comparte, el universo simbólico en el que se sienten representados. Es decir, que esa relación de alteridad, que es dinámica y permanente, en todo proceso de pertenencia, se sitúa uno paralelo e inevitable de diferencia. Esta identidad del Movimiento de NNA se levanta a partir de una agrupación que se organiza, entra en la dinámica de la acción colectiva y simultáneamente se autodetermina y se define para esos otros diversos.

Para el movimiento es claro con quiénes tienen cercanías y lejanías, cuáles son las fronteras que los deja ver lo propio y lo ajeno, lo común con los denominados ajenos (en el sentido del compartir el universo simbólico); esta claridad que se vive con tensión en determinados momentos, a su vez, le ha permitido trazar estrategias para cohesiones y consensos claves y puntuales.

Tanto la identidad como las fronteras simbólicas se transforman en las correlaciones y dinámicas que establecen, no es extraño, cercanías con otros movimientos que antes eran distantes y viceversa; en esa dinámica precisamente está reflejada la construcción socio-histórica del Movimiento de NNA.

### **3.2. Sobre la acción colectiva, dinámicas que la reactivan a partir de propósitos declarados y compartidos**

Siguiendo las concepciones teóricas planteadas, respecto de la identidad y la acción colectiva, y recogiendo las preocupaciones de NNA, reflejadas en los/as actores/as del Consejo Nacional de NNA, encontramos que:

Se recuerda, 15 años atrás había un techo incipiente, los movimientos de NNA, no son visibles desde su inicio, sino que aparecen, a veces de la nada, pero toman un impacto y desaparecen, entonces se pensaría a inicios de los noventa con una oleaje de acciones que se transformaban de a poco en cosas más grandes, que nacían en el PMT y que continuaban en el Foro, que arrasaba a varias instituciones y lograban impacto. El año 1994 logró un impacto con una primera consulta, fueron más de cinco consultas que se hicieron en el país de diversa índole, no solo las nacionales, que empiezan a impactar en las decisiones que tomaban los consejos respecto a proyectos que venían desde lo internacional como UNICEF, Proyecto Hábitat o iniciativas más locales

como el Parlamento de Niñez Indígena a finales del noventa, el Congreso de NNA con mucha fuerza en Riobamba, Ambato; después de un Movimiento autónomo generado en Ambato que se denomina un Movimiento por la Vida: Movida” (Entrevista No. 2, 2009).

Esta cita nos demuestra, cómo los actores con sus redes y alianzas asumen un sentido para darle “impacto”<sup>2</sup> al movimiento; “el oleaje de acciones” expresa la acción colectiva permanente y vital que no queda sólo en los movimientos pequeños o “incipientes”, sino que “arrastraba varias instituciones y lograban impactos”. En este discurso se pone énfasis en el “impacto” como lo logrado y lo posicionado en la esfera de lo público, lo que en última instancia apela al autoreconocimiento y al reconocimiento del movimiento, que finalmente confirman la identidad de los actores y del propio movimiento.

Entre los avances para la nueva Constitución, se destaca la prohibición del trabajo para niñas, niños y adolescentes menores de 15 años y la implementación de políticas dirigidas a su erradicación. Asimismo, la inclusión de niños, niñas y adolescentes con discapacidad a la educación regular; el derecho a ser educados en su propio idioma; la garantía de derechos de la niñez y de la adolescencia en el sistema educativo y el voto facultativo para los y las adolescentes desde los 16 años<sup>3</sup>.

Para situar un ejemplo de lo dicho, vemos que estos avances reflejados en el texto de la nueva constitución antes de ser expresados y de ser recogidos de manera oficial siguieron un largo proceso de acción colectiva, en el que varios actores sociales estuvieron involucrados.

Situación los principios de NNA en la carta constitucional, elevarlo a políticas públicas es un logro sin precedentes para este movimiento y es una apertura para los demás movimientos sociales del país que empiezan a trabajar en esta perspectiva. Es además interesante entender que este logro del movimiento es fruto de una estrategia elaborada y trabajada en la esfera del poder político del país.

2 Este y los demás términos expresados en comillas son recogidos textualmente de lo que plantea el autor de la cita que antecede.

3 Ver página web del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CNNA), [www.cnna.gov.ec](http://www.cnna.gov.ec).

#### IV. Formas novedosas de organizarse y de ejercer el liderazgo

De alguna manera el Movimiento de NNA ha sido articulador de otros movimientos que buscan alternativas a los problemas sociales, culturales ambientales y económicos; en determinadas coyunturas ha liderado movilizaciones nacionales, ese es el caso de las consultas ejecutadas en todo el país, con participación masiva de NNA opinando sobre sus derechos.

Han sido capaces de posicionarse y legitimarse en espacios públicos y de articular propuestas concretas en lo político; de buscar convergencias estratégicas, en medio de tanta indiferencia, desmovilización, fragmentación de los grupos organizados del país presentes en las tres últimas décadas.

Por otro lado el discurso de la participación, la ciudadanía activa y responsable de NNA, el respeto y la equidad generacional y de género, decanta en varias prácticas democráticas e incluyentes dentro del Movimiento NNA. Desde la perspectiva de la sociología de la acción, que alumbró este análisis, encontramos la categoría de los llamados “actores históricos”, que inician su hacer con pequeños grupos: “Los mismos actores sociales están acostumbrados a ver como grupos de tamaño reducido constituyen las unidades básicas de sus movimientos” (Touraine, 1984: 130).

El Movimiento de niñez y adolescencia está hace 7 años en el cantón Tena. Un proceso que nace de 5 amigos de colegio por hacer algo diferente por el país. Luego integraron más participantes. Desde hace 7 años Napo ha generado procesos a nivel nacional. A nivel de niños y niñas se ha ido empoderando el tema. Ahora se reúnen la primera y tercera semana de cada mes, son 20 chicos de diferentes organizaciones. En las movilizaciones son de 60 a 70 chicos que se auto-convocan. Hoy se cuenta con 15 adultos empoderados en la participación de los niños (Entrevista No. 7, 2009).

Para la lectura de los “actores históricos” es indispensable comprender las formas del ejercicio del liderazgo; los NNA respecto a tener o no tener poder al interior de su organización; los juegos de conveniencia, de ubicaciones, tienen una importancia menor en sus procesos, dicho en otras palabras, para los NNA, a lo largo de su proceso como movimiento social, ha tenido poca relevancia el ejercicio del poder, los juegos de conveniencia y de

ubicaciones, el canalizar o no canalizar recursos. Ellos y ellas no están en estos afanes, su accionar es más libre de estos condicionamientos, más visibles en un buen número de adultos. Así los viejos patrones sobre los que se levantan los liderazgos tienen poco lugar en este espacio, razón por la cual, la práctica de los liderazgos de NNA es evidentemente distinta.

Como se dijo anteriormente, la mayoría de NNA de esta generación son los denominados postmaterialistas pues las prácticas organizativas estudiadas y constatadas, demuestran esa afirmación teórica. Por el contrario, para la mayoría de los adultos resulta paralizadora la falta de recursos. Estos dos elementos: tipos de liderazgo y grupos pequeños, dejan ver que el ejercicio democrático es de otra naturaleza porque las identidades generadas en espacios donde los actores son más cercanos y con vínculos estrechos, tienen mayor cohesión dada la credibilidad y el conocimiento entre actores.

Tradicionalmente los liderazgos, tienen algunas posibilidades de legitimación; en algunos casos, se posesionan desde el saber, en el caso del movimiento de NNA la siguiente cita ayuda a la comprensión desde la perspectiva de los movimientos sociales:

todos los activistas son en cierto modo intelectuales, puesto que en su acción contribuyen a la formación de la identidad colectiva del movimiento, no todos los activistas participan de la misma forma en la praxis cognitiva de los movimientos sociales. Algunos se convierten en organizadores, líderes o portavoces, mientras otros son menos visibles (Tejerina, 1998: 132).

Desde el cambio de concepciones del liderazgo, también las prácticas son revisadas y replanteadas; se apelan a formas más abiertas y democráticas, también se plantean liderazgos removibles que permiten circular a varios de los actores por esta responsabilidad. En este sentido, los liderazgos ya no son de la exclusividad de hombres adultos, como se estilaban en los sindicatos o en los partidos políticos tradicionales; los liderazgos son de mujeres, de adolescentes, de niños/as; están reconocidos y legitimados.



## V. Caminar de NNA por sus derechos

Desde la década del noventa del siglo anterior, los niños del Ecuador hablaron de su situación, nos han expresado sus esperanzas y frustraciones, lo hicieron fuerte y claro, brindándonos a los adultos, en múltiples ocasiones, la oportunidad de conocer sus verdaderas aspiraciones y con ello también la ocasión para cumplir con las responsabilidades que nos corresponde para su protección. Millones de niños, niñas y adolescentes fueron parte de este proceso democrático, unos como protagonistas y otros como participantes en las consultas, ellos nos acompañan en esta breve semblanza, ellos nos cuentan su propia historia, que es la historia del movimiento.

Como se ha constado en todas las consultas realizadas en el país, los niños, niñas y adolescentes han votado insistentemente porque los adultos destierren de su cotidianidad el maltrato, el abuso sexual, el trabajo infantil, la discriminación, el robo de niños, el abandono, entre los aspectos más nombrados, forman parte de su agenda permanente sobre la que se proyecta trabajar. Han priorizado aquellos temas que por lo general la sociedad no los quiere ver, temas que la sociedad tiene vetado hablar abiertamente, porque les enfrenta al hecho de que los adultos, las autoridades no están cumpliendo con la protección que requieren niños, niñas y adolescentes y porque devela una sociedad perversa en la que NNA sujetos de derecho, en la práctica, algunos son objetos de placer y objetos con los que se comercia.

## VI. Incidencia del movimiento social de la niñez y adolescencia

El movimiento de la niñez y adolescencia ha logrado avances significativos a nivel jurídico, ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, y de todos los tratados internacionales que garantizan derechos especializados para niños, niñas y adolescentes.

La Constitución Política del Ecuador de 1998 reconoció a niños, niñas y adolescentes su condición de ciudadanos y sujetos de derechos, y la del 2008 los ratificó, amplió y profundizó en el sentido que consagró un modelo de desarrollo y un estado garante de de derechos.

Las dos constituciones, igualmente, mandan a implementar un sistema de protección para que sus derechos se cumplan en la vida diaria de los niños, niñas y adolescentes. El Código de la Niñez y Adolescencia detalla las diferentes dimensiones de cada uno de los derechos y los organismos del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia; y cambia las reglas de juego en absolutamente todos los aspectos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, patria potestad, trabajo infantil, adolescentes infractores, alimentos, adopciones, etc.

A la luz de la Constitución y del Código de la Niñez y Adolescencia se han realizado ajustes a los otros paquetes legales para volverlos coherentes a la doctrina de la protección integral, tarea que se facilitó ahora que el país adecua todas las leyes secundarias a la Constitución del 2008.

Todo esto representó, según Manuel Martínez, “una Incidencia en términos éticos y jurídicos” de grandes dimensiones; adicionalmente considera que conlleva implícito un “planteamiento renovado de la política social” que por supuesto requiere una “nueva institucionalidad y la inversión necesaria”.

La visión de derechos, el entendimiento de la participación social en el quehacer público, la institucionalidad garantista de derechos y otros aportes a nivel de la condición jurídica de la niñez y adolescencia fueron un positivo referente en el último proceso constitucional. Estos aspectos al ser asumidos en el Código de la Niñez y Adolescencia hace seis años, y al haber sido difundidos con fuerza y promovidos en todos los niveles del país para que se pongan en práctica, sí ha permitido que todos tengamos una visión más amplia de la democracia y de la ciudadanía.

### 6.1. El aporte a la democracia

“El fortalecimiento de la democracia sin los niños resulta un salto al vacío pues su formación ciudadana resulta imprescindible para la consolidación democrática del país. La democracia tiene varias entradas, una de ellas es asumir que el cambio del país es tarea de todos, por tanto de niños, niñas y adolescentes, quienes se integran a reflexionar sobre su realidad y aportan soluciones desde sus intereses, desde su punto de vista a los problemas nacionales.

A partir del proceso sistemático, masivo y a fondo de participación social de niños, niñas y adolescentes, a través de los veinte últimos años que ha per-

mitido que se conviertan en actores y protagonistas de la vida nacional se hizo un aporte sustancial a la democracia. Consultas nacionales a niños, niñas y adolescentes sobre los temas que les atañe, talleres, difusión sistemática de los resultados de estos eventos, y una abogacía incansable han configurado un ambiente de inclusión e integración progresiva de niños, niñas y adolescentes en el convivir diario nacional, como actores sociales importantes.

Con el hecho de la integración activa de NNA, en la vida política del país se gana en democracia. Los resultados de este esfuerzo se develan en generaciones que ya han pasado por esta escuela de ciudadanía, que encontraron una orientación concreta en su vida en relación con la democracia, y al momento se encuentran en diferentes instancias aportando positivamente para la construcción de un nuevo país.

El movimiento de la niñez y adolescencia recurrió a medidas creativas de presión en las que pusieron su toque los niños, niñas y adolescentes, logrando sacar a las autoridades por momentos de su agitado quehacer, con el pedimos que contacten con su ser niño o con su niñez, desde ahí se les involucró y se les comprometió con la causa de los niños, niñas y adolescentes. No fueron grandes movilizaciones políticas o levantamientos, u otras medidas de hecho lo que hizo posible que los derechos de niños, niñas y adolescentes sean incluidos en la agenda social del país, sino la persistencia, el camino elegido y la naturaleza de la causa de la niñez y adolescencia. “La posibilidad de llegar a momentos de interlocución no confrontativa con el Estado, puede ser positivos para lograr determinados acuerdos” (Entrevista No. 7).

Otro de los resultados memorables, en la misma línea de análisis, es que en el país aumentaron las organizaciones de niños, niñas y adolescentes en sus respectivas escuelas; Consejos Consultivos en los cantones; Consejo Consultivo Nacional. Esto es una ganancia sustancial para la democracia porque desde ahí se generan grandes aprendizajes para una ciudadanía activa y responsable.

En Ecuador, al contrario de otros países, se hizo una opción: plantear la movilización y participación de niños, niñas y adolescentes en vez de las grandes estrategias de capacitación y difusión que se han impulsado en otros países. Esta estrategia brindó impresionantes resultados, se ha generado ciudadanía y se ha hecho significativos avances en la superación de viejos paradigmas respecto de que los niños son menores sin voz. En estas jornadas

de movilización, a la par se iba haciendo formación en los mejores términos, uniendo haceres concretos a los conceptos necesarios.

## **6.2. El aporte a la agenda política nacional**

Aunque se ha abordado conjuntamente con los dos grandes aportes del movimiento de la niñez y adolescencia, mencionados anteriormente, es indudable que uno de los grandes logros del movimiento de la niñez y adolescencia es el haber posicionado en la agenda política nacional la obligación ética y política de cumplir con los derechos de la niñez y adolescencia.

Parte de este posicionamiento también fue de acuerdo con lo que plantea “haber contribuido a la construcción de un discurso de niñez y adolescencia. Como ocurre en el imaginario de lo público en general, los derechos es un tema del cual la gente toma conciencia, se sensibiliza, se preocupa” (Entrevista No. 12).

Siguiendo con el análisis de Carriel, como parte de este proceso, con la construcción del discurso se dio también la afirmación del movimiento como una dinámica social que crece, que tiene presencia y que se desarrolla; es un único proceso el que produce todos estos resultados, que de alguna forma se determinan y al mismo tiempo tienen su existencia autónoma. “De la mano de la construcción del discurso hay más voces del movimiento con cada nueva generación. Liderazgos fuertes en los cantones. Existe un proceso participativo y democrático que contribuye a que la sociedad más inmediata como sus familias, empiecen a cambiar los enfoques autoritarios por enfoques más democráticos”.

## **6.3. El aporte a la política pública**

A más de esta revolución a nivel jurídico y ético, se desataba otra en el ámbito de las políticas públicas. Los Estados y particularmente el Estado ecuatoriano, se obligó a comenzar a aplicar la nueva ley de la niñez y adolescencia, esto no se tradujo sólo en un conjunto nuevo de procedimientos en lo civil, penal, administrativo; sino en la creación de una nueva institucionalidad y sobre todo en la definición y aplicación de políticas públicas especialmente orientadas a garantizar o restituir derechos de niños, niñas y adolescentes: proceso

que lo estamos viviendo en la actualidad a profundidad. Su ejercicio a su vez generará nuevas precisiones y requerimientos institucionales, Sin duda esto evidencia que se desató la dinámica de garantía de derechos de niños, niñas y adolescentes en el país.

Políticas públicas que incorporan “el nuevo paradigma del niño como sujeto de derechos y el Estado como garante de los mismos”, que se constituye en un importante aporte para las políticas públicas de todos los grupos sociales. Después de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, afirma Sánchez, “el impacto mayor es que se ha ido creando en la sociedad en su conjunto, pero en el Estado más, un nuevo concepto de niñez y adolescencia”, asunto que tendrá muchas implicaciones en la definición de políticas públicas con enfoque de derechos. “Ahora se reivindica a la niñez y adolescencia como sujetos de desarrollo. De la importancia de invertir en primera infancia, de la necesidad imperiosa de garantizar el derecho a la vida, a la protección contra la violencia y esto ha significado que se implementen y financien desde el Estado central como desde los seccionales varias iniciativas que dan cuenta que un Estado nuevo está naciendo” (Entrevista No. 2, 2009).

Efectivamente, las evidencias muestran que es un objetivo prioritario del Estado ecuatoriano la atención de niños, niñas y adolescentes. Todavía no contamos con datos cuantitativos que sustenten esta afirmación, pero lo que es indudable es la presencia ya en el país de los organismos del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia.

Estas políticas públicas que garantizan derechos de niños, niñas y adolescentes han sido incluidas en las agendas políticas locales y nacionales, es decir, se inició un nuevo proceso de posicionamiento de sus demandas e intereses en el conjunto del país, se consolidó un cambio político y ético sin precedentes en el país, del cual todos seremos beneficiarios.

A lo largo de este proceso a nivel nacional, se ha estructurado también una agenda política para niñez y adolescencia, consistente en algunos instrumentos de política pública que ya fueron descritos en el capítulo anterior, entre ellos el Plan Nacional Decenal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia y la Agenda Social de la Niñez y Adolescencia, que reúnen los principales elementos que se requiere para garantizar los derechos de este sector de la población. La tarea ahora es su implementación; “la agenda social deja

desazón porque no se ha logrado aún que las instituciones cumplan; que los rectores de la política, en el caso del Ministerio de Educación no haya invertido recursos, tiempos, sin embargo no asume lo que le corresponde a cada uno. Es el caso de escuelas y colegios que no tienen partida, casos de maltrato donde no se definen los roles bien”, (Entrevista No. 10, 2009).

Se puede entender que aún hay y van a seguir existiendo límites y ritmos propios de la ejecución, que constituye el principal reto en estos momentos, asunto que para el Movimiento de NNA es claro y en el que en adelante pondrá su atención.

#### **6.4. El aporte a los cambios culturales**

Los cambios culturales no sólo se expresan a nivel estatal, sino que han tenido repercusiones en el conjunto de la sociedad ecuatoriana, un significativo número de niños, niñas y adolescentes ecuatorianos conocen sus derechos, los demandan, los aplican; muchos adultos, padres y madres de familia, profesores y profesoras en muchos casos los practican; las instituciones privadas y públicas saben de la existencia de derechos y que deben respetarlos en su práctica cotidiana; el Código de la Niñez y Adolescencia es la ley orgánica más conocida en el país.

Al interior de las familias, de las escuelas, de las comunidades en un porcentaje importante de la población aunque muy lenta y tibiamente se ha operado un cambio en el trato que los adultos dan a niños, niñas y adolescentes. Poco a poco se va tomando en cuenta sus opiniones en las decisiones que tienen que ver con sus propias vidas, se les consulta para otras opiniones y, sobre todo, se les considera como personas con capacidades y potencialidades.

Estos cambios como hemos expresado incorporan activamente al Estado, la sociedad y las familias, volviendo con ello corresponsabilidad de todos la garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Noción presente en la doctrina de la protección integral de derechos y nueva para la aplicación de las políticas públicas.

## VII. El carácter y naturaleza de la causa que defiende el movimiento social de la niñez y adolescencia

Existen varias dimensiones de ese carácter o naturaleza de la causa que defiende el movimiento social de la niñez y adolescencia, que lo vamos a desarrollar en este acápite, sin embargo, todas tienen una sola razón de ser, que se resume en el hecho de que el cumplimiento de los derechos humanos de la niñez y adolescencia es un asunto que a primera vista no “incide en los antagonismos estructurales del país, razón por la cual convocan a un tipo de alianzas que van más allá de las tradicionales, provocando articulaciones sociales y políticas que atraviesan de cabo a rabo, la estructura social y política” (Guendel, 2002: 2).

Es decir, están en juego los derechos de un grupo social (niños, niñas y adolescentes) que están fuera del mercado, pero que para cumplir con sus derechos se requiere una distribución de la riqueza equitativa y un estado que esté comprometido realmente con las grandes mayorías del país.

Contamos también con la ventaja de que todos los sectores sociales y el Estado sienten moralmente una responsabilidad difícil de evitar, aunque el tipo de responsabilidad que sienten no necesariamente expresa un compromiso adulto y político, sino una mezcla entre un sentimentalismo patético y una filantropía de lo más interesada en mantenerles en el mismo lugar a los niños, niñas y adolescentes.

Además, si bien no es un antagonismo estructural, enfrenta a ese “ejercicio perverso del poder emanado de fuentes no vinculadas con el sistema político y económico formal en la familia, la escuela, la clínica, el mundo del trabajo (...) se relaciona, más bien, a la existencia de una cultura patriarcal, adulto centrista y racista, que va más allá de los antagonismos tradicionales que distingue la sociedad capitalista (...) que se oculta en los mismos cimientos de la sociedad, caracterizada por una violencia salvaje y anónima” (*ibíd.*).

Este ejercicio es universal, involucra a todos los países del mundo, y en este mismo sentido, estas luchas son parte de las luchas antiautoritarias, son luchas transversales, en el sentido de que no están limitadas a un país, tienen más desarrollo en unos más que otros, pero no están confinadas a una forma política o particular de gobierno. Son luchas inmediatas por dos razones: en

tales luchas la gente cuestiona las instancias de poder que están más cercanas a ellas, aquellas que ejercen su acción sobre los individuos; estas luchas no se refieren al enemigo principal sino al enemigo inmediato, como tampoco esperan solucionar los problemas en un futuro preciso. Son luchas que cuestionan el estatus del individuo: por un lado afirman el derecho a ser diferentes y subrayan todo lo que hace a los individuos verdaderamente individuos. Por otro, atacan lo que separa a los individuos entre ellos, lo que rompe los lazos con otros, lo que rompe con la vida comunitaria, y fuerza al individuo a volver a sí mismo atándolo a su propia identidad de forma constrictiva.

El Movimiento de NNA puede ser muy bien representado en la cita que sigue: “El objetivo de estas luchas no es atacar tanto a tal o cual institución de poder, grupo, elite, clase, sino más bien a una técnica, a una forma de poder. Hoy en día, la lucha contra las formas de sujeción –contra la sumisión de la subjetividad– se está volviendo cada vez más importante, incluso cuando las luchas contra las formas de dominación y explotación no han desaparecido, más bien todo lo contrario” (*ibid.*).

Efectivamente el Movimiento de NNA y cada actor social se enfrenta a luchas que involucran a los individuos, en sus prácticas diarias, en sus relaciones de familia, en todos los espacios más cotidianos, pero que justamente son los espacios en los cuales forjan su comportamiento para toda la vida, en todos los ámbitos que se desarrollan los seres humanos, y que por tanto, tendrá determinadas consecuencias en el manejo del espacio de dominación o explotación que te toco, es decir, esta gran lucha por lograr unos sujetos más libres, respetuosos, autónomos, con más autoestima, con una conciencia clara de derechos y responsabilidades con los otros, con el planeta.

Puede ser la cantera de seres libres y dignos que no se someten también a ninguna forma de dominación o explotación. Claro que no es un antagonismo estructural, asumido éste como la base económico-productiva de una sociedad, pero es una forma de ejercicio del poder tan estructuralmente ligado a las diferentes sociedades que seguramente por ello va adquiriendo cada vez más importancia y son parte de las luchas liberadoras del mundo. La liberación tiene ahora varias entradas y una de ellas es definitivamente la defensa de los derechos humanos, en este caso de niños, niñas y adolescentes, porque el reto de garantizarlos pasa por modificar a las estructuras del país.



## VIII. Las principales lecciones de este proceso vivido para el movimiento de la niñez y adolescencia

En el momento de situar las lecciones que este proceso deja para el propio movimiento de la niñez y adolescencia, resulta difícil decidir por dónde comenzar, por cuanto siempre el ejercicio de reflexión sobre los propios pasos es difícil situarlo solamente como investigador y no como parte activa de este proceso; por lo que el auto análisis o la autocrítica, confronta con el propio ego, con la subjetividad, con la vanidad y egoísmo.

### 8.1. Asumir la ciudadanía de niños, niñas y adolescentes en los hechos

Progresivamente se fue asumiendo como una condición básica para garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes, que ellos mismos asuman el ejercicio de su propia defensa; en ese sentido procurar su participación, garantizar su expresión y promover su asociación se convirtieron en la estrategia fundamental del movimiento de adultos. Es decir, asumir la práctica concreta, diaria, cotidiana de lo que promulgamos.

En la Declaración “Los Niños Prioridad Nacional” de 1994 ya evidencian que “este proceso marchará como la fuerza exuberante de los ríos siempre y cuando “los pequeños ciudadanos” fortalezcan sus organizaciones y hagan escuchar su pensamiento”. Expresan, sin duda, también estas palabras, algo que es la condición de que este proceso de movilización y participación de niños, niñas y adolescentes haya desembocado en un movimiento y que hayamos conseguido del estado y de la sociedad que vayan asumiendo progresivamente su responsabilidad; es la confianza y la credibilidad que siempre se ha tenido en ellos, en su participación, en sus capacidades y en la garantía que su presencia constituye para a su vez conseguir su bienestar. Esto a su vez, permitió que sea una práctica consistente, coherente con los principios de derechos humanos que se pregonaban.

Conforme este proceso también avanza la conciencia de la niñez y adolescencia en relación con sus derechos. “Queremos una forma concreta para participar en la defensa de nuestros derechos. Nadie más que nosotros mismos para defenderlos, pues por mucha voluntad que pongan los adultos, no

pueden sentir como nosotros el peso de los abusos” (“Los niños quieren gobernarse”, diario Expreso; así también consta en una hoja promocional de este proyecto). Al momento tienen un discurso propio, una forma de organizarse, unos propósitos claros, una decisión firme de continuar por este camino hacia delante. Esto que planteamos no es una postura, no es una consigna política que lo comparte un grupo selecto de niños, niñas y adolescentes del país, que tal vez participen en las diferentes instancias organizativas promovidas para ellos, es una condición inherente a los niños, niñas y adolescentes ecuatorianos, ya el cambio, el salto cultural ya se dio en ellos. En las visitas a lo largo y ancho del país pude constatar lo planteando, ya no hay un grupo de líderes que se representan, puede ya hacerlo cualquier niño, niña o adolescente que le guste actuar como tal, en cualquier cantón recóndito del país.

Con su participación los niños, niñas y adolescentes demostraron que tienen las habilidades y destrezas para comunicarse y comunicar a otros el mensaje de su permanente exclusión, pero también de sus sueños y esperanzas. Los niños y niñas del presente exigen cada vez más espacios de respeto, ternura, amor y comprensión a sus opiniones, expresiones y aspiraciones. No quieren quedarse al margen de opinar y sugerir cambios sustanciales en las relaciones intergeneracionales, sociales y culturales.

También han ido adquiriendo una mayor actoría social y sus demandas progresivamente son reconocidas, así como, se ha fortalecido su ciudadanía social y han incrementado su protagonismo.

## **8.2. La coordinación con la institucionalidad pública nacional e internacional**

Una habilidad del movimiento social fue la de vincular a las instituciones de cooperación internacional y a los organismos estatales responsables de las políticas y de los servicios orientados a la niñez y adolescencia hacia el cumplimiento de los objetivos propuestos.

Organismos de cooperación internacional que estaban, además, absolutamente convencidos del tema, que en su agenda tenían como punto prioritario el lograr que todos los países del mundo asuman en su práctica nacional los postulados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. El

mérito del movimiento fue mantener de forma permanente vivo este compromiso, alimentarlo y aprovecharlo positivamente. Hasta hoy existe esta participación activa en el proceso, aunque a nivel de los mandatos de sus instituciones a nivel mundial, sean definitivamente otras las prioridades.

Las instituciones públicas nacionales, por su parte, tenían una debilidad muy grande, y en uno de los aspectos que se expresaba la misma, era en que no tenían una agenda propia; en realidad no sabían hacia dónde orientarse, simplemente sobrevivían. La invitación a sumarse a este proyecto de garantizar derechos fue clave para ellos y se sumaron activa y de forma permanente los funcionarios particularmente del Ministerio de Bienestar Social, hoy Ministerio de Inclusión Económica y Social. Esto permitió al movimiento contar con un apoyo logístico y contar con resultados inmediatos en aspectos sencillos, pero que significaban ya ir sentado bases para un nuevo modelo de gestión.

Otra dimensión de estos mismos cambios en el ámbito de la institucionalidad nacional (pública y privada) que trabaja por la niñez y adolescencia es la capacidad de coordinación que se generó producto de esta vinculación local y nacional que se generaba por trabajar en función de temas determinados, es decir, las campañas y otras acciones que impulsó el movimiento.

### **8.3. La incorporación activa de padres y madres de NNA parte del proceso**

Este proceso de participación de niños, niñas y adolescentes ha requerido necesariamente la intervención permanente de adultos, padres y madres de familia o miembros de los Foros de la Niñez locales, en los cuales sus familias confiaban a sus hijos e hijas para que les acompañen a las múltiples actividades que se realizaron a lo largo y ancho del país.

Esta necesaria presencia se convirtió para muchos adultos en una escuela de formación y en la forma en la que se vincularon con este discurso de defensa de los derechos humanos y el compromiso de un nuevo comportamiento con sus hijos o hijas y en relación con todos los niños, niñas y adolescentes. Esta fue sin duda una innovadora estrategia para incorporar nuevos integrantes al movimiento, y nos evidencia la necesidad de seguir avanzando en esta línea, con más detalle. Los acompañantes de los niños,

niños y adolescentes que participan, siempre estaremos ahí y debemos tener una estrategia más delineada.

#### **8.4. El rol de la comunicación en las acciones impulsadas y el de los medios de comunicación**

Con la conciencia de que se buscaba influir en la mayor parte de la población para que modifiquen su forma de asumir y el comportamiento con los niños, niñas y adolescentes siempre se dio una importancia central a la comunicación de todas las acciones que se impulsaban. Como es obvio, el límite natural de esta prioridad eran los recursos, pero siempre, se pensó e instrumentó innovadoras campañas de comunicación, así como, materiales multicolores que tenían la intención de informar a adultos, pero sobre todo invitar a la lectura por parte de los niños, niñas y adolescentes.

Como consecuencia los adultos ligados a los actores NNA, siempre estuvieron presentes como actores políticos importantes a los cuales había que acceder, con quienes había que dialogar, tenerles de lado, contar con estrategias de trabajo conjunto.

### **IX. El movimiento social es una dinámica no estructurada organizativamente**

Una de las dificultades del proceso fue “no haber encontrado el momento propicio para estructurar el movimiento, se perdió oportunidades grandes no sólo en recursos, sino en tener estructura, a través de procesos sostenidos de formación y seguimiento” (Entrevista No. 2, 2009). Además, el entrevistado dice que “no es el pensamiento sólo de él, la dinámica de ir y venir de los movimientos, de momentos altos y bajos, esa sucesión de sentir una presencia inmensa, para luego sentir que no hay estructuras organizacionales, ni individuos para contar, preocupa a más de uno, porque no necesariamente estamos conscientes de vivir la dinámica de un movimiento, como tampoco conocemos que significa un movimiento” (*ibíd.*).

En el proceso vivido por el movimiento social de niñez y adolescencia, se formó a mucha gente, no sólo porque se realizaron múltiples foros, talleres

y otras actividades, sino porque se participó en diferentes tipos de movilizaciones sociales, consultas, marchas, tomas de medios; nuevas formas y más directas de participar que permiten una formación, que además es bastante más integral, que la capacitación como la concebimos comúnmente.

Se ha generado también nuevas instancias organizativas, que las hemos analizado, como los consejos consultivos de niñez y adolescencia, las defensorías comunitarias, el mismo fortalecimiento del Foro que constituyen resultados de estructura, aunque este no es el objetivo del movimiento; surgieron como resultados indirectos y se forjaron para dar continuidad a la dinámica del movimiento. La razón de ser del movimiento es ser deliberante, desesperadamente contestatario.

Participar de la mano con los niños, niñas y adolescentes es un ejercicio profundamente humano y emocionalmente muy gratificante. La frescura de su ser, la amplitud, la sinceridad y otras características propias de esta etapa de vida, genera especialmente relaciones de afecto, a más de compañerismo y solidaridad que se requiere para andar en este proceso. “La base principal del movimiento son las relaciones de afecto que se establecen entre los chicos y chicas de todo el país. Es un movimiento afectuoso, solidario, que respeta”. (Entrevista No. 12, 2009).

La dimensión afectiva es una de las principales facetas del ser humano, es la que garantiza una real conexión de las partes, es la base de la articulación verdadera, consistente, duradera. El movimiento de niños, niñas y adolescentes tiene para largo porque está construido con estas bases.

Muy ligada con esta capacidad está la de soñar, que los niños, niñas y adolescentes lo tienen muy arraigada. Se considera que “las agendas que se construyen desde procesos de participación real, pensada desde los niños, niñas y adolescentes, con toda su diversidad, se convierten en espacios de articulación, porque detrás de las agendas están los sueños, y son éstos los que articulan los procesos del movimiento. Los sueños construidos desde el afecto tienen resultados en la vida política, institucional, legal, en el marco jurídico” (*ibíd.*).

Esta dimensión tratamos también de contagiar a quienes por alguna razón estuvieron cercanos, que poco a poco están entendiendo que asumir un enfoque de derechos en su práctica profesional diaria, significa relacionarse de una forma diferente con los niños, niñas y adolescentes. Es tra-

tarles con respeto, pedirles sus opiniones en los asuntos que les atañen, escucharles en lo que nos quieren decir, es ganar para nosotros la cercanía afectiva, a la que nos vamos cerrando en esta suerte de enclaustramiento que es ser adultos.

#### **X. Consecuencias que se avizoran respecto de un manejo “orgánico” del MNNA**

Es importante considerar que las limitaciones en el manejo del Movimiento de NNA, presentes desde el inicio de su conformación, hacen crisis en este momento, las mismas que están referidas a la tendencia permanente de hacerle funcionar al movimiento social en un esquema de organización. Se vinculan y se desvinculan por propia voluntad, es decir aceptan una pertenencia voluntariamente, pero enseguida les obligan a asumir una normativa, que debe observar, para no ser sancionado. Esto debilita el vínculo, basado en un sentido libre, autónomo, voluntario, dado por la convicción y un sentido de identidad y de pertenencia, que se establece al interior de los movimientos sociales; esto se reforzó por el centralismo que caracteriza a las formas de hacer organización en el país. Desde Quito se organizan y dirigen los procesos, y, por las características concentradoras y verticales del liderazgo de algunos dirigentes, el centralismo se concentra.

Por lo anotado se puede aseverar que el Foro pretendió constantemente y hasta ahora un manejo “orgánico” de los diferentes actores sociales, que son controlados y cuestionados si no responden a la conducción general; se organizan acciones nacionales únicas a las que todos militantemente deben sumarse en todo el país y se desconoce o no se apoyan las iniciativas locales o regionales que resienten con este estilo de conducción.

Este problema se evidenció desde el momento en que se creó el Foro de la Niñez y Adolescencia, a inicios de los años noventa, porque se lo concibió como un espacio tácito que aglutinaba a todos los actores sociales que de forma autónoma hasta ese momento habían estado participando. Esta decisión que podría ser la expresión sólo de un acuerdo de coordinación, se transformó con el tiempo en el elemento que ha ocasionado la ruptura de alianzas, por la manera como se manejó; a lo que se sumó la complejidad que resulta

de intentar responder a tantos intereses institucionales al mismo tiempo. De paso es necesario decir que estas confrontaciones expresan también las que se vive de forma permanente en el país entre el centro y la periferia.

## **XI. Respetto del financiamiento para el movimiento de adultos a favor de NNA**

Otra limitación que ha actuado en esta suerte de “paralización coyuntural” del movimiento social es que una vez que se aprueba el Código, las instituciones internacionales cambian sus propuestas, tienen otras prioridades, el Foro ya no es el espacio reconocido para las negociaciones, es otro miembro más. Cada vez resulta más difícil financiar una reunión del Foro: no ha sido posible concretar el proceso de reestructuración por falta de financiamiento. Se menciona como paralización coyuntural, porque el Estado y las dinámicas sociales determinarán más temprano que tarde, la reactivación de movimientos sociales para demandar del mismo el cumplimiento de los derechos en general incluyendo el de niños, niñas y adolescentes.

Al inicio el movimiento de defensa de los derechos humanos de la niñez y adolescencia ecuatoriano contó con los recursos financieros de la cooperación internacional Save Children Suecia, UNICEF y Plan Internacional, y de organismos nacionales como el INNFA que financiaron gran parte de este proceso. A escala regional (América Latina) los mismos organismos financiaban procesos parecidos. Estos recursos brindaron muchas facilidades para las reuniones, para logística, para mantener la comunicación, etc.

Los actores de la sociedad civil del movimiento de defensa de los derechos de la niñez y adolescencia se acostumbraron a no movilizar recursos locales, regionales o nacionales, sino a que los recursos vengan desde fuera; a depender, en cierta manera de las ONG mencionadas, además a no realizar actividades sin que cuente con este financiamiento de forma que se legitimó una dinámica castrante y dependiente de la subvención económica. El Foro siempre dependió del financiamiento internacional y nacional, para la programación y ejecución de las actividades del conjunto del movimiento. Al momento estos organismos dejaron de financiar pues orientaron una parte de ese financiamiento al Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, así

como orientaron recursos a sus propias acciones. El Movimiento de NNA tiene otra razón poderosa para su actual desarticulación e inmovilidad.

## **XII. La comprensión de la crisis por parte de los protagonistas del propio movimiento de NNA**

Los actores sociales más prominentes del movimiento<sup>4</sup> no se han puesto a reflexionar sobre esta compleja realidad que los afecta, me atrevo a mencionar por el trato frecuente con estos actores/as, puesto que no consideran que exista una crisis, o un proceso de debilitamiento. Muchas veces observando su actuar he considerado que proceden dentro del Estado con la lógica de movimiento, es decir, presionan, demandan, no es que hacen uso de las competencias del Estado para cumplir con los derechos de niños, niñas y adolescentes. Esta lógica genera nudos de conflicto que detienen el proceso en marcha asumido desde la institucionalidad.

No se entiende como un proceso de debilitamiento sino simplemente como otro momento del proceso, “momento de redefinición de liderazgos, en el que hay que generar más fuentes de financiamiento y abrir la cancha para otros actores particularmente para los propios niños, niñas y adolescentes, cuyo movimiento está en proceso de fortalecimiento en la actualidad cuando hay mucha expectativa, inclusión y apertura” (Entrevista No. 2, 2009).

Es importante también registrar la visión que existe en algunos sectores de defensores de los derechos que consideran que más bien el movimiento se fortaleció a partir de la expedición del Código de la Niñez y Adolescencia, por la creación del Consejo Nacional y de los Consejos Cantonales en tanto estos son un soporte fundamental para la exigibilidad de derechos, y en ese sentido se ha continuado con la dinámica de posicionamiento de la garantía de derechos. En este sentido el debilitamiento visto con varios argumentos para este estudio sería más bien expresión de las acciones aisladas que todavía realizan los nuevos organismos del Sistema Nacional Descentralizado de Pro-

---

4 En referencia a aquellos actores sociales que todavía siguen activos, que ahora apoyan las acciones y dinámica que generan los niños, niñas y adolescentes en su propio movimiento social y en los consejos consultivos.



tección Integral de la Niñez y Adolescencia o la falta de recursos para desarrollar estrategias más amplias que aborden todo el país.

Se considera que “en el 2006 se volvió a recuperar la iniciativa con relación al tema político, acciones a nivel local, difusión del Código de la Niñez, y creación del sistema. Y esto es justamente lo que le permite nuevamente proyectarse y perfilarse una nueva, gigante y permanente tarea para este movimiento” (Entrevista No. 1, 2009).

Hay algunos que consideran que la existencia misma de los Consejos y de los otros organismos del Sistema han debilitado al movimiento, porque han tomado determinadas funciones de éste; y que además, éstos no han logrado los cambios necesarios en este nuevo momento, frente a las coyunturas planteadas por el Estado y a la realidad de los niños, niñas y adolescentes ecuatorianos o del propio proceso de implementación del Código. Visión que es resultado de un análisis menos riguroso de lo que es un movimiento social o que desconoce las tesis que fueron posicionando con relación a la institucionalidad que creían garantiza derechos.

### **XIII. El movimiento de niños, niñas y adolescentes está activo**

A lo largo del estudio hemos ido explicitando la presencia de otro movimiento dentro del movimiento de adultos que inicialmente nos planteamos estudiar, es decir, un movimiento propio de niños, niñas y adolescentes. Creo que ahora es indiscutible la evidencia que el movimiento de niños, niñas y adolescentes está activo, es el que a partir del 2005 ha tomado el liderazgo en todas las acciones, es el que de alguna forma ha obligado a muchos adultos, a veces colectivamente otras de forma individual, a ponerse de pie y funcionar. Adultos del Foro de la Niñez, de los consejos nacionales y cantonales, del INFA que apoyan todas las acciones que se propone este movimiento auténtico de niños, niñas y adolescentes.

Parecería ser que ellos, los niños, niñas y adolescentes, han consolidado su propia representación como sujeto social y político. Tampoco es que el mundo de los adultos (no me refiero a los miembros del movimiento de adultos que siguen apoyándolos) los miran como tal, es decir, como un proyecto político viable y alternativo para cuestionar las estructuras del país y concretar

sus reivindicaciones, es decir, el cumplimiento de los derechos de NNA. Tiene esencialmente un poder ético. Todavía no han sido vistos como un proyecto político, todavía no han sido tomados en serio para acompañar o tomar la iniciativa de otras demandas mayores.

Ese es el “auténtico movimiento” que está en gestación. “Para ello el Código de la Niñez y Adolescencia ha establecido la necesidad de contar con Consejos Consultivos. Este auténtico espacio de participación, abre la puerta a que los niños, niñas y adolescentes se organicen para elegir a sus representantes, provocando una suerte de cascada organizativa y representativa. Demostrándose que la participación es un derecho que se ejerce siempre y cuando existan instancias que la consideren e impulsen” (Entrevista No. 2, 2009).

Queda claro y apoyo todo lo que es posible a que en este nuevo momento los niños, niñas y adolescentes continúen forjando su protagonismo; ellos y ellas tienen menos tensiones, mayores claridades de su papel y por tanto más oportunidades para posicionar y garantizar que el Estado asuma el cumplimiento de sus derechos.

#### **XIV. Retos actuales para el movimiento social por la defensa de los derechos de niñez y adolescencia**

Se consideró que este nuevo momento se caracteriza porque “los chicos y chicas están haciendo lo que los adultos debían hacer, es decir garantizándonos la felicidad” (Entrevista No. 15, 2009). Al parecer la puerta está cerrada para el movimiento de adultos que hablan por los NNA, pero está absolutamente abierta para que los propios niños, niñas y adolescentes continúen haciendo su caminar y, como es obvio, pongan su agenda, a la que pueden sumarse adultos, en el sentido del apoyo logístico, técnico, e incluso apalancamiento político. Esto es mucho más cierto si consideramos la existencia de una instancia pública legitimada por el Estado y por los Alcaldes, los Consejos Consultivos de niños, niñas y adolescentes, a escala nacional y a escala local, que maneja con mucha conciencia esa posibilidad que no se da en ninguna otra edad de ser totalmente autónomos.

Esta situación no es casual, hemos dado muchos argumentos para entender el porqué se cerró la puerta para los adultos, pero también el porqué

se les abrió para los niños, niñas y adolescentes. Aquí hay que adicionar un elemento más o resumir lo dicho: al Estado le resultó fácil, particularmente estos dos últimos años, asumir todo lo que anteriormente hacía el movimiento social de adultos, porque eran reivindicaciones claramente de su competencia y básicas en la garantía de derechos de niños, niñas y adolescentes. Pero no puede ni podrá asumir la representación de los niños, niñas y adolescentes, ellos se representan a sí mismos, y esto hace vigente a su movimiento, nadie puede sustituirlos; y en esta coyuntura, el Gobierno de la Revolución ciudadana no va a prescindir de ellos.

Se considera que en este momento “la fortaleza de los adultos es asumir fuertes compromisos éticos, políticos, sociales por los niños y niñas” (Entrevista No. 1, 2009), lo que implica aceptar su protagonismo y asumir este nuevo momento como adultos que han venido hablando por ellos y ellas.

#### **14.1. Sobre la vigilancia y exigibilidad al Estado, a la sociedad y a la familia del cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes**

Al movimiento liderado por NNA, le corresponderá, en uso de sus competencias, y por el momento de cambio que vivimos como país, ejercer la vigilancia y exigibilidad de todos los avances que realicen las diferentes instancias estatales en el cumplimiento de sus derechos, deberán vigilar a las autoridades parroquiales, cantonales, provinciales, regionales y nacionales para establecer la exigibilidad de lo planteado en el Código de NNA.

Para concretar este cumplimiento de los derechos, debe tomarse en cuenta que se debe actuar en varios ámbitos a la vez. De un lado, se debe exigir que se asuma el reto de construir un Estado integral donde la especificidad nos sirva para enriquecer esa integralidad y garantizar una atención especializada. También es importante exigir que se siga articulando desde la institucionalidad pública y con la privada, actuando como sistema para garantizar la integralidad en la atención. Continuar con la construcción de los organismos del SNDPINA, en especial aquellos que permiten la denuncia inmediata y directa por parte de los niños, niñas y adolescentes como son las juntas de protección de derechos y las defensorías comunitarias.

La idea de sistema integral se va forjando en una práctica de coordinación e integración, que les permite asumirse como parte de un proceso mayor, la garantía de derechos de niños, niñas y adolescentes, que es producto de una intervención multidisciplinaria que involucra a todas las instituciones.

Es clara la necesidad de coordinación interinstitucional que cabe dentro de un concepto aún mayor, como es el de corresponsabilidad, en el cual se crea un nuevo nivel de articulación con las familias, directos y casi siempre únicos responsables de niños, niñas y adolescentes, y la sociedad, es decir, las comunidades donde se desarrollan, las organizaciones comunitarias, los pequeños, medios y grandes empresarios, los medios de comunicación, etc.

En un país como Ecuador en el cual la palabra ha perdido relevancia y los compromisos nacionales son asumidos débilmente por los gobiernos de turno, un aspecto central de la exigibilidad a impulsar debe tener como propósito garantizar los recursos necesarios para el cumplimiento de las disposiciones establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia, para las políticas públicas establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo y en la Agenda Social de la Niñez y Adolescencia, y para que se cree la institucionalidad que está prevista para la garantía de derechos.

Por último, será una tarea esencial de este movimiento de niños, niñas y adolescentes, exigir y vigilar que se cumplan el Plan y la Agenda, así como proponer políticas públicas sobre cada una de las violaciones de derechos que detecten y que adviertan que el Estado nacional, regional, provincial, cantonal o parroquial no está actuando.

#### **14.3. Lo prioritario, su propio fortalecimiento como movimiento social de niños, niñas y adolescentes**

Como movimiento social, NNA, tiene un conjunto de responsabilidades con ellos mismos; es un reto, por ejemplo mantener el estilo, fresca e iniciativa propia, pero asumir una mayor claridad política, en el sentido de estar más conscientes de lo que representan en el país, lo que pueden esperar o no del gobierno, y lo que deben y quieren conquistar mediante alianzas con otros movimientos sociales.

Aparte de lo planteado, deben continuar con su propia construcción como movimiento nacional y local, que en cada uno de los cantones, grupos

de niños, niñas y adolescentes se articulen con otros, luego a escala provincial y después regionalmente para llegar a un ámbito nacional, como una real representación de todo el país. Al momento, ya se avanza en este sentido: hay grupos de niños, niñas y adolescentes organizados al menos en 100 cantones.

Este crecimiento debe abarcar también y como uno de los elementos fundamentales el promover una mayor autoría social, así como, el fortalecimiento de su ciudadanía social e individual y el incremento de su protagonismo. Continuar en sus procesos de formación, referidas por ejemplo a cómo se concreta en la práctica el ejercicio de los derechos o los mecanismos de vigilancia y exigibilidad más adecuados para el cumplimiento de los derechos.

Los adultos tienen la obligación en los barrios y comunidades, en las instituciones de promover espacios para que niños, niñas y adolescentes expresen su opinión en relación con todos los asuntos que le atañen sean en sus espacios cotidianos (reglamentos y currículos del sistema educativo, planes de trabajo de organizaciones comunitarias urbanas y rurales, etc.), de su ciudad y país. Respetar el espacio ganado por NNA, para que se integren en espacios de planificación, de presupuestos participativos, elaboración de ordenanzas, políticas públicas y leyes, etc.

Es fundamental también continuar fortaleciendo las instancias públicas de niñez y adolescencia, los consejos consultivos, que deberán apoyar y representar al movimiento social, según sea el caso. Al momento están trabajando estrechamente entre el movimiento y el consejo consultivo nacional y local, tienen la misma agenda de exigibilidad y vigilancia; el consejo consultivo en uso de sus mandatos presiona a las autoridades y el movimiento respalda con sus acciones. En su comprensión ha quedado bastante claro que pueden duplicar su fuerza asumiendo las potencialidades de cada una de estas instancias.

### **14.3. El cambio de las asimetrías en las relaciones de poder**

El cambio en las relaciones de poder entre adultos y niños, niñas y adolescentes es el reto fundamental del MNNA, que compromete al conjunto de adultos en la sociedad ecuatoriana. Relaciones que asumiendo a niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, con capacidades y potencialidades,

se basen en la consideración, en el respeto, en la solidaridad. Lo que hará posible que se asuma con responsabilidad los criterios, opiniones y propuestas de ellos. Esto será una verdadera y genuina base para humanizar la sociedad y democratizarla y volverle más igualitaria. En resumen todos/as salimos ganando.

En las familias deberán promover la escucha activa a niños, niñas y adolescentes; el tomar en cuenta sus opiniones en las decisiones que se van forjando; el dejarles tomar decisiones en los asuntos de su directa competencia; el responsablemente aplicar los acuerdos que se tome con ellos; es decir impulsar, todas aquellas actitudes que permita tratarles como seres humanos en toda su dimensión.

La convicción de que el bienestar de niños, niñas y adolescentes, al que se llega por el cumplimiento de todos sus derechos, es una condición básica, indiscutible para la construcción de un país diferente, es también otra constante en el discurso oficial y hoy más que nunca es una verdad alcanzable.

## XV. De los derechos declarados a los hechos vividos

El asunto clave al momento es que los derechos debemos concretarlos, “ate-rizar, masificar para que los derechos ya se den en los hechos, hay que lograr que los niños sean los beneficiarios de lo que se ha producido, conceptual, teórica y políticamente” (Entrevista No. 8, 2009).

A pesar de todo el trabajo y acciones realizadas y los resultados obtenidos, “los alcances son limitados y no han logrado provocar un definitivo resquebrajamiento de la mirada tradicional que la sociedad tiene sobre los niños. Es evidente que aún no se ha logrado convertir esta materia en un tema de interés nacional y en políticas públicas estables, coherentes y a largo plazo. Todavía no hemos logrado una variación sustancial en la visión que el Estado y la sociedad tienen sobre los niños” (*ibid.*).

Se señala con mucha certeza que no hay una voluntad nacional de generar cambios sustanciales a favor de los niños y modificar el comportamiento social hacia NNA. “En relación al tema niños existe un falso consenso nacional pues si bien nadie se opone a considerar y apoyar formalmente este tema, en las políticas públicas se tiende a excluir a los niños, negándolos de

esta forma un presente y a ellos y al país un futuro de dignidad y seguridad” (*ibíd.*).

Los datos presentados en el primer capítulo, en relación con la situación de niños, niñas y adolescentes es una muestra fehaciente de que el gran reto es concretar en los hechos, los derechos.

### 15.1. Los adultos protagonistas del movimiento: retos que se proponen

En las entrevistas que se realizaron a destacados miembros del movimiento de la niñez para esta investigación, hay una variedad de posturas que de alguna forma complementan el análisis realizado hasta aquí, o que presentan otros temas a tomarlos en cuenta.

Se considera que “uno de los retos es recuperar o reconstituir el movimiento, que tenga una propuesta política propia, que la relacione con el resto de propuestas de los demás sectores de la sociedad, que no sea una propuesta fragmentada, que conjugue las necesidades y preocupaciones del conjunto de la población, porque el tema de la niñez no es un tema que puede estar separado del tema de la adultez” (Entrevista No. 7, 2009).

El tema de la integralidad planteada anteriormente recupera este sentido que plantea López.

Se cree también importante, “que el movimiento genere pensamiento, no ha existido reflexión crítica propia por la gente que ha trabajado el tema de niñez y adolescencia, esta ha respondido a las agendas de las instituciones de cooperación internacional. Es una necesidad también, de que sea el Estado el que marque la línea de la cooperación a las agencias internacionales. No sé hasta dónde se ha logrado avanzar con este gobierno en quitar esa direccionalidad de los procesos dada por agencias de Naciones Unidas. Estas agencias comienzan a disputar fondos y a levantarlos dentro del propio país, compitiendo con otras organizaciones” (*ibíd.*).

Este elemento que él reivindica, es polémico, si bien, como ya se ha manifestado, hubo una fuerte presencia de los organismos de cooperación al inicio y que de hecho ellos dieron la hoja de ruta inicial, con su aporte, en este país sí se generó un proceso muy fuerte de reflexión y producción teórica que sirvió de guía en el proceso vivido por el movimiento social y que se registró en el Código de la Niñez y Adolescencia.

Otro elemento importante: “ahora hay muchas cosas pendientes en el tema de infancia, incluso concretar temas que están planteados en el Código y que pudieron haberse compartido en la bandera del Foro: como el tema del trabajo infantil. Hay muchos temas de seguridad sobre los cuales no se ha reflexionado profundamente para determinar en qué condiciones de riesgo viven los niños y qué es la seguridad para ellos” (ibíd.). Dice también que “hay temas que el Estado y las ONG no logran abordar con la suficiente fuerza, incluso desde la política pública como el tema de la explotación sexual, que sigue siendo una de las violaciones más crueles a los derechos de los niños, pero que en algunas zonas del país es parte de la cotidianidad, así también el involucramiento de los niños en el tráfico de drogas. La incidencia de adolescentes en centros es alto, el uso y ser mulas es algo donde la mayoría está involucrado” (ibíd.).

Se considera que “muchos temas sobre trabajo infantil se quedaron de lado cuando las organizaciones empezaron a trabajar los temas que venían dados desde el Departamento de Estado y que fueron los bastiones para el trabajo. Pero qué pasó con el tema del trabajo infantil, explotación en el trabajo doméstico, etc. Todos estos temas se han dejado de lado y no se ha pensado cómo la crisis va a arrastrar a más de ellos a las calles. El Movimiento ya no reflexiona sobre los temas que se dejaron en el Código y que ya no se aplicaron más. En el tema de adolescentes infractores no hay ninguna política de protección integral” (ibíd.).

Posiciones que más que armar una agenda para un nuevo período del movimiento, reafirman la necesidad de una actuación decidida del Estado, y nos refiere a la nostalgia de otros momentos y que evidencia el escaso conocimiento que tienen de la situación actual, es decir desconocen al potente movimiento propio de niños, niñas y adolescentes, cuyo destino hay que garantizarlo.

## 15.2. Desde los niños y adolescentes qué debería reforzarse

Desde estos planteamientos se avizoran parcialmente el curso a seguirse por este singular movimiento que alcanza madurez y autonomía, que en la acción colectiva inicial impulsada por los adultos encontraron la inspiración y que se constituyen como actores /as, cuyo aporte despierta grandes expectativas,



a la consecución de sus logros se asistirá con respeto y con apertura, desde el mundo adulto que tanto tiene que aprender de actores, de actorías y formas de organización y liderazgos.

Estos actores peculiares, sin duda, nos brindarán formas novedosas de acción colectiva, mediante las cuales expresarán la resistencia a quienes pretendan el incumplimiento de sus derechos. También nos van a permitir la comprensión de fenómenos colectivos en términos de la acción, más que de gastados discursos; lúcidos y con percepciones distintas del tiempo y de su curso nos ponen en un escenario donde la acción desde su peculiar organización será desarrollada en un sistema de oportunidades y obligaciones.

## XVI. Bibliografía

- Amin, Samir y Francois Houtart, "Globalización de las resistencias, el estado de las luchas", Ed. Icaria, Barcelona-España, 2003.
- Auyero, Javier, "¿Por qué grita esta gente? Los medios y los significados de la protesta popular en la Argentina de hoy", en *América Latina Hoy*, vol. 36, 2004.
- Avritzer, L., "Democracy and the Public Space in Latin America. Princeto", Princeton University Press, 2002.
- Barrera, Augusto, *Acción colectiva y crisis política. El movimiento indígena ecuatoriano en la década de los noventa*, OSAL / CLACSO, Centro de Investigaciones Ciudad y Abya-Yala, Quito, 2001.
- Cohen, Jean L., "Strategy or Identity: New Theoretical Paradigms and Contemporary Social Movements", *Social Research*, vol. 52, 1985.
- Cohen, Jean L. y Andrew Adato, *Sociedad Civil y Teoría Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- Diani, Mario, "Networks and Social Movements: A Research Programme" en Diani, Mario & McAdam, Doug (eds.), *Social Movements and Networks -Relational Approaches to Collective Action*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2003.
- Diario Los Andes, Riobamba, 19 diciembre 2004.
- D. McAdam, J. McCarthy y M.N. Zald, "Oportunidades políticas, estructuras de movilización y marcos interpretativos culturales", en *Movimientos*

- Sociales: perspectivas comparadas*, McAdam, McCarthy y Zald (comps.), Madrid, 1999.
- García Méndez, Emilio, *Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia*, 1989.
- Guendel, Ludwig, “Políticas públicas y derechos humanos”, en *Revista de Ciencias Sociales*, vol. III, número 097, Costa Rica, 2002.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, 4ª ed. Rev., Madrid, 1998.
- Hardt, M. y Negri, A., *Multitud: guerra y democracia en la era del imperio*, Longseller, 2004.
- Ibarra, P. y Tejerina, B. (eds.), *Los movimientos sociales. Transformaciones políticas y cambio cultural*, Trotta, España, 1998.
- Informe de las Naciones Unidas 2002
- Jelin, Elizabeth (comp.), *Mas allá de la nación: las escalas múltiples de los movimientos sociales*, El zorzal, Buenos Aires, 2003.
- Keck, Margaret E. y Kathryn Sikkink, *Activistas sin fronteras: redes de defensa en política internacional*, México, 2000.
- Melucci, Alberto, “Asumir un compromiso: identidad y movilización en los movimientos sociales”, *Zona Abierta*, Buenos Aires, 1994.
- Metodología de elaboración. Plan nacional decenal de protección integral a la niñez y adolescencia, 1999.
- Monasterios, Karin, Stefanoni, Pablo y Hervé Do Alto (eds.), *Reinventando la nación en Bolivia: movimientos sociales, Estado y poscolonialidad*, CLACSO, Plural Editores, La Paz, Bolivia, 2007.
- Offe, Clauss, “Neocorporativismo. Notas acerca de sus presupuestos y de su significación democrática”, en *Partidos Políticos y nuevos movimientos sociales*, Ed. Sistema, Madrid, 1988.
- Olson, Mancur, “La Lógica de la acción colectiva”, en varios autores, *Diez textos básicos de Ciencia Política*, Ariel, Madrid, 1992.
- Plan de acción Mundial, “Un mundo apropiado para los niños”, celebrado por Naciones Unidas, Nueva York, 11 mayo 2002.
- Ramírez Gallegos, Franklin, “La insurrección de abril no fue sólo una fiesta”, Taller El Colectivo, Abya-Yala, Ciudad, Terranova, Feuce-Q, Quito, 2005.

- Saltos y Vázquez, *Ecuador y su Realidad*, Abya-Yala, Quito, Ecuador, 2009.
- Seoane, José, Taddei Emilio, (comps.), *Resistencias Mundiales. De Seattle a Porto Alegre*. CLACSO, Brazil, 2001.
- Smelser, Neil J., (1963), *The Theory of Collective Behavior*, Free Press, New York [Teoría del comportamiento colectivo], México, F.C.E., 1989.
- Tarrow, S., “Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política”, en *El poder en movimiento*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.
- Tilly, Charles, *Trust and Rule*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- Touraine, Alain, *¿Podremos vivir juntos?*, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 1997.
- , *El regreso del actor*, EUDEBA, Buenos Aires, Argentina, 1987.
- Unda, Mario, *Contribución al Debate sobre los movimientos sociales*, Quito, Ecuador, 2006.
- UNICEF, Convención de los derechos del Niño 1989.
- Varios autores, *Proyecto Consulta Nacional de Niños, Niñas y adolescentes*, 1996.
- Varios autores, *Construir nuestros sueños, documento base. Foro de la Niñez y Adolescencia*, 2002.
- Varios autores, “Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010”, Quito, 1999.

## XVII. Anexos

### Listado de entrevistados

1. LUIS TERÁN, activista de los derechos de los niños de Riobamba, actual director del INFA de Chimborazo.
2. FERNANDO SÁNCHEZ, activista del movimiento de niños de Quito, actual viceministro del ministerio de inclusión económica y social.
3. LUCY VALLEJO, secretaria ejecutiva del foro de la niñez y adolescencia desde el 2007 hasta la actualidad.
4. JORGE BRAVO, activista de derechos humanos de niños en Manabí; actual concejal de Portoviejo.
5. BERENICE CORDERO, activista de derechos de niñez a nivel nacional; oficial de política pública de UNICEF.

6. CECILIA LASSO, activista de derechos humanos a nivel nacional; actualmente funcionaria del Ministerio de Justicia.

7. FERNANDO LÓPEZ, activista nivel nacional de derechos de niñez; actual director ejecutivo de defensa de los niños internacional.

8. JAVIER ALVARADO, activista de derechos de niñez y adolescencia a nivel nacional. Retirado del tema – consultor en libre ejercicio.

9. MANUEL MARTÍNEZ, activista de los derechos de niños, niñas y adolescentes a nivel nacional; ex director nacional del INFA.

10. JULIA ORTEGA, activista de los derechos de los niños en la provincia de Morona Santiago; actualmente directora del INFA de Morona Santiago.

11. ALVARO LOZANO, activista de derechos de los niños en Sucumbíos.

12. RAFAEL CARRIEL, activista de los derechos de niños y adolescentes en Guayas; actualmente consultor en el Foro de la Niñez y Adolescencia.

13. JORGE ÁLVAREZ, activista de los derechos de niñez y adolescencia a nivel nacional; actualmente coordinador del Proyecto Nacional de Cedulación en base al convenio INFA – ARCANDINA.

14. BARÓN HIDROVO (acaba de cumplir la mayoría de edad), miembro del Movimiento de la Niñez y Adolescencia y del Consejo Consultivo Nacional de Niños, Niñas y Adolescentes; actualmente asesor del Foro por la Niñez y Adolescencia en Manabí.

15. ELÍAS TENORIO, participó en el Movimiento y Consejo Consultivo de Niños, Niñas y Adolescentes; actualmente miembro del Proyecto por el Cambio Climático en base a convenio INFA – ARCANDINA.

16. DARÍO TERÁN, 17 años, miembro de la Coordinación Nacional del Movimiento de la Niñez y Adolescencia.



2

**Políticas sociales**



## Adolescencia en América Latina y el Caribe: Orientaciones para la formulación de políticas\*

Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe

---

### Sumario:

I. Presentación. II. ¿Por qué los adolescentes? III. Por una visión positiva de la adolescencia. IV. Adultos y adolescentes: Una relación conflictiva. V. La voz de los adolescentes. VI. El derecho a la participación. 6.1. ¿Por qué la participación? 6.2. Los tipos de participación. 6.3. Los espacios de participación. 6.4. Las culturas juveniles. VII. Políticas a favor de la adolescencia. 7.1. Orientaciones generales. 7.2. Líneas estratégicas de trabajo. 7.2.1. Participación autónoma de los adolescentes. 7.2.2. Universalización de la educación secundaria. 7.2.3. Fortalecimiento de las familias. 7.2.4. Establecimiento de sistemas de justicia penal y juvenil. 7.2.5. Promoción de la salud sexual y reproductiva en un marco de Derechos Humanos. 7.2.6. Estímulo a la creación y a la expresión cultural y artística. 7.3. Indicadores básicos: lo que cada país debe saber. VIII. Bibliografía.

---

\* El documento original se publicó en Bogotá, Colombia, por la UNICEF-Oficina Regional para América Latina y el Caribe, diciembre de 2001.



## I. Presentación

América Latina y el Caribe se enfrentan, hoy más que nunca, al reto de responder a las necesidades y exigencias planteadas por aquellos niños y niñas que, dejando atrás la pequeña infancia, se encaminan ahora hacia el mundo adulto. Reconocemos que el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia – UNICEF, orientó su accionar, históricamente, hacia los primeros años de la infancia. Hoy, por mandato de la Convención sobre los Derechos del Niño, el enfoque se ha ampliado a los adolescentes de ambos sexos.

Sin dejar de atender a los más pequeños, UNICEF quiere dar visibilidad a los derechos humanos de los adolescentes, entre 12 y 18 años, que conforman alrededor del 20% de la población total de esta región, viviendo en circunstancias diversas y en nuevos contextos de riesgo, que las generaciones precedentes no conocieron.

Hemos desarrollado sustantivos procesos de consulta con nuestros Programas de País y hemos discutido con colegas de otras organizaciones, así como del mundo académico, para evaluar nuestra propia experiencia. Los resultados de estas sistemáticas reflexiones se encuentran en el presente documento “Adolescencia en América Latina: Orientaciones para la formulación de políticas” preparado por la Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe. Será evidente para el lector, que UNICEF no parte de cero y que está activamente comprometido en el desarrollo de iniciativas innovadoras, sobre todo para aprender a escuchar los puntos de vista de nuestros adolescentes, quienes, en tanto ciudadanos, perciben que sus necesidades no están siendo atendidas y muestran una perspectiva crítica del contexto social e institucional en el que están creciendo.

Estamos dispuestos a rectificar el rumbo donde sea necesario para que el derecho a participar de los niños y adolescentes se convierta en realidad, porque sabemos que nuestras sociedades serán más democráticas y respetuosas de los derechos de cada persona, si logramos acompañar, desde nuestra responsabilidad de adultos, los procesos auténticamente participativos de niños y adolescentes en las decisiones que afectan sus vidas.

Quisiéramos compartir el presente documento como parte de una reflexión colectiva para seguir avanzando. Cumplir con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en todos los instrumentos

internacionales de Derechos Humanos que protegen a los hombres y mujeres adolescentes, hace imprescindible continuar el diálogo iniciado. Las líneas estratégicas de trabajo propuestas son una respuesta a los problemas identificados como los más urgentes y tendrán que ser revisadas a la luz de análisis sucesivos. Tal como la experiencia nos está mostrando hasta ahora, comencemos por escuchar y por reconocer que los seres humanos de todas las edades necesitamos comprometernos mutuamente en un nuevo paradigma de cooperación para construir sociedades democráticas y respetuosas de cada persona.

Per Engebak  
Director Regional  
Oficina Regional de Unicef para América Latina y el Caribe

## II. ¿Por qué los adolescentes?

*Dicen que somos el futuro  
para entonces ya no seremos  
jóvenes.  
El futuro llegó hace rato<sup>1</sup>*

La preocupación por el tema de la adolescencia es relativamente reciente en UNICEF. Tradicionalmente y por razones que se remontan al origen de la organización, UNICEF ha concentrado sus esfuerzos en la primera parte del ciclo de vida (0-6 años). Posteriormente, el interés de UNICEF por el tema de la educación básica condujo a la formulación de políticas para un segundo tramo del ciclo de vida (7-12 ó 14 años) que coincide con el tiempo de la educación primaria.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), columna vertebral del mandato institucional de UNICEF, en su Artículo 1º. define como niño a todo ser humano menor de 18 años. Este cambio normativo obliga a una

<sup>1</sup> Salvo que se indique otra fuente, los testimonios de adolescentes fueron tomados de: UNICEF-Chile (s.f.); CEPECS (1999) y Pabón, Marta Lucía (1999).

nueva extensión en las prioridades, y por ende en las políticas de UNICEF. También representa el desafío de dar respuestas innovadoras a las necesidades de los adolescentes.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), los dos instrumentos fundamentales del Derecho Internacional que permiten especificar los derechos de los adolescentes hombres y mujeres, se inscriben dentro de un espíritu de respeto por la libertad y la igualdad entre las personas. Constituyen, por lo tanto, el marco conceptual para el desarrollo de cualquier política o programa para la adolescencia en América Latina y el Caribe pues permiten reconocer a los adolescentes de ambos sexos como sujetos de derecho, posibilitando su realización como personas y como ciudadanos dentro de una cultura universalizadora de los derechos humanos (UNICEF-Oficina Regional, 2000a).

En este contexto, el presente documento debe ser entendido como un conjunto de propuestas y orientaciones destinadas a elaborar una política para la adolescencia, en plena concordancia con la CDN.

Todos los países de América Latina y el Caribe no sólo han ratificado la CDN sino que, con pocas excepciones, han adecuado su legislación nacional espíritu y al texto de la misma. Las nuevas legislaciones latinoamericanas y caribeñas definen como niño a todo ser humano hasta los 12 ó 14 años y como adolescente a todo ser humano desde la última edad hasta los 18 años incompletos.

A diferencia de la definición de “adolescencia” que se deriva de la CDN, el término “juventud” tiene diferentes interpretaciones y cubre una población más amplia que puede comenzar por debajo de los 18 años (desde los 10, 14 ó 15 años) y extenderse por encima de esta edad (hasta los 24, 28 ó 30 años). En consecuencia, es necesario diferenciar “adolescente” y “joven”, y reconocer la existencia de un uso ambiguo del segundo. El concepto más amplio de “juventud” o “joven” no tiene relevancia jurídica. Más allá de las diferencias semánticas, la vaguedad del término tiene consecuencias programáticas y políticas pues, en algunos casos, se **contrapone** a la CDN y a las nuevas legislaciones sobre infancia y adolescencia, al tiempo que se **sobrepone** a todas las normativas jurídicas nacionales destinadas a regular los distintos ámbitos de acción de los adultos.

Sin embargo, diferentes estudios han mostrado que los jóvenes entre los 18 y 24 años tienen una fuerte influencia en el comportamiento de niños y adolescentes, al tiempo que son una referencia importante dentro de las familias y las comunidades. Con frecuencia, ellos mismos son padres, maestros o, como hermanos mayores, son responsables del cuidado de los más pequeños. Con esta observación, UNICEF podría orientar parte de sus acciones hacia los jóvenes con la perspectiva de generar un cambio en el comportamiento de los adolescentes.

Además del cambio normativo y político que significa la Convención, hay una realidad demográfica que obliga a las sociedades de hoy a atender la problemática adolescente. Más de 1.000 millones, de los 6.000 millones de habitantes del mundo, tienen entre 10 y 19 años de edad (UNICEF, 2000a). Las proyecciones demográficas indican que este número aumentará significativamente en los países no industrializados en los próximos 10 años.

En América Latina y el Caribe, la población joven de 10 a 24 años representa el 30% del total de la población. Es decir, 148 millones de personas. Se estima que para el año 2025, esta población alcanzará los 166 millones. La población adolescente (10 a 19 años) representa en promedio al 21% de la población total, porcentaje que varía entre el 13% y el 25% según el país (OPS/Kellogg, 1999).

El crecimiento de la población adolescente en nuestros países y la urbanización de nuestras sociedades han generado y conllevado la aparición de nuevas problemáticas que requieren un análisis crítico de las sociedades en que se desarrollan, evitando reforzar las imágenes negativas de la adolescencia. Antes de “estigmatizar” al adolescente, una política responsable debería empezar por entender las causas y el contexto social en que ocurren, por ejemplo, la ausencia y la deserción escolar, la explotación laboral, los embarazos no deseados o las infracciones a la ley penal.

La orientación de la política de UNICEF hacia la protección de los derechos de los adolescentes coincide con la idea del ciclo de vida que considera a los niños en TODAS las etapas de su vida. Así, a la prioridad otorgada a la supervivencia y desarrollo de la niñez en sus primeros años, y al acceso y calidad de la educación básica, tiene que seguir un apoyo sostenido a los adolescentes en su entrada paulatina al mundo adulto. Como consecuencia lógica de esta concepción, UNICEF se ha comprometido a enfocar sus es-

fuerzas en los tres momentos esenciales del desarrollo de la infancia y la adolescencia (E/ICEF/2000/13):

a) **0-6 años: Infancia temprana**

Un buen comienzo en la vida, con alimentación, atención y un medio ambiente sano que permitan la supervivencia del niño en condiciones apropiadas de salud física, claridad mental y seguridad emocional.

b) **6-12 años: Infancia**

La oportunidad para completar una educación básica de buena calidad.

c) **12-18 años: Adolescencia**

La oportunidad de desarrollar las capacidades individuales en medios propicios y seguros para contribuir y participar en la familia, la escuela, la comunidad y la sociedad.

### III. Por una visión positiva de la adolescencia

La adolescencia es un concepto construido socialmente que tiene connotaciones culturales. Las percepciones de la infancia y la adolescencia, así como la manera en que sus derechos son protegidos, tienen sus raíces en realidades culturales y políticas que varían de un país a otro. Como para cualquier otra población, es difícil establecer características o similitudes que definan al grupo en su totalidad. **Los adolescentes no conforman un grupo homogéneo: lo que tiene en común es la edad. Viven en circunstancias diferentes y tienen necesidades diversas.**

Una visión consistente con los Derechos Humanos y desde el enfoque del ciclo de vida<sup>2</sup> se contraponen a las ideas tradicionales sobre la adolescencia, y considera a los adolescentes y a los niños como seres humanos iguales en

2 El concepto de **ciclo de vida** que subyace a la CDN reconoce a la infancia y a la adolescencia un valor propio pues considera a las personas en una etapa específica de su vida. En este marco, se impone una noción integral del adolescente en la cual se entiende que hay que dejarle el espacio y el tiempo de formarse, tomando en cuenta sus opiniones y considerándolo un sujeto activo y creativo, y no un objeto de los otros.

dignidad, que por estar en un momento particular de desarrollo y de su historia, tienen necesidades objetivas y subjetividades específicas determinadas por su edad.

*Estamos rompiendo esquemas... más abiertos a las ideas, a la duda, a los otros, a lo desconocido. O sea a buscar no más un camino propio. Los viejos no se atreven a cambiar.*

La adolescencia es una construcción de las sociedades modernas que ven a la persona en una etapa pre-productiva, en preparación para llegar a ser lo que la norma social les indica: un adulto, productivo, con familia y sin asuntos pendientes con la ley: un “buen ciudadano”. Detrás de la actitud contestataria de los adolescentes, existe una búsqueda de sentidos que va más allá del modelo que el mundo adulto moderno les ofrece, una búsqueda que persigue el valor de lo social en la relación de sí mismos con el entorno, más allá de los valores del mercado: por encima de la producción y de la reproducción, está la relación con los amigos y los pares, los afectos, el amor, el placer, el juego, la música, el teatro, los deportes, la cultura en su sentido más amplio.

Tal vez el verbo que mejor caracteriza a la adolescencia sea el verbo «salir»: salir de la infancia y de la casa, salir a experimentar, a buscar, salir con alguien, abrirse al mundo más allá del universo familiar. La adolescencia constituye la primera experiencia que tiene el individuo con la dimensión colectiva de la vida. En un momento histórico y cultural determinado, la adolescencia está situada en el punto de contacto de por lo menos dos generaciones. Desde allí explora las carencias, los vacíos y las promesas no cumplidas de los padres, las familias y las sociedades. Se encuentra en el centro de la transmisión de los valores culturales y las relaciones sociales y puede considerarse, en ese sentido, como un síntoma del mundo contemporáneo (RASSIAL, 2000).

En vez de considerar la adolescencia como problema, las políticas y programas deberían entenderla como resultado de una construcción histórica y de un proceso social. En la adolescencia, el individuo comienza a asumir su independencia y autonomía frente al medio social. Los adolescentes hoy (y

también los niños) rechazan los actos de autoridad dictados sólo por la voluntad y el capricho, sobre todo en el plano de las relaciones interpersonales; en otras palabras, reaccionan contra el ejercicio subjetivo del poder cuando no respeta reglas claras o leyes establecidas (discrecionalidad) o cuando es contrario a la razón y la justicia (arbitrariedad).

#### IV. Adultos y adolescentes: del conflicto a la cooperación<sup>3</sup>

*“Dicen que nos ven como ‘un libro abierto’. Pero lo que no dicen es que lo leen al revés, creen que ellos ya escribieron el final.”*

La crisis de los modelos tradicionales ha dado lugar a dos paradigmas ambiguos, hoy hegemónicos en la percepción de las relaciones entre adultos y adolescentes y, por ende, en la formulación de políticas gubernamentales y no gubernamentales para la adolescencia. Estos paradigmas son:

- a) **El paradigma de la manipulación:** se caracteriza por una visión adultista que proyecta en la adolescencia la imagen que los adultos se hacen de sí mismos. Esta visión expresa, por una parte, la incapacidad de los adultos de pensarse a sí mismos y, por otra, permite que los adultos descarguen su propia responsabilidad en los adolescentes.
- b) **El paradigma de la mistificación:** se caracteriza por una visión nostálgica e ingenua de la adolescencia y la juventud, que resalta y sobredimensiona sus virtudes a la vez que descarga a los adolescentes de toda responsabilidad frente a sus propias vidas.

Ambos paradigmas, al estigmatizar o idealizar la adolescencia, terminan siendo funcionales a la manipulación de los adultos, ya sea porque sobrecar-

<sup>3</sup> Tomado de UNICEF-Oficina Regional, 2000b.

gan a los adolescentes de responsabilidades o porque los despojan de sus derechos<sup>4</sup>.

Frente a los paradigmas de la manipulación y la mistificación, existe un tercer paradigma, tan posible como necesario: es el **paradigma de la cooperación** que debe fortalecerse frente al desaliento y la falta de perspectivas de adultos y adolescentes en tiempos de crisis. Se funda sobre una relación educativa basada en el respeto y en el reconocimiento de que todos los seres humanos somos iguales en dignidad.

A diferencia de la idea simétrica entre derechos y deberes, que quiere cobrar cada derecho reconocido a los adolescentes deben responder al principio de autonomía progresiva. De acuerdo con este principio, los deberes exigidos a los adolescentes dependen de su grado de madurez y de las herramientas adquiridas a lo largo de su vida que les permitan efectivamente asumir esos deberes. La lógica aritmética de los deberes y derechos, aunque racionalmente fundada, carece de generosidad y de solidaridad, principios esenciales del paradigma de la cooperación.

Los programas y políticas que tienen como eje la participación y la “voz de los adolescentes”, se enmarcan dentro del paradigma de la cooperación. En síntesis:

- Los adultos escuchan a los adolescentes;
- Los adolescentes escuchan a los adultos;
- Los adolescentes se escuchan entre sí;
- Los adultos se escuchan entre sí.

Los adolescentes necesitan de los adultos casi tanto como los adultos necesitan de los adolescentes. Los adolescentes no rechazan ni el apoyo, ni la orientación de los adultos; más bien los solicitan (a veces en forma confusa y hasta dramática). Los adolescentes tampoco rechazan la autoridad; lo que los adolescentes rechazan es el autoritarismo, es decir la autoridad desprovista de razones. En consecuencia, es necesario cuestionar y debatir las percepciones mistificadoras y manipuladoras de la adolescencia, y fomentar la escucha,

4 Resulta imposible negar que las formas manipuladas y mistificadas de participación son formas de participación. Antes que denominadas formas de no participación, es mejor denominarlas formas no legítimas de participación.



el diálogo y la cooperación entre las generaciones. La CDN está permeada por este mismo espíritu de cooperación intergeneracional. Por lo tanto, regula y reformula las características históricamente predominantes de la relación de los niños con los adultos y con el Estado. Reduce radicalmente, para comenzar en el plano normativo, el carácter legítimo de la discrecionalidad en las relaciones interpersonales y constituye el dispositivo central, jurídico y pedagógico, del paradigma de la cooperación.

## V. La voz de los adolescentes

*“Dicen: ‘ah, ese niño tiene problemas, que se vaya’. Siempre uno es el problema, no pueden ver qué tienen que ver ellos.”*

Para los adolescentes, el ejercicio de la participación significa:

- Expresar su opinión libremente.
- Tener iniciativas y actuar en los procesos.
- Evaluar las políticas, programas y servicios con el fin de garantizar que éstas sean diseñadas de acuerdo con sus necesidades e intereses.

Se entiende que el diálogo entre adolescentes y adultos, ninguna opinión aislada prevalece sobre las otras; más bien el resultado es un consenso construido entre todos. **La voz de los adolescentes, o su silencio, es sólo una parte del problema. La otra parte es la incapacidad de los adultos para prestar oído a esa voz y a ese silencio.**

UNICEF no constituye una fábrica de producción de las políticas para la adolescencia; su papel es propiciar y facilitar el diálogo y el debate que, dentro del paradigma de la cooperación, marquen el camino para el desarrollo de las políticas públicas.

**¿Cómo los escuchamos?** Con una actitud abierta, aprendiendo de ellos y sin evadir los conflictos, tanto en los espacios privados como públicos; actuando sin ingenuidad en el campo de la opinión pública; mejorando técnica

y conceptualmente las estrategias y los mecanismos para recoger la voz de los adolescentes (en las encuestas de opinión, por ejemplo).

**¿Dónde los escuchamos?** En primer lugar, en la familia, la escuela y la comunidad. El bienestar y desarrollo de los adolescentes depende principalmente de los entornos protectores en que viven y de las relaciones que mantienen con los padres y demás adultos cercanos. Los educadores, sean padres o maestros, tienen un papel primordial que jugar.

**Con el objeto de desarrollar políticas universales para los adolescentes y para efectos de los programas de cooperación de UNICEF, es necesario comenzar por priorizar en el tiempo la escucha de los adolescentes allí donde se congregan y se localizan más fácilmente: en el sistema educativo.** A pesar de que la escuela no responde siempre a las necesidades de los adolescentes, “no es algo mejor que la escuela sino una escuela mejor” lo que puede abrirles perspectivas. A este proyecto pedagógico contribuiría el fomento del diálogo y la participación en la escuela, pero también la incorporación de un número y una pluralidad mayor de adolescentes al sistema educativo. De nuevo, la comunicación entre la escuela y los adolescentes debe fluir en doble vía: no se puede exigir unilateralmente a los adolescentes que se adapten a un sistema que no tiene en consideración sus necesidades y expectativas.

**¿Para qué los escuchamos?** En primer lugar, los escuchamos para aprender, para alimentar el diálogo, entre ellos mismos, entre ellos y los adultos y de los adultos entre sí. Una comunicación libre es uno de los elementos esenciales de la democracia. En segundo lugar, los escuchamos para adecuar los programas, campañas y políticas a los resultados de ese diálogo, contribuyendo a que las políticas gubernamentales se transformen en verdaderas políticas públicas. **El diálogo entre adolescentes y adultos no debe ser visto como un mero instrumento de una política, sino como componente esencial de la misma.**

La opinión de los adolescentes en general y no sólo de grupos específicos, o de aquellos que se encuentran en circunstancias especiales de vulnerabilidad, constituye un componente esencial e imprescindible de una política responsable para la adolescencia. En consecuencia, construir una visión positiva de la adolescencia comienza por priorizar estrategias democráticas de participación de **todos** los adolescentes, diseñadas para escucharlos en su pluralidad.

Siempre que sean realizadas en forma seria y responsable, y basadas en un diseño metodológico confiable, las **encuestas de opinión** pueden ser instrumentos valiosos para determinar lo que los niños y los adolescentes sienten, piensan y creen. Así recogida, la voz de los adolescentes constituye una condición *sine qua non* para ubicar los nudos problemáticos de cualquier política para la adolescencia. Sin embargo, las encuestas no deben entenderse como un elemento suficiente para la formulación de las políticas. **La opinión es un elemento fundamental de la participación pero no constituye en sí misma y por sí sola una forma de participación.**

Es necesario privilegiar y priorizar los temas que surjan con mayor fuerza de la propia opinión libre y democrática del adolescente, y no de una visión limitada y prejuiciada de sus problemas. Esto implica diversificar las estrategias de acuerdo con la diversidad existente entre los adolescentes de tal manera que la universalidad formal de los derechos no desconozca las diferencias sociales ni anule la subjetividad individual.

## VI. El derecho a la participación<sup>5</sup>

*“¿Cómo quisiéramos ser? Libres para decidir sobre nuestras vidas por nosotros mismos, iguales en derechos...  
Que más que imponernos identidades, nos escuchen buscándola.”*

La CDN invita a llenar de un nuevo contenido el concepto global de ciudadanía, entendiendo la ciudadanía de la infancia y la adolescencia, no como la edad para votar o hacer parte del sistema político de representación, sino como la adquisición de derechos que permiten a las personas menores de edad pronunciarse e involucrarse en las decisiones que afectan sus vidas. Implica

5 En el tema de la participación, ha sido particularmente importante el aporte del documento elaborado por UNICEF con el apoyo del Comité Coordinador Interagencial (CCI) para el Seguimiento de las Metas de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia en las Américas, y presentado a la V Reunión Ministerial Americana sobre Infancia y Política Social, Kingston, Jamaica: **La participación de los niños y los adolescentes: Hacia una sociedad democrática** (UNICEF/CCI, 2000).

un nuevo pensamiento pero también el desarrollo de **mecanismos institucionales de protección de los derechos de los niños y los adolescentes**.

La CDN detalla las responsabilidades del Estado frente a los abusos de poder, la explotación económica y la negligencia social, y constituye el marco ético para la protección de los derechos de los niños y los adolescentes. Establece su derecho a participar y ser actores de su propio desarrollo, a expresar libremente sus opiniones y a construir, junto a los adultos, sociedades democráticas y justas. Esto implica no sólo la protección de sus derechos sino la apertura de espacios en los que puedan hacer escuchar sus voces, ampliar la conciencia que la comunidad y la sociedad tienen sobre sus necesidades, mediante procesos reales de participación (UNICEF-Oficina Regional, 2000a).

*Los asuntos de los niños y los adolescentes no pueden ser tratados exclusivamente desde la visión específica del mundo adulto a riesgo de fracasar en el esfuerzo de dar respuestas adecuadas a sus necesidades.*

### 6.1. ¿Por qué la participación?<sup>7</sup>

*¿Por qué no podemos participar? Hacen como que opinamos, pasan una encuesta, y de repente... listo, va la reforma.*

La participación democrática constituye un derecho fundamental de ciudadanía. Así mismo, la democracia necesita de la participación de los ciudadanos en la administración e implementación de las políticas, lo que implica también, dentro de un espíritu de igualdad y consenso, tener la oportunidad de participar, desde una temprana edad, en la familia, la escuela y la comunidad.

La CDN pone especial énfasis en el derecho a la participación de los niños y adolescentes, otorgándole gran importancia como un prerrequisito fundamental en la implementación de la Convención misma. El derecho a la participación es uno de los cuatro principios generales de la Convención,

<sup>6</sup> Tomado de UNICEF/CCI, 2000.

identificados por el Comité de los Derechos del Niño como valores fundamentales, junto con la no-discriminación, el interés superior del niño, la supervivencia y el desarrollo.

Es importante distinguir la participación de los niños de la participación de los adolescentes. Las diferentes formas de promoverla dependerán de la edad, de la capacidad y de los medios con que cuenta cada uno para expresar su opinión e influir sobre una decisión. Las diferencias de edad deberían llevar a privilegiar los espacios de la participación en la familia, la escuela, la comunidad y el Estado.

El **Artículo 12 de la CDN** es fundamental para entender y confirmar la importancia del grupo de edad en los procesos de participación. Establece que el derecho a la libertad de expresión se ejercerá teniendo debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y su grado de madurez. El **Artículo 13** complementa esta noción de participación al establecer el derecho a la libertad de expresión; incluye el derecho a buscar, recibir y difundir información.

Como señala Gerison Lansdown, el Artículo 12 de la Convención no confiere a los niños y los adolescentes el derecho a tomar decisiones sin consideración de las consecuencias que estas decisiones puedan tener sobre ellos mismos y sobre los temas. Tampoco les abre el camino para pasar por encima de los derechos de los padres y de las madres. Sin embargo, introduce un cambio radical en las posiciones tradicionales que asumen que la opinión y los intereses de los niños y los adolescentes no deberían ser considerados ni escuchados (UNICEF-Innocenti, 2000).

En síntesis, el Artículo 12 de la CDN reconoce:

1. La capacidad que tienen todos los niños para expresar sus puntos de vista, ya sea verbalmente o a través de otros lenguajes.
2. El derecho de los niños a expresarse libremente.
3. El derecho a ser escuchados en todos los asuntos que los conciernen.
4. El derecho a que sus opiniones sean tomadas seriamente, de acuerdo con su edad y su madurez.

*“¿Cómo no vamos a sentir impotencia? Si es pura hipocresía, dicen una cosa y después dicen otra con lo que hacen.”*

Si la Convención protege estos derechos es porque, a menudo, la realidad vivida por los niños y los adolescentes pone en evidencia la incapacidad de los adultos para escuchar a los niños:

1. Los adultos pueden abusar de su poder sobre los niños.
2. Los adultos no actúan siempre en función del interés superior del niño.
3. Los derechos de los adultos están más y mejor protegidos que los derechos de los niños.
4. Las políticas públicas rara vez tienen en cuenta los intereses de los niños y el impacto que esas políticas tienen sobre sus vidas (UNICEF-Innocenti, 2000).

A la luz de la CND, los niños ya no son simples receptores de servicios o beneficiarios de medidas de protección. Al contrario, son sujetos de derecho y deben ser respetados como individuos que cuentan con una creciente capacidad para participar e influir en los procesos de decisión que afectan sus vidas.

*“Lo que más recuerdo es que un día me preguntó qué pensaba yo... Nadie nunca me había hecho esa pregunta en mis setenta años<sup>7</sup>.”*

Vinculada a la CEDAW, la CDN es también el marco de acción más ampliamente aceptado a favor de los derechos fundamentales de las niñas y las adolescentes. La CEDAW se centra, particularmente, en la participación

<sup>7</sup> Anciana salvadoreña, recordando a Monseñor Oscar Arnulfo Romero luego de su asesinato. En UNIFEM, Revista María, María, 1998.

de las niñas, la cual es considerada como un instrumento para evitar la **discriminación de género**. Especifica la necesidad de aplicar medidas tendientes a modificar patrones de comportamientos sociales y culturales que impiden el desarrollo equitativo de niños y niñas, y perpetúan comportamientos estereotipados en hombres y mujeres (Art. 5). Así mismo, detalla el derecho de participación en la formulación de políticas gubernamentales (Art. 7, b) y estimula la participación de las niñas y las adolescentes, vinculándola al derecho a la educación y a la información (Art. 10).

Las dos convenciones –CEDAW y CDN– enfatizan y conceptualizan la importancia particular del derecho a la participación y sus implicaciones; se le considera un derecho básico para apoyar y promover avances hacia el cumplimiento de todos los demás derechos.

En la Declaración de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, el derecho a la participación es considerado como un derecho fundamental para el desarrollo de los niños y los adolescentes. También el Programa de Acción adoptado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (Cairo, 1994) menciona específicamente el derecho de los adolescentes a participar en decisiones que afectan sus vidas, en particular en aquellas que tienen que ver con su salud sexual y reproductiva.

La CDN introduce la obligación legal de respetar las opiniones de los niños y los adolescentes, y tenerlas en cuenta en la formulación de políticas, en el desarrollo de acciones y en la evaluación de los resultados. El respeto por los derechos de los niños no puede ser percibido como una opción, o una expresión de amabilidad o caridad. Los derechos de los niños generan obligaciones y responsabilidades que deben ser cumplidas, y deben considerarse como una expresión de solidaridad e igualdad con la cual se empodera a los niños y los adolescentes para que puedan participar activamente en el mejoramiento de su situación y procesos más amplios de cambio social.

El principio del respeto hacia las opiniones del niño reafirma la plena capacidad del niño, con derecho a estar informado y a expresar libremente sus opiniones sobre los asuntos que lo afectan así como a esperar que sus puntos de vista sean tenidos en cuenta. Define, además, el derecho de los niños a participar en los procesos de decisión que afectan su vida y a influir en las decisiones que le competen y que se toman en el seno de la familia, de la escuela y de la comunidad.

## 6.2. Los tipos de participación

En la historia de la participación de los niños en América Latina, han predominado tres formas que pueden caracterizarse como formas no auténticas y no legítimas de participación<sup>8</sup>.

- a) **Simbólica.** Un grupo de niños o adolescentes, escogido por un grupo de adultos, que representa a todos los niños, en eventos organizados por los adultos.
- b) **Decorativa.** Un grupo de niños o adolescentes que cantan, bailan y exhiben sus talentos frente a los adultos pero que están ausentes en la definición de las prioridades y en la toma de decisiones.
- c) **Manipulada.** Un grupo de niños o adolescentes que actúan como ventrílocuos de los adultos memorizando y repitiendo discursos externos a sí mismos y en un lenguaje que les es ajeno.

*“¿Para qué nos hacen elecciones si los profesores ya tienen escogidos a quienes quieren que representen a los estudiantes?”*

Rechazar y poner en evidencia, por medio de la crítica pública y colectiva, es tal vez el primer paso hacia el desmantelamiento de las formas no auténticas, no legítimas y no democráticas de participación. Estas constituyen, además, formas pasivas de participación que tienden a privilegiar a cierto tipo de adolescentes ya sea por sus capacidades (los más destacados o talentosos, o los que tienen dotes de líderes) o por encontrarse en una situación problemática (los más vulnerables).

Cualquier propuesta de participación auténtica implica asumir el desafío de escuchar y entender a **todos** los adolescentes. Construir una estrategia con sentido para la participación auténtica y legítima de los adolescentes, no puede desvincularse del esfuerzo mayor de “democratizar la democracia”, tan necesario en estas épocas de rupturas y de crisis. En consecuencia, el tipo de par-

<sup>8</sup> Para una mayor elaboración de los tipos de participación de los niños y los adolescentes, véase Hart, Roger, 1993.



ticipación que corresponde promover para el real ejercicio de los derechos de los adolescentes puede llamarse participación autónoma y definirse así:

**Participación autónoma:** los adolescentes son informados y consultados en todas las etapas del proceso, pueden proveer información ellos mismos, adquirir compromisos e iniciar acciones de común acuerdo con los demás actores involucrados. En la participación autónoma, los adolescentes no están solos; por el contrario, pueden buscar apoyo y acompañamiento de la capacidad que tienen los adolescentes de pensar por sí mismos, actuando al mismo tiempo de manera concertada y colectiva<sup>9</sup>.

El derecho a la participación debe ser entendida como proceso, como resultado y como una estrategia que facilita el cumplimiento de los derechos. La efectividad de las políticas y los programas depende en gran medida de la participación autónoma de los adolescentes ya que garantiza que sus intereses y necesidades reales sean tenidos en cuenta.

### 6.3. Los espacios de participación

De igual importancia que el grupo de edad, es el carácter del lugar de la participación, que a grandes rasgos puede ser **social** (la familia, la escuela, las asociaciones) o **institucional** (las instituciones del Estado, los partidos políticos)<sup>10</sup>. En su búsqueda de independencia, los adolescentes experimentan una apertura de su mundo hacia otros espacios desconocidos hasta ahora: apertura de lo social a lo institucional, de lo privado (la familia) a lo público (el Estado).

Evidentemente, los espacios sociales son mucho más cercanos a los adolescentes que los espacios institucionales propios del mundo adulto. Al con-

9 Algunos elementos de esta definición son tomados de Krauskopf Dina (2000), Hart Roger (1993) y Save the Children (2001).

10 De acuerdo con Alessandro Baratta (1999), la democracia implica las relaciones sociales entre sujetos en dos dimensiones diferentes:

1. **Dimensión social:** relación con las instituciones de la sociedad civil: familia, escuela, asociaciones, organizaciones sociales.

2. **Dimensión institucional:** instituciones del Estado o del orden jurídico internacional: Estado, entidades territoriales públicas (provincias, municipios, barrios) e instituciones de la comunidad internacional.

Estas dos dimensiones pueden caracterizar también los espacios privilegiados de la participación adolescente y adulta.

siderar al niño como un ser humano en estado particular de desarrollo, se debe enfatizar su participación en las esferas sociales que son sus medios inmediatos y naturales de socialización, con el fin de orientarlo, prepararlo, darle herramientas y oportunidades para que se forme un juicio propio y pueda, más tarde, desempeñarse como un ciudadano pleno en las esferas privilegiadas del mundo adulto: la política y el Estado.

La etapa que va de la infancia a la adolescencia implica una ocupación cada vez mayor de los espacios públicos. En la adolescencia, el espacio para la socialización deja de ser exclusivamente la familia y se amplía a la escuela, los grupos de compañeros y la comunidad. La capacidad de participación de los adolescentes se vuelve más importante debido a su creciente comprensión y a un mayor contacto directo con el mundo público. Sin embargo, a pesar del hecho de que los adolescentes amplían su independencia, aún necesitan apoyarse en los adultos para suplir sus necesidades básicas de supervivencia y desarrollo, y como guías para definir sus propios caminos.

La distinción entre los espacios de participación tiene consecuencias no sólo para los adolescentes sino para la sociedad en general, pues enfatiza la necesidad de traer las conquistas de la democracia y de la ciudadanía a los espacios más inmediatos de los niños y adolescentes: a la familia, a la escuela, al barrio, a los grupos y organizaciones juveniles.

Tiene también consecuencias en la manera en que los adultos construyen puentes de comunicación con los adolescentes, pues si en los espacios sociales los adolescentes pueden ejercer una participación real y auténtica, en los institucionales tienen que limitarse a ejercer la democracia de una manera ficticia, ya sea imitando a los adultos o asimilando mecanismos de participación que les sean ajenos. Los espacios de la participación adolescente deben permitirles innovar y proponer mecanismos de participación que respondan a sus necesidades y su visión del mundo. En síntesis, cuando hablamos de participación adolescente debemos diferenciar:

- **Los espacios sociales:** espacios cotidianos de la vida de los adolescentes (familia, escuela, asociaciones juveniles, grupos deportivos, artísticos, ecológicos, etc.).
- **Los espacios institucionales:** espacios para el aprendizaje de las formas adultas de la participación, especialmente la participación en la

vida política y pública (instituciones políticas, jurídicas y del Estado).

Si tenemos en cuenta esta diferenciación, podemos promover la participación de los adolescentes en los **espacios sociales** primero, y luego en los **espacios institucionales para adolescentes**, es decir, aquellos espacios que han sido tradicionalmente de los adultos pero que poco a poco se han ido abriendo a los adolescentes con el fin explícito de contar con su opinión y participación sobre los asuntos que les conciernen directa o indirectamente (entre ellos se encuentran las Defensorías para la Niñez y la Adolescencia, los proyectos y programas gubernamentales o no gubernamentales para adolescentes, los programas de cooperación de UNICEF).

Los **espacios institucionales** no deben ni pueden suplantar a los espacios sociales, aunque se pueden retroalimentar. Así, el abuso de las drogas o la utilización de la violencia se pueden debatir, pero no resolver en unas elecciones o en un parlamento juvenil. En vez de inventar nuevos espacios que resulten artificiales y ajenos a los adolescentes, los conflictos deben resolverse y canalizarse allí donde se originan: en la familia, en la escuela, en la sociedad, en los espacios cotidianos de interacción con el mundo adulto. En particular, es necesario hacer de la familia y de la escuela los escenarios privilegiados de la participación de los adolescentes, asegurando que se conviertan en espacios cada vez más inclusivos.

La escuela como intermediaria entre la familia y una comunidad más amplia, juega un papel crucial como lugar de aprendizaje de los valores democráticos y debe ser, por lo tanto, uno de los focos de las políticas para la adolescencia, sobre todo de la promoción de la participación adolescente. Una **escuela democrática**<sup>11</sup> debe preparar al adolescente para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de solidaridad y tolerancia, igualdad entre los sexos, respeto por los Derechos Humanos y por el medio ambiente, y amistad entre todos los pueblos sin diferencias étnicas, religiosas o nacionales.

---

11 Los reglamentos escolares debieran ser discutidos por el conjunto de la comunidad educativa. Estos procesos facilitarían la interiorización de las normas y propiciarían que los estudiantes tengan una experiencia concreta de aplicación de reglas con justicia.

*“Nosotros buscamos nuevas formas de expresión, para realizarnos, para encontrarnos. Nos dicen que es pérdida de tiempo, cuando lo que ganamos es vida.”*

#### 6.4. Las culturas juveniles

Reconocer la diversidad de las expresiones juveniles es tal vez uno de los pasos más importantes para darle contenido a la participación y la ciudadanía de los adolescentes. Cuando los jóvenes afirman: «lo que hacemos es también participación, es también ciudadanía»<sup>12</sup>, están expresando la convicción de que la ciudadanía no puede estar restringida a la participación a través de medios predefinidos por otros (partidos políticos, elecciones, organizaciones públicas y territoriales).

El ejercicio de los derechos ciudadanos de los adolescentes pasa por expresiones culturales que les son específicas. Es por intermedio de ellas que los adolescentes hacen escuchar su voz y manifiestan su percepción del mundo.

Más allá de los registros electorales y las encuestas de opinión, los jóvenes tienen sus propias formas de participación. Por medio de la música, el baile, el grafiti, la poesía, el teatro, el periodismo, el video, los juegos electrónicos, las emisoras locales o escolares, la moda, los tatuajes y otros lenguajes característicos de las culturas juveniles, los jóvenes se pronuncian sobre su mundo. La palabra y la comunicación no verbal son los medios que los adolescentes utilizan para expresar su percepción del mundo, ya sea modificando o distorsionando el lenguaje corriente, o produciendo un universo nuevo de signos que se diferencia por sus formas, del lenguaje adulto.

La música es un elemento central en las culturas juveniles. Ya sea para tocarla, escucharla o bailarla, todos los grupos de adolescentes de jóvenes se identifican particularmente con alguno o varios de sus géneros: rock, jazz, heavy metal, hip-hop, hard core punk, techno, sala, merengue, house, reggae, rap.

<sup>12</sup> UNICEF-Chile, s.f.

En un verdadero acercamiento de los adultos al mundo adolescente, los derechos culturales –tal como están establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño–, no sólo hacen referencia a la preservación de la lengua, la religión y los valores culturales originales (Artículo 30) sino a la participación libre y plena en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento (Artículo 31). **Quizá las expresiones culturales sean la clave para reconocer a los adolescentes y los jóvenes como sujetos sociales capaces de construir, en conjunto con otros hombres y mujeres, un mundo mejor y posible para todos.**

También en este campo, es necesario superar las visiones manipuladoras o mistificadoras de la participación adolescente. Más allá de estigmatizar o idealizar las expresiones juveniles, se trata de reconocer en ellas una voz legítima y la expresión de subjetividades diversas, capaces de visualizar la inconformidad y darle forma estética a una ética propia. Esto quiere decir que estas expresiones hacen parte también de las bandas y las pandillas juveniles, de las barras bravas de los estadios y las hordas juveniles en los bares. Existe aquí una enorme dificultad –que los mismos jóvenes reconocen– para otorgar reconocimiento a expresiones culturales diferentes a la propia.

Las culturas juveniles tienen una dimensión social y política que no debe desconocerse. Desde ellas se critica, se afirma o se descalifica, en ellas se acenúan o se atenúan las tensiones que los adolescentes y los jóvenes viven en sus relaciones con el medio. Sin embargo, existen en ellas la posibilidad de elaborar pacíficamente el malestar que viven los jóvenes en el interior de una cultura. El despliegue de creatividad y energía que existe en las expresiones culturales y artísticas juveniles, desbordan la idea de las pertenencias territoriales o nacionales. Abren un espacio a la participación y a la convivencia en el que los adolescentes y los jóvenes viven sus primeras experiencias colectivas, y en el que pueden reconocerse y ser reconocidos como ciudadanos capaces de comprometerse con el fortalecimiento de un estado y una sociedad que protege y ampara sus derechos fundamentales.

En este sentido, existen dos maneras, no contrapuestas, de entender las expresiones culturales: como medios de preservación de las tradiciones (culturas lingüísticas y étnicas, creencias religiosas), o como medio de invertir y transformar las tradiciones (culturas juveniles). Los derechos culturales de los adolescentes garantizan ambas interpretaciones.

## VII. Políticas a favor de la adolescencia

### 7.1. Orientaciones generales

El enfoque de derechos nos lleva a concebir la política pública y no como estrictamente gubernamental, sino concertada entre los diferentes actores sociales. Dentro de esta formulación lo público se considera como el espacio de articulación y consenso del Estado y la sociedad. En el terreno de las políticas para la adolescencia, esto significa que deben ser construidas a partir del diálogo entre adolescentes y adultos. Así, podríamos categorizarlas en dos grupos fundamentales:

- **Políticas universales.** Están orientadas al desarrollo pleno de las capacidades de los individuos y dirigidas a todos los adolescentes. Considerándolos como sujetos de derechos, permiten tomar medidas antes del surgimiento de los problemas. Mediante el ejercicio de una participación auténtica, se enfocan en hacer realidad el ejercicio pleno de los derechos de los adolescentes.
- **Políticas de prevención y protección.** Atienden a los adolescentes que se encuentran en situaciones problemáticas o en condiciones de vulnerabilidad. Esta población crece cuando las políticas universales no existen o fallan. Este enfoque reconoce la falla en el ejercicio pleno de los derechos de los adolescentes y se concentra, por ende, en la restitución de los derechos que han sido violados. Se dirige a los más vulnerables y desemboca, por lo tanto, en **acciones compensatorias** y medidas de protección.

En ambos casos –derechos plenos o restitución de derechos– la participación es el eje central pues sin ella las políticas corren el riesgo de ser diseñadas desde una visión centrada en los adultos que no responde a las necesidades de la población a la cual se dirigen.

Ambas políticas, universales y de prevención y protección, deben ir juntas y complementarse. Si se atiende sólo a una población minoritaria necesitada de servicios o de protección especial, se deja por fuera a la gran mayoría de los adolescentes, se pierde la oportunidad de prevenir los factores de riesgo

y de fortalecer los derechos para el ejercicio de una ciudadanía plena y activa. Asimismo, si las políticas no atienden a las poblaciones minoritarias con necesidades específicas, éstas permanecerán en situaciones de desventaja que les impedirán acceder y beneficiarse de las políticas universales de protección de sus derechos.

Los países de América Latina y el Caribe se encuentran ahora frente a la necesidad de ampliar la cobertura y efectividad de las políticas públicas para niños y adolescentes. Cómo universalizarlas desarrollando estrategias sectoriales e intersectoriales, es el reto que deben enfrentar los países de la región para la próxima década.

En síntesis, con el fin de que los adolescentes alcancen su potencial total, deben poder beneficiarse de políticas y programas que tengan como principales objetivos:

1. La participación en las decisiones que afectan sus vidas.
2. El acceso a los servicios básicos y a las oportunidades de desarrollo.
3. La convivencia en ambientes cálidos, protectores y seguros.
4. El desarrollo pleno de sus capacidades y talentos.

## 7.2. Líneas estratégicas de trabajo

Las políticas de ajuste aplicadas en los años ochenta llevaron a un retroceso general en América Latina y el Caribe. La situación de la adolescencia y la visión crítica que tenemos de ella están directamente relacionadas con la insuficiencia de las políticas sociales y la turbulencia de sociedades en crisis. Comenzando un nuevo siglo, se evidencia la necesidad de un cambio hacia una mayor preponderancia de lo público, con un papel más activo tanto del Estado como de la ciudadanía, y la recuperación de algún grado de universalidad de las políticas sociales.

Las políticas públicas para la adolescencia deben enmarcarse en la universalización de los derechos. En oposición al inmediatez de las políticas focalizadas, deben priorizar los esfuerzos que tienen un efecto de mediano y largo plazo en la estructura social y en la vida de la gente, de las familias y de cada uno de sus miembros. Las políticas de **educación**, **salud** y fortalecimiento de las **familias** constituyen el mejor mecanismo de prevención de la

vulnerabilidad social de los adolescentes. Asimismo, las políticas públicas deben atender los temas que son política y socialmente más sensibles, tales como la **justicia penal juvenil** y la **salud sexual y reproductiva** ya que es alrededor de éstos que se refuerzan los prejuicios sobre los adolescentes. Por lo tanto, es también con relación a estos temas que deben construirse las visiones positivas de la adolescencia. Finalmente, la necesidad de expresión, la energía y la creatividad propias de esta edad convierten las **iniciativas artísticas y culturales** en un incentivo prioritario de la **participación** de los adolescentes.

Las líneas estratégicas que deben orientar las políticas públicas para la adolescencia en América Latina y el Caribe pueden sintetizarse en las siguientes seis prioridades:

1. Participación autónoma de los adolescentes.
2. Universalización de la educación secundaria.
3. Fortalecimiento de las familias.
4. Establecimiento de sistemas de justicia penal juvenil.
5. Promoción de la salud sexual y reproductiva en un marco de Derechos Humanos.
6. Estímulo a la creación y a la expresión cultural y artística.

Las consideraciones imprescindibles para el desarrollo de cada una de estas líneas estratégicas de trabajo se explican y enumeran a continuación.

#### 7.2.1. Participación autónoma de los adolescentes

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la promoción de la participación de los adolescentes exige:

- a) **Discutir y fijar las reglas** antes de iniciar los procesos de participación y consulta con los adolescentes: los adolescentes deben estar informados sobre las formas, los alcances y los límites de su participación.
- b) **Evaluar** cada proceso de participación con el fin de poner en evidencia los elementos mistificadores y manipuladores: ¿son los ado-



lescentes objeto o sujeto, beneficiarios pasivos o sujetos activos de las políticas? La evaluación comprende el análisis de los tipos, espacios, criterios y metodologías de la participación.

- c) **Fijar prioridades** en el diseño y promoción de políticas públicas para la adolescencia que incluyan a todos los adolescentes, y no solamente a aquellos que se encuentran en circunstancias de mayor vulnerabilidad.
- d) Analizar la efectividad de las **instituciones y sistemas de protección** de los derechos de los adolescentes, a nivel nacional y local. Promover la creación o fortalecimiento de las **Defensorías de la Niñez y la Adolescencia**, y la participación activa en ellas de los adolescentes.
- e) Estimular la participación de los adolescentes en los procesos de **diseño e implementación de las políticas públicas** a nivel local y nacional.
- f) Aumentar la sensibilización de los **medios de comunicación** sobre los derechos de los adolescentes como estrategia para enfrentar el estigma y la visión negativa de la adolescencia.

### 7.2.2. Universalización de la educación secundaria

A pesar de que la cobertura de la educación primaria y secundaria ha aumentado notablemente en América Latina y el Caribe, **sólo el 47% de los adolescentes de la región está en el sistema educativo** (CEPAL, 1998)<sup>13</sup>. Los adolescentes se ven constantemente presionados a abandonar el sistema formal de educación a causa de las necesidades económicas en el caso de los varones, y de la maternidad y la ocupación en labores domésticas en el caso de las mujeres. Así como la mayoría de los hombres que trabajan abandonan la escuela<sup>14</sup>, las mujeres que comienzan a tener hijos a una edad temprana, rara vez retornan a ella.

13 En el mundo, esta cifra es del 57%. En América del Norte, esta cifra llega al 98,5%. En la región las tasas de asistencia más altas se encuentran en países del Caribe, y las más bajas en Guatemala y Haití.

14 En las áreas urbanas latinoamericanas, sólo el 25% de la población adolescente entre los 15 y 17 años que trabaja, asiste también a la escuela; en las zonas rurales, este porcentaje desciende incluso al 15% (CEPAL, 1998).

Una de las preguntas urgentes es cómo asegurar que el 53% de los adolescentes que está por fuera de la escuela tenga la capacidad de incorporarse a ella en el futuro cercano.

Sin embargo, no es suficiente que la escuela esté disponible para los adolescentes si ésta no responde a sus necesidades y expectativas, o si en ella se perpetúan prácticas autoritarias que contradicen el derecho a la participación de los alumnos y el espíritu democrático que debe fomentar una escuela respetuosa de los derechos de todos.

*“Yo no sé para qué los profesores se tomaron el trabajo de transcribir artículos enteros de los derechos humanos para el manual de convivencia del colegio, cuando en la práctica nada de eso se cumple y nada de eso podemos hacer. No podemos expresarnos, ni pensar libremente, ni participar. Tampoco escoger el uniforme o nuestros amigos. Si por ellos fuera, que no respiráramos y no nos moviéramos”.*

El cumplimiento del derecho a la educación de los adolescentes exige, por lo tanto:

- a) **La universalización de la educación media** o escolarización de todas las personas menores de 18 años. Esto incluye:
  - **La escolarización** masiva de los adolescentes.
  - El desarrollo de programas de **retención y repitencia escolar**.
  - **La evaluación de los programas escolares y las metodologías de enseñanza** con los estudiantes.
  
- b) **El desarrollo de mecanismos de protección y exigibilidad de derechos dentro de las escuelas** que abran la posibilidad de reclamar los derechos y denunciar los casos de abuso de poder o maltrato. Dentro de ellos, los gobiernos locales constituyen una posibilidad de fomentar la convivencia dentro de las escuelas.

- c) **La erradicación de las formas peligrosas y dañinas del trabajo de adolescentes, y de todo trabajo que impida o interfiera en el normal desarrollo de la formación escolar.** La protección de las condiciones laborales de los adolescentes trabajadores debe incluir de manera específica a las adolescentes trabajadoras domésticas.
- d) **Aumento de la participación y compromiso de todos los actores involucrados en la educación media: profesores, directivas, madres y padres de familia.**
- e) **El mejoramiento de los sistemas de información** mediante indicadores cuantitativos y cualitativos confiables que permitan poner énfasis en la relación entre la educación y el trabajo de los adolescentes.
- f) **Prohibición de la expulsión abierta o encubierta de las adolescentes madres y embarazadas, así como de toda forma de discriminación.**

### 7.2.3. Fortalecimiento de las familias

La familia es el primer medio en que el niño y el adolescente aprenden a participar, a conocer sus derechos y a respetar los derechos de los otros. Muchas de las dificultades que afrontan los adolescentes están asociadas a la incapacidad material de las familias para cumplir con su papel de protección y apoyo. Así, con frecuencia, los adolescentes se ven con la responsabilidad ellos mismos de mantener económicamente a la familia y abandonan la escuela para buscar trabajo o engrosar las filas de los desempleados.

En casos más extremos pero también frecuentes, la familia pasa de ser el entorno protector que la define a convertirse en el escenario donde los adolescentes presencian o sufren la violencia. La familia deja entonces de ser un entorno acogedor para convertirse en el resorte que expulsa a los adolescentes a la calle.

Es también en las familias donde los adolescentes construyen sus identidades femeninas y masculinas. En general –y es importante tomar esto como tendencia social, y no como una generalización simplista del comportamiento de todos los hombres y todas las mujeres–, los hombres han sido educados para desarrollar más su agresividad que las mujeres: éstas, en razón de un condicionamiento social, familiar y cultural, por el contrario, tienden a anularla. Por otra parte, los hombres tienen mayores dificultades que las

mujeres para expresar sus emociones; han sido socializados para hablar en público y callar sobre sus sentimientos lo que, a veces, significa un obstáculo en sus relaciones personales.

*“En nuestro medio, las mujeres nos creamos muchos tabúes... termina uno mucho más preocupada por el qué dirán, que por su propia satisfacción o felicidad. Esto no pasa con los hombres, éste puede tener mil relaciones de todo tipo antes de casarse y no pasa nada; pero si es mujer, ahí sí arte Troya.”*

Estas diferencias de género pueden derivar en situaciones de riesgo para los adolescentes, sean hombres o mujeres. Las mujeres dependen más de los otros y tienen mayores dificultades para protegerse. Esto las hace más vulnerables a situaciones de maltrato y de agresividad en acciones destructivas tanto para ellos como para los demás.

Dentro de una ética de la convivencia, conviene que las adolescentes desarrollen sus capacidades de autoprotección y defensa, y que en los hombres se fomente la expresión de las emociones por canales diferentes a la agresividad. Entre una mujer que sabe cuidarse a sí misma y un hombre expresivo que cuida de sí mismo y de los demás, se disminuyen los riesgos de que se desarrollen actitudes autodestructivas o que ocurran actos de maltrato o de violencia.

Uno de los nudos de esta problemática es que el padre como figura positiva de identificación y modelo de masculinidad es culturalmente muy débil. A diferencia de la figura de la madre –como incondicional y siempre presente–, la figura paterna se desdibuja bajo una idea predominante de padre lejano o ausente. El padre, en general, participa muy poco en la socialización de sus hijos, en particular de los varones, salvo cuando se trata de darles un referente de autoridad (Fuller, 1994, Olavarría y Parrini, 1999). De allí la necesidad de recomponer los modelos de masculinidad que los jóvenes y adolescentes varones puedan identificar con una imagen positiva de sí mismos.

La adolescencia es una edad crucial para romper los esquemas de poder tradicionales; es la oportunidad para que hombres y mujeres crezcan en un

diálogo constructivo. Las diferencias y conflictos no deberían llevar a los adolescentes a profundizar las fracturas de las relaciones entre los sexos sino, por el contrario, a acercarlos a una nueva forma de relación mediada por el deseo de conocimiento del otro y el mutuo entendimiento. Por supuesto, este cambio debería originarse en las familias y ser continuado por los discursos pedagógicos que sostienen las escuelas.

Lo expuesto anteriormente nos lleva a comprender la importancia de la familia en la vida de los adolescentes. Para garantizar su derecho a permanecer cerca de su entorno familiar, y para que las familias sean una fuente de felicidad y no de sufrimiento en sus vidas, es necesario promover políticas públicas para la familia que comprendan:

- a) **El apoyo de políticas para el fortalecimiento económico y material de las familias**, particularmente en las áreas de empleo, generación de ingresos, vivienda, educación y salud.
- b) **La creación y fortalecimiento de programas comunitarios de apoyo a las familias** de tal manera que las comunidades puedan actuar como protectoras de los adolescentes en casos de vulnerabilidad o necesidad familiar.
- c) **La promoción de los programas de beca escolar** para que las familias potencien las capacidades de los niños y los adolescentes, y puedan enviarlos y mantenerlos en la escuela.
- d) **La promoción de la paternidad responsable**. Esto incluye el reconocimiento jurídico de la paternidad por parte de los hombres, la vinculación activa de los padres en la crianza y educación de sus hijos, y el fortalecimiento de una visión positiva de la masculinidad.
- e) **Cambio de los modelos y prácticas culturales que fomentan la discriminación de género** hacia modelos basados en la igualdad y la responsabilidad compartida.
- f) **Aplicación de leyes y programas contra la violencia doméstica**, acompañados de capacitaciones sobre derechos de las mujeres y los niños, formas de prevención de la violencia y resolución pacífica de divergencias o conflictos.
- g) **Aplicación de medidas contra la erradicación de prácticas sociales de abuso contra los adolescentes y los niños**.

- h) **Capacitación de las familias** para que puedan comprender y atender mejor las necesidades de sus hijos adolescentes.

#### 7.2.4. Establecimiento de sistemas de justicia penal y juvenil

A pesar de que la condición de los adolescentes como víctimas de la violencia es relativamente conocida en la región, es el tema de la delincuencia juvenil el que mayor atención pública y política ha tenido en los últimos años. Los medios de comunicación asocian con frecuencia la violencia y la inseguridad urbana con la población adolescente. Sin embargo, existen estudios que demuestran que el mayor factor de riesgo de la delincuencia juvenil es la limitación de oportunidades laborales y educativas: no es la edad lo que lleva a los adolescentes a participar en actos delictivos y violentos sino el contexto económico y social que les limita sus posibilidades de desarrollo (Arriagada y Godoy, 1999).

*“Yo siempre me pregunto: ¿La cárcel es para sufrir o para aprender?”  
“En lugar de pedir mano dura, pedimos justicia igual para todos,  
sino, no hay derechos humanos.”*

También en el tema de la responsabilidad penal de las personas de edad, la CDN marca el comienzo de una nueva etapa. En el plano normativo, distingue los problemas sociales de los conflictos específicos con la ley penal. El carácter progresivo de la participación contenido en el Artículo 12, deriva en un concepto de responsabilidad social que, de acuerdo con la edad y al nivel de madurez de la persona, se convierte progresivamente en responsabilidad penal (Artículos 37 y 40). Para una cabal comprensión de las consecuencias de este cambio normativo, es imprescindible diferenciar niños y adolescentes de acuerdo con su edad.

Si se analiza en profundidad el fenómeno delictivo en cualquier país, encontramos que las infracciones cometidas por los adolescentes son esporádicas y de escasa incidencia; se trata fundamentalmente de daños contra bienes de dominio público o privado y de hurtos. Por eso es problemático y con-

traproducente legislar a partir de la alarma social, especialmente si se trata de adolescentes ya que, en primer lugar, se dificulta la respuesta razonable de la inmensa mayoría de los conflictos y, en segundo, se consigue el efecto contrario al previsto.

En las respuestas que el Estado y la sociedad articulen en este ámbito, deben entrelazarse lo jurídico, lo social y lo educativo. Los adolescentes infractores de la ley penal tienen derecho a tener acceso a un sistema diferenciado de justicia penal juvenil que combine la prevención de la delincuencia, la restauración de la justicia y la reintegración a la sociedad.

Si los niños no son ni responsables ni imputables ante la ley penal, los adolescentes son responsables aunque no imputables penalmente. La responsabilidad penal de los adolescentes, dentro de un sistema jurídico de garantías y derechos, reduce los márgenes de la subjetividad y la discrecionalidad a la hora de determinar medidas socio-educativas a los adolescentes por sus infracciones a la ley penal (García-Méndez, 2000).

Los sistemas de responsabilidad juvenil que se ajustan a los estándares establecidos por la CDN, tratan a los adolescentes como sujetos de derechos y responsabilidades, y les brinda todas las garantías de protección de sus derechos y sus libertades individuales. Consideran al adolescente infractor como responsable de los hechos que realiza, sin que tal responsabilidad pueda equipararse a la de un adulto que ha finalizado su proceso evolutivo. El límite de edad a partir del cual se considera al adolescente responsable (mayores de 12, 13 ó 14 años según lo determinado por las legislaciones nacionales) se establece sobre la premisa de que a partir de esa edad comienza a cristalizarse la adquisición de responsabilidad y la capacidad de raciocinio.

Más allá de la responsabilidad que tengan los adolescentes frente a sus propias acciones, un sistema garantista de derechos reconoce que las privaciones económicas y sociales (déficit de recursos, alto índice de desempleo, ausencia de articulación de la vida comunitaria) y las políticas policiales y de orden público son factores que inciden en la detención de adolescentes que protagonizan acciones delictivas. Un determinado índice de criminalidad juvenil puede estar indicando mayores necesidades sociales, mayor incidencia policial o ausencia de garantías sustantivas y procedimentales.

Aunque los adolescentes que llegan a la justicia penal juvenil se caracterizan por su diversidad y heterogeneidad, se puede decir que, en su mayoría,

sufren de una exclusión social que es consecuencia de la ausencia de políticas de protección integral e inversiones suficientes en servicios para la infancia y la adolescencia.

La creación de sistemas de justicia penal juvenil debe, por lo tanto, contar con las siguientes premisas básicas:

- a) **La modificación de las leyes** para garantizar a los niños y adolescentes los derechos previstos en la CDN, asegurando que sean privados de su libertad únicamente como último recurso y por el período más breve posible.
- b) Las reformas institucionales necesarias para la implementación de los sistemas de justicia penal juvenil.
- c) La capacitación de policías, jueces, trabajadores sociales, defensores de la niñez, la adolescencia y la familia, y demás funcionarios estatales responsables de la implementación de los sistemas de responsabilidad penal de adolescentes.
- d) **La eliminación de las leyes de protección de menores y la separación de vías con reforma de la justicia y desjudicialización de los problemas sociales.**
- e) **La adaptación de las condiciones de detención a las normas internacionales.** En primer lugar, los adolescentes no deben ser detenidos con los adultos, se les debe permitir un contacto regular con sus familias y ofrecer asesoría legal. En segundo lugar, se les debe garantizar el acceso a la educación, servicios de salud, atención psicológica, alimentación e instalaciones sanitarias adecuadas.

#### 7.2.5. Promoción de la salud sexual y reproductiva de los adolescentes en un marco de Derechos Humanos

*“Es hermoso para mí saber que no hay nadie antes de mí, y para ella que no hay nadie después de ella.”*



Los aspectos sexuales y reproductivos de la salud de los adolescentes han recibido una atención mucho mayor por parte de las políticas públicas, que otras problemáticas ligadas a la adolescencia. Esto se debe, en parte, al hecho de que es durante la adolescencia que la mayoría de las personas inicia su actividad sexual.

**Se estima que el 50% de los adolescentes en la región son sexualmente activos antes de cumplir 17 años**, lo que sumado al poco uso de métodos anticonceptivos entre los adolescentes de 10 a 19 años hace que, en muchos países, se eleve considerablemente el número de padres y madres adolescentes. Los datos muestran que sólo uno de diez adolescentes solteros y sexualmente activos, usa algún tipo de método anticonceptivo (UNICEF-Oficina Regional, 1999b).

En algunos países, aun cuando la tasa de fertilidad de los adolescentes ha disminuido, tanto la cifra absoluta como el porcentaje de niños que nacen de madres adolescentes, ha aumentado debido al incremento de la población adolescente. Según estadísticas nacionales, entre 20% y 25% de las mujeres tienen su primer bebé antes de cumplir los veinte años. En las zonas rurales, esta cifra aumenta a 30% (CEPAL, 1998).

El embarazo tiene un factor de riesgo cuatro veces mayor para las adolescentes que para las mujeres adultas, lo que hace que las adolescentes estén mucho más expuestas que las adultas a la mortalidad materna (UNFPA, 1997). Por otra parte, el aborto realizado en condiciones inadecuadas es una de las principales causas de mortalidad materna. Las adolescentes, en particular, que sufren las consecuencias de embarazos no deseados, pueden poner en riesgo su salud y su vida por esta causa (FNUAP, Estado de la Población Mundial 2000).

*“Recomendaríamos a otros jóvenes abstenerse de relaciones sexuales hasta el matrimonio, esto porque la pareja puede estar contaminada de SIDA.”*

*“Bueno, pienso que a una no le dan muchas opciones: ¿qué pasa con la gente que no se quiere casar? ¿Tiene que abstenerse toda la vida?”<sup>15</sup>*

En América Latina y el Caribe, 1.790.000 personas viven con el VIH/SIDA, de las cuales 150.000 contrajeron el virus durante el año 2000. La región muestra una diversidad en la evolución de la epidemia y presenta tasas de prevalencia menores a otras regiones, aunque con una tendencia al aumento. Los porcentajes de personas que han contraído la enfermedad son considerablemente más altos en el Caribe que en América Latina. En algunos países caribeños la progresión puede ser caracterizada de “crecimiento rápido”, mostrando la tasa más alta de prevalencia del VIH/SIDA en el mundo, después del África Subsahariana. El aumento creciente de casos muestra una tendencia a acentuarse entre las poblaciones jóvenes (ONUSIDA/OMS, 2000; World Bank, 2000).

Los niños y adolescentes sufren las consecuencias de la enfermedad, ya sea porque son infectados o afectados por el VIH. Además de estar expuestos a la infección, pueden sufrir la enfermedad y la muerte de sus padres, el estigma, el aislamiento, y la falta de atención adecuada a sus familias. Estas consecuencias son particularmente difíciles para aquellos afectados por la pobreza y la desigualdad de oportunidades (ONUSIDA/CCI, 2000).

Por otra parte, el abuso sexual y la explotación sexual infantil han contribuido a la expansión de la epidemia entre la población joven. Se desconocen las cifras de niñas, niños y adolescentes que participan en el comercio sexual actualmente. Sin embargo, se sabe que la mayoría son adolescentes mujeres de 13 a 18 años, aunque esta edad puede ser inferior en algunos casos.

La extensión y el sentido de la escolarización, así como la apertura de nuevas opciones de vida, garantizarían una disminución y una prevención efectiva de los embarazos y las infecciones de transmisión sexual (ITS) entre los adolescentes de ambos sexos. La educación amplía los horizontes de vida

<sup>15</sup> En Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, 1997.

de mujeres y hombres y les abre el acceso a la información, a los servicios de salud y a los métodos modernos de planificación.

Si se tiene en cuenta el contexto social y cultural en que crecen los adolescentes, se entiende que la educación en sexualidad debería ser una educación para la vida, basada en el auto cuidado y el cuidado de los otros, y no una educación orientada únicamente a evitar los embarazos y las infecciones de transmisión sexual (ITS). Las fallas en la comunicación con los adultos y en la educación sexual, llevan a que muchos jóvenes tomen el riesgo de un embarazo o de una enfermedad antes que dañar su reputación delante de sus padres o ganarse la reprobación de los adultos con quienes tienen que interactuar para obtener algún método eficaz de protección.

Las políticas en salud sexual y reproductiva y los programas de educación sexual y desarrollo humano para adolescentes deben contar con un número mínimo de medidas:

- **Una política de salud integral adolescente** que incorpore elementos de información, prevención y atención, y que garantice un servicio confidencial, acceso a la información, asesoría psicológica y entrega de preservativos.
- **La claridad en la comunicación** y la transparencia en los mensajes dirigidos a los adolescentes sobre sexualidad, en particular en prevención del embarazo, el VIH-SIDA y las infecciones de transmisión sexual.
- **El desarrollo de programas de educación sexual y desarrollo humano** como parte de los currículos académicos en escuelas públicas y privadas, y dentro de una estrategia conjunta de los sectores de salud y educación.
- **La ampliación de la cobertura y el acceso a los servicios de salud para adolescentes hombres y mujeres.** Estos servicios deben incluir los cuidados básicos para una maternidad segura (durante el embarazo, el parto y el post-parto), la difusión de información sobre salud reproductiva, el test gratuito, voluntario y confidencial del VIH y el acceso a medicamentos para casos de VIH/SIDA y otras infecciones de transmisión sexual (ITS).
- **La promoción de jóvenes y adolescentes como capacitadores** en

salud sexual y reproductiva dentro de un marco de Derechos Humanos.

- **La capacitación de los profesionales de la salud** sobre los derechos de los adolescentes.
- **El desarrollo de programas de prevención y atención a las víctimas de explotación y violencia sexual.**
- **Campañas de movilización en asociación con las organizaciones de jóvenes y adolescentes,** particularmente en el ámbito local.

#### 7.2.6. Estímulo a la creación, a la expresión cultural y artística, y a la recreación

*“Tal vez pueda existir esta animadversión contra cierto tipo de música o contra cierto tipo de gente... por ejemplo nosotros, no oímos cierto tipo de música por las letras que tienen. A nosotros nos caen gordos algunos grupos de hip hop que han salido, por homofóbicos, porque son machistas, porque son unos idiotas que nada más buscan dinero... no es con lo que nosotros colindamos, con respecto a la estética o la postura con el arte.”<sup>16</sup>*

Ya hemos visto en el capítulo sobre participación la importancia de promover entre los adolescentes las expresiones culturales que les son propias. En consecuencia, las políticas públicas para la adolescencia deben incorporar los siguientes elementos:

- a) **El estímulo a la creatividad** y la promoción de actividades culturales, deportivas y artísticas.
- b) **El apoyo a grupos y proyectos de adolescentes que tienen propuestas culturales.** Estas iniciativas son particularmente efectivas en los programas de reinserción escolar, de prevención de la violencia, del VIH-SIDA y de la maternidad temprana.

<sup>16</sup> Citado por Rossana Reguillo, “El lugar desde los márgenes. Músicas e identidades juveniles”, en Universidad Central, 2000.

- c) **La promoción de las actividades destinadas al reconocimiento de la herencia y diversidad culturales**, por medio de encuentros y del intercambio de experiencias. Los adolescentes de sociedades indígenas, afrolatinas y afrocaribeñas de la región se verían especialmente beneficiados con iniciativas tendientes a eliminar la discriminación.
- d) **El apoyo al deporte y al entretenimiento sano.**

### 7.3. Indicadores básicos: lo que cada país debe conocer

- Definición de adolescencia en la legislación nacional (franja etárea).
- Porcentaje de la población adolescente (sobre el total de la población).
- Porcentaje de familias con población adolescente a su cargo.
- Desagregación de todos los indicadores por sexo, grupos de edad, origen geográfico, pertenencia a grupos lingüísticos y étnicos, y estrato socio-económico.
- Porcentaje de adolescentes económicamente activos.
- Tasas de ocupación de las adolescentes en labores domésticas.
- Edad mínima legal para empezar a trabajar.
- Edad mínima legal para el matrimonio, para hombres y mujeres.
- Edad de inicio de la actividad sexual y la utilización de métodos adecuados de protección.
- Tasa de embarazos adolescentes.
- Tasa de mortalidad materna en adolescentes y sus principales causas.
- Número de adolescentes que viven con el VIH/SIDA y prevalencia de ETS.
- Diagnóstico del nivel secundario de educación: matriculación, deserción, logros de aprendizaje.
- Disposiciones legales en el país para el tratamiento de las infracciones a la ley penal por parte de los adolescentes.
- Número de adolescentes en conflicto con la ley: tipo y gravedad de las infracciones, número de adolescentes retenidos, medidas y penas aplicadas, diversificación de las fuentes de información (no sólo los juzgados sino también las instituciones y programas).

## VIII. Bibliografía

- Acosta Vargas, Gladys, *La construcción de los Derechos Humanos como forma del ejercicio de la ciudadanía*, Seminario internacional: “Nuestras niñas, derecho a la equidad desde la infancia”, DIF-PRONAM-SER-UNICEF, México D.F., 1998.
- Arriagada, Irma y Godoy Lorena, *Seguridad ciudadana y violencia en América Latina: diagnóstico y políticas en los años noventa*, CEPAL-División de Desarrollo Social, Serie Políticas Sociales, Santiago de Chile, 1999.
- Baratta, Alesandro, “Infancia y democracia”, en García-Méndez, Emilio y Mary Beloff (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Editorial Temis y Ediciones Depalma, Santafé de Bogotá-Buenos Aires, 1999.
- Bellei, Christian, *Nota sobre desigualdades de género en el sistema escolar chileno*, Consultoría para UNICEF-Chile, s.f.
- , “Educación media y juventud en los 90: Actualizando la vieja promesa”, en *Última Década* No. 12, CIDPA, Viña del Mar, Chile, 2000.
- CEPAL, *Panorama social de América Latina*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1993.
- , *Panorama social de América Latina*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1997-1998.
- , *Panorama social de América Latina*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1998.
- , *Panorama social de América Latina*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1999-2000.
- CEPECS-Oficina para la Defensa de los Jóvenes, *Derechos Jóvenes. Jóvenes, conflicto-convivencia y derechos humanos en el ámbito educativo*, Serie de documentos 3, Santafé de Bogotá, 1999.
- Cerbino, Mauro, Cinthia Chiriboga, Carlos Tutivén y Germán Muñoz, *Culturas juveniles en Guayaquil*, Programa del Muchacho Trabajador, Banco Central del Ecuador, Guayaquil, Ecuador, abril 1998-mayo 1999.
- Defensoría del Pueblo, *La niñez y sus derechos. Niñez infractora en Colombia*, Boletín No. 6, Santafé de Bogotá, Colombia, 2000.
- FNUAP, *Informe de la Reunión Regional sobre Salud Sexual y Reproductiva de los Adolescentes en América Latina*, San José, Costa Rica, 1997.

- , *Estado de la Población Mundial*, 2000.
- Fuller, Norma (1994), “Acerca de la polaridad Marianismo-Machismo”, en *OPS y Fundación W. K. Kellogg*, *Adolescencia al día*, volumen III, 1988, reproducción de artículos de diferentes autores.
- García-Méndez, Emilio, *Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latinoamericano*, Buenos Aires-Belo Horizonte, sin publicar, 2000.
- Hammarberg, Thomas, *La Escuela y los Derechos del Niño*, Innocenti Lectures, UNICEF-Centro Internacional para el Desarrollo del Niño, Florencia, Italia, 1997.
- Hart, Roger, *La participación de los niños. De la participación simbólica a la participación auténtica*, UNICEF-Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Ensayos Innocenti No. 4, Santafé de Bogotá, 1993.
- Human Rights Watch, *Promesas rotas. Evaluación de los derechos del niño con motivo del 10º aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, 1999.
- Krauskopf, Dina, *Participación social y desarrollo en la adolescencia*, UNFPA, Costa Rica, 2000.
- Mensch, Barbara S., Judith Bruce y Margaret E. Greene, *The Uncharted Passage: Girls' Adolescence in the Developing World*, Population Council, New York, 1998.
- Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes-Movimiento Nacional de Juventudes, *La sexualidad en las voces de la juventud*, San José, Costa Rica, 1997.
- Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social-Gerencial de atención integral en salud a los adolescentes, *De adolescentes para adolescentes: Manual de Salud Sexual y Reproductiva*, San Salvador, El Salvador, 1999.
- Morlachetti, Alejandro, J.D., LL.M., *Situación actual: Obligaciones de Latinoamérica y el Caribe ante el derecho internacional de adolescentes y jóvenes*, Organización Panamericana de la Salud, Oficina Sanitaria Panamericana-Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, Fundación W. K. Kellogg, 1999.
- Olavarría, José y Rodrigo Parrini, *Los padres adolescentes/jóvenes. Hombres adolescentes y jóvenes frente al embarazo y nacimiento de un/a hijo/a*, FLACSO-Sede Chile y UNICEF-Chile, Santiago de Chile.
- ONUSIDA, *Escucha, aprende y vive. Con los niños y los jóvenes en campaña contra el SIDA, Campaña Mundial contra el SIDA*, Ginebra, 1999.

- ONUSIDA/CCI, *El VIH y el SIDA en América Latina y el Caribe: Llamado a proteger nuestra juventud*, Documento presentado a la V Reunión Ministerial Americana sobre Infancia y Política Social, Kingston, Jamaica, octubre 9-13. Preparado por ONUSIDA, con el apoyo del Comité Coordinador Interagencial (CCI), 2000.
- ONUSIDA/OMS, *La epidemia de SIDA: Situación en diciembre de 2000*, Ginebra, 2000.
- ONUSIDA, *Los varones y el SIDA: Un enfoque basado en consideraciones de género*, Campaña Mundial contra el SIDA, Ginebra, 2000.
- OPS y Fundación W. K. Kellogg, *Adolescencia al día*, Volumen III, reproducción de artículos de diferentes autores, 1998.
- OPS y Fundación Kellogg, *El ambiente legislativo y de políticas relacionado con la salud del adolescente en América Latina y el Caribe*, Estudio elaborado por Rosalía Rodríguez-García, Jill S. Russell, Matilde Maddaleno y Mariana Kastrinakis, Washington D.C., 1999.
- Pabón C., Marta Lucía, *Adolescencia y juventud, vidas en construcción. Guía para orientar el trabajo en material de sexualidad y derechos de los y las jóvenes desde una perspectiva de género*, Elaborado para UNICEF-Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Santafé de Bogotá, 1999.
- Portillo, José, Jorge Martínez y María Luisa Banfi (comps.), *La adolescencia*, Facultad de Medicina, FNUAP, OPS/OMS, Ediciones de la Banda Oriental, Montevideo, Uruguay, 1991.
- Rassial, Jean-Jacques (Sous la direction de), *Sortir: l'opération adolescente*, Éditions Érès, Collection Le Bachelier, Toulouse, 2000.
- Save the Children, *The Right to Participate. A Working Paper on Child Participation*, Toronto, Canada, 2001.
- Stern, Claudio (1996), *El embarazo en la adolescencia como problema público: una visión crítica*, en OPS y Fundación W. K. Kellogg, *Adolescencia al día*, Volumen III, reproducción de artículos de diferentes autores, 1998.
- UNAIDS, *Reporto n the global HIV/AIDS epidemic – June 2000*, Geneva, 2000.
- UNESCO, *The Major Project of Education in Latin America and the Caribbean*, Bulletin 43, Regional Office for Education in Latin America and the Caribbean, Santiago, Chile, 1997.



- UNFPA, *UNFPA and adolescents*, [http://www.unfpa.org/icpd/round%26meetings/ny\\_adolescent/reports/adoles.htm](http://www.unfpa.org/icpd/round%26meetings/ny_adolescent/reports/adoles.htm), 1997.
- UNICEF, *Youth Health For a A Change*, A UNICEF Notebook on Programming for Young People's Health and Development, New York, 1997.
- UNICEF, *Adolescents – A UNICEF 2000 + Agenda for Action*, Executive Overview, (revised 22.09.98).
- UNICEF, *Estado mundial de la infancia*, New York, Ginebra, 2000a.
- UNICEF, *Emerging issues for children in the twenty-first century*, E/ICEF/2000/13, Executive Board, Annual Session 2000, 22-26 May, 2000b.
- UNICEF-CAO, *Summary Notes from Adolescent Policy Development Meeting*, Port of Spain, Trinidad, 2000.
- UNICEF/CCI, *La participación de los niños y los adolescentes: Hacia una sociedad democrática*, Documento presentado a la V Reunión Ministerial Americana sobre Infancia y Política Social, Kingston, Jamaica, octubre 9-13. Preparado por UNICEF-Oficina Regional para América Latina y el Caribe, con el apoyo del Comité Coordinador Interagencial (CCI), 2000.
- UNICEF-Chile, *100 de una: Encuentro de jóvenes "Yo me tomo la palabra"*, Santiago de Chile, s.f.
- UNICEF-Innocenti Reseach Centre, *Promoting Children's Participation in Democratic Decision-Making*, Prepared by Gerison Landsdown, 2000.
- UNICEF-Programme Division, *Youth Participation\_ UNICEF's Experience Working With Young People*, Programme Experience Series, 1999.
- UNICEF-Oficina Regional, *Adolescents: Perspectives for the LAC Region*, Preliminary draft, 1999a.
- UNICEF-Oficina Regional, *Mortalidad materna: Estrategia para su reducción en América Latina y el Caribe. Análisis y recomendaciones para la región*. Documento de trabajo, 1999b.
- UNICEF-Oficina Regional para América Latina y el Caribe, *Detengamos la violencia contra la niña y la adolescente*, Campaña Interagencial por los Derechos de las Mujeres y las Niñas, 1999c.
- UNICEF-Oficina Regional para América Latina y el Caribe, *La voz de los niños, niñas y adolescentes de América Latina y el Caribe*, Encuesta regional, Santafé de Bogotá, 1999d.

- UNICEF-Oficina Regional, *La convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW): Nuevas bases para la formulación de políticas públicas*, VIII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, CEPAL, Lima, Perú, 2000a.
- UNICEF-Oficina Regional, *Elementos para orientar una política para la adolescencia en América Latina*, Documento interno para discusión, Bogotá, febrero de 2000, 2000b.
- UNICEF/UAM, *Infancia y política social*, UNICEF-Oficina Regional para América Latina y el Caribe, y Universidad Autónoma Metropolitana, compilado por Suman Bhattacharjea, México D.F., 1999.
- Universidad Central, *La singularidad de lo juvenil*, Nómadas No. 13, revista del Departamento de Investigaciones, Bogotá, octubre 2000.
- Varela, Karla, *Delincuencia juvenil y seguridad ciudadana. Reflexiones a la luz de la experiencia salvadoreña*, Reunión conjunta de Puntos Focales de Género, Derechos del Niño y Comunicaciones. UNICEF Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Bogotá, 1999.
- WHO, *Coming of Age: From Facts to Action for Adolescent Sexual and Reproductive Health*, Adolescent Health and Development Programme, Family and Reproductive Health, World Health Organization, Geneva, Switzerland, 1997.
- World Bank, *HIV/AIDS in the Caribbean: Issues and Options*, A background report, 2000.



3

Exigibilidad



## Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes\*

Ricardo C. Pérez Manrique

---

### Sumario:

I. El elemento estructurante: La Convención sobre los Derechos del Niño. 1.1. Interés superior: artículo 3 de la CDN. 1.2. Autonomía progresiva. 1.3. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. 1.4. La participación del niño. II. Un panorama de la legislación en los países del MERCOSUR y Asociados (Argentina, Brasil, Paraguay, Bolivia y Chile, además de México). 2.1. Argentina. 2.2. Brasil. 2.3. Paraguay. 2.4. Bolivia. 2.5. Chile. 2.6. México. 2.7. Síntesis. III. El Derecho uruguayo. 3.1. El artículo 8 del Código de la Niñez y Adolescencia. 3.2. Breve análisis. 3.3. Discusiones en doctrina y jurisprudencia: Hacia una interpretación desde la CDN y los principios de la Doctrina de la Protección Integral. IV. Propuestas de armonización legislativa para el MERCOSUR.

---

\* Ponencia presentada en el "II Encuentro Regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR", organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 24 y 25 de agosto de 2006.

**I. El elemento estructurante:  
La Convención sobre los Derechos del Niño**

La Convención sobre los Derechos del Niño ha consagrado el paradigma de la Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Tal paradigma tiene su piedra angular en el reconocimiento de todo niño o niña como sujeto de derechos y obligaciones, cuyo interés superior debe ser contemplado en todas las decisiones que se adopten respecto del mismo.

Ese sujeto de derechos se encuentra en situación de adquisición de autonomía progresiva o, en palabras de Gomes Da Costa, de ser humano en desarrollo.

En síntesis, porque no es el objeto central de esta ponencia, debe considerarse que el niño, niña o adolescente es titular, portador de todos los derechos en cuanto persona humana. Desde la Declaración Universal de 1948 en adelante, pasando por todo el constitucionalismo, se admite que por el sólo hecho de integrar la especie humana, sin distinción de ninguna especie, hombres y mujeres, niños y niñas, tienen la capacidad de goce de todos los Derechos Humanos.

Respecto de la capacidad de ejercicio de tales derechos, se entiende que existen determinadas circunstancias que colocan a una persona en dificultad o a un impedimento de su ejercicio.

Un determinado estado de salud como la demencia puede determinar la inexistencia de la capacidad de ejercicio, así como una situación de hecho, como la ausencia puede tener las mismas consecuencias. La edad es un factor que históricamente ha significado un severo límite de la capacidad de ejercicio de los derechos.

Como la persona menor de edad tiene restringida, o carece según la posición doctrinaria que se adopte, la capacidad de ejercicio, se ha proveído a los menores de edad de institutos jurídicos de asistencia y de ejercicio de los derechos en su lugar, por personas que integran el mundo adulto: patria potestad, tutela, curadurías especiales.

### 1.1. Interés superior: artículo 3 de la CDN

El interés superior del niño en el plano de los derechos, como lo determina la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), constituye así un principio de interpretación de la norma que apoya a la dilucidación de conflictos entre los niños y el mundo adulto y de los niños entre sí. Se parte del concepto del interés superior del niño como el pleno respeto de sus derechos. He sostenido con anterioridad que esta formulación requiere a su vez de un mecanismo concreto de interpretación y aplicación que mantenga las garantías del propio niño y de los demás involucrados.

Para determinar el superior interés del niño es imprescindible recabar su opinión en cuanto sujeto de derecho, lo que a esta altura de la evolución de la doctrina es una afirmación que se demuestra por sí misma. Sin tener en cuenta la opinión del niño, la invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista.

El niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior.

La Childrens Act de Inglaterra de 1989, aun partiendo del concepto anglosajón de “bienestar” por oposición al de “derechos”, exige en primer término como criterio para definir la necesidad de medidas de protección de los niños o las cuestiones de familia que los atañen, el de tener en cuenta *los deseos y sentimientos* de los niños.

Se puede decir que sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir o dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente un acto de autoridad del mundo adulto, una muestra de autoritarismo concebido como el ejercicio de la autoridad sin el apoyo de la razón.

La doctrina inglesa ha trabajado, a propósito, lo que se ha identificado como la teoría de la balanza, que nace del prejuicio –no demostrado– de que normalmente el deseo de los niños se opone a su mejor interés.

Hay una suerte de desconfianza permanente hacia la forma como los niños definen su interés superior, como si siempre eligieran lo que es más inconveniente.

Por ejemplo, en caso de separación de los padres, normalmente todos los niños afirman que desean vivir con ambos progenitores. Allí es evidente



que ningún elemento de autodestrucción existe en su decisión, pero el deseo no es posible de realizar. A continuación deberá indagarse respecto de cuál es la mejor forma de resolver el problema y seguramente la mejor solución del punto de vista teórico o ideal será la propuesta por el niño: tenencia compartida, que permite atenuar al máximo los efectos de la separación de los padres.

No obstante ello, de no ser posible esta solución, deberá indagarse su opinión para dilucidar el conflicto. Pues la práctica judicial nos enseña que los deseos rara vez pueden ampararse por completo y se debe elegir, entre varias opciones, por aquella que menos o más reducido costo en términos de derechos tiene para el niño.

En consecuencia, deberá introducirse en el análisis una segunda vertiente.

## 1.2. Autonomía progresiva

El artículo 5 de la CDN impone a los Estados Partes el respeto de las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o demás referentes familiares a impartir al niño “en *consonancia con la evolución* de sus facultades”, dirección y orientación apropiadas, para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Estamos en consecuencia ante un sujeto de derecho, que en consonancia con la evolución de sus facultades, adquiere paulatinamente la capacidad de ejercicio por sí de sus derechos.

Eso significa admitir que ese sujeto de derechos reconocidos en la CDN tiene, como consecuencia natural de su carácter de tal, la facultad de decidir cuándo y en qué condiciones ejerce tales derechos. También, en consecuencia, la facultad de renunciar a su ejercicio.

Debe reconocerse en aplicación del principio de autonomía progresiva que el sujeto de derechos es libre para decidir cuándo ejercer sus derechos y cuándo renunciarlos. Se reconoce que excepcionalmente en hipótesis de falta de competencia para decidir por sí (por razones de edad, enfermedad, etc.) y de resultar acreditado que la solución o renuncia propuesta es perjudicial para el niño, a partir de los elementos objetivos incorporados a la causa, recién se podrá adoptar decisión diversa desde el mundo adulto.

### 1.3. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño

El artículo 12 de la CDN recoge el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta, en aplicación de los conceptos desarrollados anteriormente, básicamente el de autonomía progresiva.

#### Artículo 12

*1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez del niño.*

*2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*

El artículo 12.1 requiere una interpretación amplia, pues impone al Estado Parte garantizar, es decir, no sólo hacer posible, sino asegurar que el niño pueda expresar lo que tenga que decir sobre la situación concreta a estudio.

Son aquellos deseos y sentimientos a que hace referencia la Childrens Act de Inglaterra de 1989.

No se reduce a la expresión verbal del adolescente que puede expresar plenamente su opinión, sino que también abarca otras formas de expresión no puramente verbal. Por ejemplo, las reacciones psicósomáticas de los niños pequeños relativas a la aceptación o rechazo de regímenes de visitas, de situaciones de tenencia y otras.

Esto requerirá, sin duda, del desarrollo de capacidades técnicas y de equipos multidisciplinarios que se encuentren en condiciones de interpretar y descifrar estas opiniones comunicadas de formas no verbales.

El artículo 12.2 ingresa a las oportunidades procesales en las cuales se expresa la opinión: se consagra el derecho a la “oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño”.

Se identifica tal aserto con el principio del derecho a la defensa material, que supone no sólo el derecho a ser oído, expresar su opinión, sino el sentido

más lato de ser partícipe del proceso, participar en la construcción de la decisión final del caso, formular alegaciones, ofrecer prueba, estar protegido de la indefensión.

Sin tomar en consideración tal derecho a la participación, la solución que se adopte será desconociendo el carácter de sujeto de derecho del niño involucrado y la decisión se constituye, en definitiva, en un acto de autoritarismo del mundo adulto respecto del niño.

Es imprescindible en consecuencia la participación amplia del niño en los procesos en los que sus intereses estén en juego. Pero, a su vez, la CDN suministra criterios de valoración o de ponderación de dicha opinión.

Se garantiza el derecho del niño a ser oído –“*teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño*”–, esto quiere decir que tal opinión deberá tener un peso especial a la hora de adoptar decisión.

En aplicación de los principios generales desarrollados, mayor peso tendrá la opinión, hasta adquirir un carácter casi decisivo, dependiendo de la edad y madurez del niño.

Debe señalarse que en los países europeos este carácter decisivo conforme la evolución de la edad y las facultades se recoge cada vez con mayor énfasis.

Resulta interesante señalar que, por ejemplo, el Convenio de La Haya de Restitución Internacional de Menores se aplica a las personas de hasta 16 años, pues se entiende que después de esa edad la persona tiene el derecho y la capacidad de elegir libremente con qué padre vivir y en qué ciudad y país hacerlo.

Como hemos señalado reiteradamente, el deber de tener en cuenta la opinión, impone un requisito especial en la fundamentación o motivación de las decisiones judiciales, pudiendo ser atacada una sentencia que no funda adecuadamente la aceptación o el rechazo de la opinión del niño para arribar a una solución.

La interpretación de la expresión en todos los asuntos que afecten al niño debe ser amplia, en el sentido de que cada vez que los intereses del niño se encuentren involucrados en un asunto, éste tendrá derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

#### 1.4. La participación del niño

Debe distinguirse el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los asuntos jurisdiccionales o administrativos que lo afecten, del derecho a su participación en tales procedimientos.

La CDN deriva a las normas de procedimiento a nivel nacional, definir la forma y el grado de participación.

En doctrina se han elaborado diversas clasificaciones de la forma de participación, que en teoría van desde la decisión exclusiva a cargo del niño, hasta la omisión de su participación.

La última es claramente violatoria de la Convención y la primera desconoce las particularidades de la situación, pues significa entregar a los niños totalmente las decisiones sobre su futuro, de manera también violatoria de la Convención, desconociendo las obligaciones de la familia, de la sociedad y el Estado respecto de los derechos de los niños.

En consecuencia, será una opción de política del legislador nacional determinar en ese amplio marco teórico el grado de participación de los niños en los procesos.

En Opinión Consultiva 17/2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que: “el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso” (párrafo 102).

Se impone el deber de informar a los niños, haciéndoles saber su derecho de participación. Se los debe invitar a participar y explicar los medios y facilidades que el sistema jurídico les ofrece para cumplir con tal participación. Debe reconocerse plenamente su derecho a participar en los procedimientos.

Allí se partirá de la afirmación de la Convención de que la participación del niño podrá hacerse “*ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado*”.

Aparece así consagrado el derecho a la defensa técnica por parte de los niños, lo que significa la necesidad de asignar al niño –en el proceso de

participación en la construcción de las decisiones que los afecten— la asistencia jurídica necesaria para intervenir útilmente en el proceso.

Aquí se cruza la consideración del tema con el concepto de capacidad, que ha sido reformulado por la Convención sobre los Derechos del Niño, en un aspecto que entiendo que es la piedra angular para resolver la cuestión.

Los institutos de representación legal no han sido afectados por la CDN, que insiste en los derechos y obligaciones del mundo adulto respecto de los niños, pero ahora se aplican a un niño esencialmente diferente por el concepto de autonomía progresiva.

Más allá, y a pesar muchas veces de la representación legal, el sujeto de derecho niño, con adquisición progresiva de su autonomía de decisión, ha dejado de ser un incapaz en el ejercicio de sus derechos.

A medida que adquiere edad y madurez, según definición del legislador o a criterio de los tribunales, para formarse un juicio propio, podrá participar directamente en los asuntos que le incumben, expresando sus opiniones y con derecho a que sus deseos y sentimientos sean sustentados por sus patrocinantes jurídicos.

Es menester un abogado del niño, que actúe en carácter de patrocinante del niño y no por o en lugar de éste.

Por ello, la figura del curador *ad litem* o curador especial, que supone la incapacidad de poder discernir por sí mismo, pues esa es la esencia de la curatela como instituto de protección, que está reñida con la posición que sustentamos.

El curador por su propia definición defenderá el interés del niño de acuerdo con su leal saber y entender, quedando mediatizada o directamente desconocida cuál es su verdadera opinión. Se vuelve en un sucedáneo de los representantes tutelares de los niños.

## **II. Un panorama de la legislación en los países del MERCOSUR y Asociados (Argentina, Brasil, Paraguay, Bolivia y Chile, además de México)**

La Convención sobre los Derechos del Niño establece que los derechos del niño a ser oído y de participación en los procesos se ejercerán “en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Los países del MERCOSUR y Asociados han ratificado la CDN; aquí se verá de qué manera nuestras legislaciones han avanzado en el cumplimiento de este mandato. Se agrega México por considerarse de interés, como un país americano pero no perteneciente a la región.

### 2.1. Argentina

Recientemente se ha puesto en vigencia la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada el 28/09/2005, promulgada de hecho el 21/10/2005 y publicada en B.O. el 26/10/05.

La ley consagra expresamente los derechos de participación, a opinar y a ser oído. No corresponde comentar la norma, pero sí señalar sus contenidos:

Artículo 24. – DERECHO A OPINAR Y A SER OÍDO. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

- a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;
- b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

Artículo 27. – GARANTÍAS MÍNIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTÍAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
- b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

d) A participar activamente en todo el procedimiento;

e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

A los fines de determinar el “interés superior del niño”, se establece como un elemento a considerar y respetar: “el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta (inc. b del art. 3°).

En el artículo 19 se reconocen como integrantes del “derecho a la libertad” el derecho a tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y a ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos (inc. a); expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela (inc. b); expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos (inc. c).

En cuanto a las medidas de protección, de carácter excepcionales – cuando el niño estuviere temporal o permanentemente privado de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezca en ese medio–, se determina que “en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes” (art. 41, inc. a).

A las Organizaciones No Gubernamentales se les impone entre sus obligaciones la de “garantizar el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los asuntos que les conciernan como sujetos de derechos” (art. 66, inc. E).

## 2.2. Brasil

En el Estatuto del Niño y del Adolescente, Ley N° 8.069 de julio de 1990, dos artículos reconocen expresamente el derecho del niño a ser oído.

A su vez, el artículo 16 establece que el derecho a la libertad comprende los siguientes aspectos: “II. Opinión y expresión”.

El artículo 28, ubicado en Sección III “De la familia sustituta”, Subsección I. Disposiciones generales, establece:

“La colocación en familia sustituta se hará mediante guarda, tutela o adopción, independientemente de la situación jurídica del niño o adolescente en los términos de esta ley.

1. Siempre que sea posible, el niño o adolescente deberá previamente ser oído y su opinión debidamente considerada (...)”

A su vez, el artículo 45, ubicado en la misma Sección, Subsección IV “De la adopción”, consigna:

“La adopción depende del consentimiento de los padres o del representante legal del candidato a adopción (...)”

2. Tratándose de un candidato a adopción mayor de doce años de edad será necesario también su consentimiento”.

### 2.3. Paraguay

Ley N° 1.680/01, Código de la Niñez y la Adolescencia.

Artículo 167.- DEL CARÁCTER DEL PROCEDIMIENTO. El procedimiento tendrá carácter sumario y gratuito, respetando los principios de concentración, inmediatez y bilateralidad.

Podrá ser iniciado a instancia del niño o adolescente, sus padres, tutores o responsables, la Defensoría de la Niñez o Adolescencia, el Ministerio Público o quienes tengan interés legítimo. Podrá igualmente ser iniciado de oficio por el Juez.

El Juez, para resolver las cuestiones, escuchará previamente la opinión del niño o adolescente en función de su edad y grado de madurez.

El artículo 93 impone oír al niño en los casos de tenencia y el artículo 102 a los adolescentes en los casos de autorización judicial para contraer matrimonio.

Afirman Lourdes Barboza y Teresa Martínez (*Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, 2004, p. 1252) que el derecho a ser oído en todo procedimiento que involucre a su persona e intereses tiene sólo aplicación tangible



en el ámbito jurisdiccional, pues en los procedimientos de niñez los jueces acostumbran a oír a los niños en las audiencias, aun cuando no consideran a su opinión vinculante, salvo en algunos casos como en el del consentimiento del niño o niña a partir de los doce años de edad para la adopción (art. 18 lit. c y art. 19 de la Ley de Adopción N° 1.136).

#### 2.4. Bolivia

Código del Niño, Niña y Adolescente, Ley N° 2.026 de 1999.

El artículo 101 en su numeral 2 reconoce la libertad de opinión y expresión.

El artículo 103 consagra la libertad de expresión y opinión: “El niño, niña o adolescente que esté en condiciones de emitir un juicio propio, tiene derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, por los medios que elija y a que se tomen en cuenta sus opiniones”.

En cumplimiento de tal enunciado, el artículo 282 establece que en oportunidad de la audiencia de conocimiento ante el Juez de la Niñez y Adolescencia dispone que luego de oídos los informes técnicos y oído el Fiscal: “se escuchará al adolescente y si la edad o madurez lo permite, al niño o niña” (se es niño hasta los 12 años de edad y adolescente desde entonces hasta los 18 años de edad conforme el art. 2).

#### 2.5. Chile

Por Ley N° 19.968 se crearon los Juzgados de Familia. Dicha norma contiene esencialmente las siguientes soluciones en los temas a estudio:

Artículo 16.- INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE Y DERECHO A SER OÍDO.

Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como

consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.

Artículo 19.- REPRESENTACIÓN. En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.

El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación.

La persona así designada será el curador *ad litem* del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones del juicio.

De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello.

En ocasión del Seminario de Capacitación para los nuevos Magistrados de Familia, organizado por la Academia Judicial de Chile –en el que tuve el honor de participar–, formulé la siguiente apreciación sobre el artículo 19:

A la luz de tales consideraciones el artículo 19 de la Ley N° 19.968 impone al Juez el deber de velar por la debida representación de los intereses de los niños, niñas o adolescentes involucrados.

Deberá asignar abogado al mismo en los casos que carezca de representante legal o cuando se estime que existen intereses independientes o contradictorios con su representante legal.

En tal caso el abogado tendrá el carácter de curador *ad litem* del niño, niña, adolescente, lo que puede considerarse un principio de ruptura del derecho de participación y del principio de autonomía progresiva, toda vez que la

curatela es un instituto de protección de los incapaces, situación en la que no se encuentra el niño.

## 2.6. México

Se debe oír al niño en todos los casos de guarda y custodia, y visitas, y lo determina el juez conforme a su madurez. Algunos jueces escuchan a los chicos desde los siete años de edad.

En caso de adopción, el art. 397 del Código Civil dice “para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos (...) IV.- el menor si tiene más de doce años”.

Respecto de la tutela el art. 497 establece que si el menor no ha cumplido 16 años, el nombramiento de tutor lo hará el juez... (previsión relativa a la tutela dativa).

El art. 484 establece: “si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá de entre ellos al que (...) pero si el menor hubiere cumplido 16 años, él hará la elección”.

El 380 establece: “para el reconocimiento de hijos (...) cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto convalidarán cual de los dos ejercerá su guarda y custodia; y si no lo hicieren, el juez de lo familiar, oyendo al padre, la madre, al menor y al Ministerio Público, resolverá lo más conveniente atendiendo siempre al interés superior del menor”.

En todo México se oye al niño, con fundamento en la Convención sobre los Derechos del Niño y leyes locales.

Cuando se cita a audiencia se dispone que presente al menor quien tenga su custodia, y se le explica a dicha persona que se sostendrá una conversación en privado; nunca están presentes los padres en la audiencia. En ocasiones, el Juez se auxilia de un psicólogo o se dispone posteriormente pericia psicológica. La normativa no es clara respecto de si debe o no estar presente el Ministerio Público en la entrevista.

Se consigna el contenido de la entrevista en acta judicial que firman los padres que trajeron al niño, aunque no hayan estado presentes en la diligencia.

No existe normativa de orden procesal en México, sino que como resulta de esta breve reseña, las normas son de orden sustancial.

## 2.7. Síntesis

En síntesis, en el panorama legislativo del MERCOSUR y Estados Asociados:

- Todos los países ratificaron la Convención sobre los Derechos del Niño (que es de aplicación inmediata).
- Todos reconocen el derecho del niño a ser oído. Mediante reconocimientos generales lo hacen Argentina, Paraguay, Uruguay, Bolivia y Chile, mientras que Brasil lo hace puntualmente referido a algunos procesos.

### Respecto a la valoración de la opinión del niño:

En **Argentina** se establece que debe tomarse “primordialmente en cuenta” (art. 27 b) Ley 26.061); en Paraguay, “en función de su edad y grado de madurez” (Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 1.680/01, art. 167); en **Uruguay**, “de acuerdo a la evolución de sus facultades” (Código de la Niñez y Adolescencia, art. 8); en **Bolivia**, “a que se tomen en cuenta sus opiniones” (Código del Niño y Adolescente, Ley 2026, art. 26); y en **Chile**, en “se debe tener siempre como Consideración Principal en la Resolución del asunto sometido a su conocimiento” (Ley 19968, art. 16).

En cuanto a la **participación procesal: el derecho a accionar, a deducir pretensiones:**

**Argentina** se refiere “a participar activamente en todo el procedimiento” (art. 27 lit. d) Ley 26.061); **Paraguay** afirma que “podrá ser iniciado a instancia del niño o adolescente (procedimientos)” (art. 168001, art. 167) y **Uruguay** lo establece en su Art. 8 del Código de la Niñez y Adolescencia. Al referirse a si este derecho es **por sí o por representante**, **Argentina** se refiere “a ser asistido por un letrado preferentemente especializado” (art. 27 lit. c); **Uruguay** como “defensor o curador que asista o represente” (art. 8, CNA) y Chile, establece un “abogado, que es a la vez curador ad litem” (art. 19, Ley 19.968), mientras que **México** consigna que se oye al niño conforme art. 12, no hay edad determinada y existen previsiones expresas para algunos institutos como adopción, tutela, reconocimiento de hijos, asignación de guarda o custodia.

### III. El Derecho uruguayo

En el Derecho uruguayo se pueden distinguir por los menos tres períodos respecto del derecho del niño a ser oído y a su participación en el proceso de toma de decisiones.

a) La etapa anterior a la Convención sobre los Derechos del Niño y la inmediatamente posterior.

El niño, niña y adolescente estaban reducidos al papel de meros espectadores del debate, no llegaba su parecer y su sentir a conocimiento de quien debía adoptar decisión sobre su suerte. En el mejor de los casos, el Juez tomaba conocimiento de lo que decía el niño por los informes sociales o psicológicos.

Pero aún así, dichos informes no trasmitían como conclusión final la opinión del niño, niña y adolescente, sino que significaban también ellos un acto de autoridad del mundo adulto: la opinión del técnico sobre lo que entendía mejor en el caso concreto era lo predominante.

Se puede afirmar sin ninguna duda que también en Derecho de Familia se aplicaba aquello de ser objeto de “protección” y no sujeto de derechos.

La decisión era ajena al niño, devenía en definitiva un acto de autoridad del mundo adulto, invocando objetivos altruistas.

Por ejemplo, la ley madre de Legitimación Adoptiva N° 10.674 de 20 de noviembre de 1945 en su artículo 2 inciso 2 establece que: “Sólo se otorgará por justos motivos y existiendo conveniencia para el menor”.

Tal apreciación judicial se realizaba exclusivamente por expediente, sin tener para nada en cuenta ni la persona, ni la opinión del niño a ser legitimado adoptivamente –verdadero convidado de piedra a la hora de decidir–, aunque en definitiva resultaba quien debía soportar todas las consecuencias de una decisión errónea. Los justos motivos y la conveniencia para él, eran de decisión exclusiva y excluyente del Juez y demás operadores jurídicos.

b) El Uruguay ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño por Ley N° 16.137 de 6 de diciembre de 1989.

La premura en la ratificación no fue seguida por idéntica diligencia en su aplicación.

La primera reacción de la doctrina fue afirmar que ninguna innovación o incidencia tenía la CDN, dado que el derecho interno contemplaba ya

todos los contenidos de la norma de origen internacional. La jurisprudencia, directamente la ignoró.

Desde 1994 la Suprema Corte de Justicia promovió un proceso de difusión amplio de sus principios, a partir de la situación de los adolescentes infractores a la ley penal, que incluyó el dictado de acordadas de ajuste de la actuación judicial a la Convención.

Así, en varias decisiones de la jurisdicción de familia, se recurría a la figura del Curador Especial prevista en el art. 458 numeral 1 del Código Civil, para incluir en el proceso el patrocinio de los intereses del niño y comenzaron los niños, niñas y adolescentes a ser citados a audiencia para recabar su opinión.

Artículo 458 “(...)1° cuando los intereses de los menores estén en oposición con los de sus padres o madres bajo cuyo poder se encuentran”.

No era uniforme esta práctica, difiriéndose en cuanto a la oportunidad y tipos de asuntos en que se realizaba la convocatoria.

c) Por Ley N° 17.823 de 7 de septiembre de 2004 se aprobó el Código de la Niñez y Adolescencia.

Nos encontramos en la etapa de su aplicación, y a la ardua polémica que ha desatado su aplicación –aún no resuelta–, dedicaremos las reflexiones siguientes, anotando desde ya que la reacción ha sido muy similar a la posterior a la aprobación de la CDN, en cuanto al derecho a ser oído y a la representación judicial, en el sentido de que se ha sostenido que nada ha cambiado.

### 3.1. El artículo 8 del Código de la Niñez y Adolescencia

El derecho a ser oído y el de participar en los procesos se encuentra legislado en el artículo 8, pero existen otras normas referidas al tema, las que transcribiré para luego incursionar en el análisis jurídico.

**Artículo 2° (SUJETOS DE DERECHOS, DEBERES Y GARANTÍAS).**- Todos los niños y adolescentes son titulares de derechos, deberes y garantías inherentes a su calidad de personas humanas.

**Artículo 6° (CRITERIO ESPECÍFICO DE INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE).**- Para la interpretación e integración de este Código se deberá tener en cuenta el interés superior del niño y adolescente, que consiste en el

reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos.

## CAPÍTULO II. DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

**Artículo 8º (PRINCIPIO GENERAL).**- Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales. En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.

Podrá acudir a los Tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, siendo preceptiva la asistencia letrada. El Juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones.

Los Jueces, bajo su más seria responsabilidad, deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de lo establecido en los incisos anteriores, debiendo declararse nulas las actuaciones cumplidas en forma contraria a lo aquí dispuesto.

**Artículo 16 (DE LOS DEBERES DE LOS PADRES O RESPONSABLES).**- Son deberes de los padres o responsables respecto de los niños y adolescentes:

- a) Respetar y tener en cuenta el carácter de sujeto de derecho del niño y del adolescente...
- c) Respetar el derecho a ser oído y considerar su opinión.

Correlativamente el artículo 17 consagra el deber de los niños y adolescentes de respetar y obedecer a sus padres o responsables, siempre que sus órdenes no lesionen sus derechos o contravengan las leyes.

Posteriormente, al legislar varios institutos del Derecho de Familia, establece concretamente el derecho a ser oído en los procesos relativos a los mismos.

El artículo 35 literal c) en el juicio de tenencia.

El artículo 39.2 respecto de las visitas.

El artículo 118 en el Capítulo XI sobre "Protección de los derechos amenazados o vulnerados de los niños y adolescentes y situaciones especiales"

exige que el Juez, salvo imposibilidad, “tomará declaración al niño o adolescente, en presencia del defensor que se le proveerá en el acto y de sus padres o responsables (...)”.

El artículo 133 que regula el juicio de separación definitiva del niño o del adolescente respecto de su familia de origen, por remisión expresa al art. 35 lit. c) relativo a la tenencia.

En la adopción simple el artículo 139 numeral 2 *in fine*, impone tener en cuenta la opinión del adoptado.

En los juicios de pérdida, suspensión y rehabilitación de la patria potestad por remisión del artículo 207 al art. 35 lit. c) relativo a la tenencia.

El artículo 159 relativo al Control Estatal de las Adopciones, impone como requisito de funcionamiento de los Equipos Técnicos Especializados: “En todos los casos el niño o adolescente deberá ser oído preceptivamente” a los efectos de su conformidad para ser adoptado.

### 3.2. Breve análisis

El Código de la Niñez y Adolescencia (CNA) que deroga el Código del Niño de 1934 tiene el objetivo de ajustar la legislación interna a los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cumplimiento del compromiso contraído por el Estado uruguayo al ratificarla.

El proceso de discusión, sobre la matriz de un proyecto elaborado por el Poder Ejecutivo, modificado por una comisión técnica que tuvo el honor de integrar, fue discutido a lo largo de tres diferentes legislaturas hasta ser aprobado finalmente en 2004.

Los años que insumió el debate, casi 10, y la participación de distintos actores, constituyó lo que denomino un proceso aluvional de conformación del texto legal, que deriva en cierta asistematicidad en sus contenidos, muchas veces contradictorio o de difícil puesta en práctica.

A ello se agrega que el Senado no cumplió su función de Cámara Revisora –segunda en la consideración del proyecto–, pues debido a un acuerdo político todos los partidos que integraban el Parlamento a la fecha aprobaron el Código tal como venía de Diputados.

El marco conceptual a partir del cual debe considerarse y analizarse el artículo 8 del CNA es el derivado del Capítulo I del presente trabajo: el niño,



niña y adolescente es un sujeto de derecho, cuyo interés superior debe ser considerado en cuanto criterio de aplicación, interpretación y en su caso de integración de la norma. Con el límite, único en el contexto de las nuevas legislaciones americanas, de que no puede ser invocado para menoscabar derechos de sus titulares.

El artículo 8 debe ser analizado a partir de diversos conceptos y principios que están contenidos en el mismo, a saber:

a) **Capacidad de goce de los derechos:** “Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana”.

Repite lo consignado en el artículo 2 que consagra el carácter de los niños, niñas y adolescentes de sujetos de derecho, deberes y garantías inherentes a la calidad de personas humanas, con plena capacidad de goce de los mismos.

b) **Capacidad de ejercicio:** el artículo está destinado a desarrollar la capacidad de ejercicio de tales derechos con especial referencia al derecho a ser oído y al derecho a comparecer ante los Tribunales.

c) **Autonomía progresiva:** “Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales”.

Se consagra el principio de autonomía progresiva, sin fijar límites etarios precisos, dejando al intérprete la dilucidación de tal cuestión, en solución similar a la de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Pero respecto de la forma en que se ejercen dichos derechos, no se avanza con soluciones particulares, sino que se efectúa una remisión amplia al orden jurídico en general, respecto de su componente normativo tanto de origen internacional como de origen nacional, lo que supone un desafío interpretativo.

d) **Derecho a ser oído:** “En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener repuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida”.

El enunciado es amplísimo, debiéndose entender que el mandato de respetar este derecho está dirigido tanto a lo estatal –administrativo, educativo, recreativo, salud, etc.– como a lo no estatal: “en todo caso” dice la ley.

El derecho a ser oído va acompañado del derecho a obtener repuestas, es decir, esto impone primero la obligación de responder a la opinión o

reclamos del niño, niña y adolescente en cuanto sujeto de derechos, pero también de dar respuestas fundadas y racionales.

No se concibe el derecho a ser oído, que se convierte en simple formalismo, sin este derecho a obtener respuesta derivado de la consideración cabal del otro –niño, niña o adolescente– como titular de demandas frente al mundo adulto.

e) **Derecho a la defensa material o a la acción:** “Podrá acudir a los Tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos”.

Como se viera en el Capítulo I respecto al artículo 12.2 de la CDN referido al derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, el presente enunciado establece el principio de la defensa material respecto de los niños, niñas y adolescentes.

Pero avanza y reconoce el derecho a la acción, es decir, a presentar sus pretensiones ante los Tribunales a cuyos efectos puede acudir ante los mismos, pero además se establece que podrá ejercer todos los actos procesales.

El artículo 11.1 del Código General del Proceso del Uruguay establece el Derecho al Proceso o a la acción en los siguientes términos: “Cualquier persona tiene derecho a acudir ante los tribunales, a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal, y el Tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus peticiones”.

f) **La defensa:** “(...) siendo preceptiva la asistencia letrada”.

El artículo 37.1 del mismo Código General del Proceso define la asistencia letrada de la siguiente manera: “La parte deberá comparecer a todos los actos del proceso asistida por abogado, debiendo el tribunal rechazar los escritos que no lleven firma letrada e impedir las actuaciones que se pretenden realizar sin esa asistencia”.

En consecuencia, el CNA parece ratificar el principio general de que nadie puede comparecer ante los tribunales sin asistencia letrada, es decir, sin el concurso técnico de quien por sus estudios de abogado y su habilitación para el ejercicio profesional mediante juramento e inscripción en matrícula de la Suprema Corte de Justicia, tiene capacidad de postulación.

g) **El Curador:** “El Juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones”.

Como hemos visto en la reseña de otras legislaciones, especialmente el artículo 19 de la ley chilena, aquí aparece la figura del curador especial o curador ad litem según los casos, en norma que ha generado severos problemas de interpretación y no pocas disidencias en la doctrina.

Para algunos operadores, el niño, niña o adolescente no puede estar en el proceso sin la designación de curador, más allá de sus condiciones personales (edad, madurez, etc.).

Otros entienden que la expresión “cuando fuere pertinente” refiere especialmente a la situación en que exista enfrentamiento u oposición de intereses entre el niño y sus representantes legales.

Se plantea, en consecuencia, el debate respecto de cuándo procede designar defensor como dice el Código o abogado del niño y cuándo curador, más cuando la referencia legal es a representación –propia del curador o del apoderado judicial– y de asistencia técnica propiamente dicha.

**h) Responsabilidad de los jueces en el cumplimiento:** se impone a los Jueces en general la situación jurídica de poder deber –después se verán los alcances–, de respetar las normas anteriores “debiendo declararse nulas las actuaciones cumplidas en forma contraria a lo aquí dispuesto”.

El incumplimiento por el Juez del deber de respetar estas prescripciones deriva en una nulidad absoluta de las actuaciones, lo que debe declararse una vez advertida tal circunstancia.

Una de las cuestiones en debate es si la nulidad, que es preceptiva, admite o no subsanación posterior.

### **3.3. Discusiones en doctrina y jurisprudencia: Hacia una interpretación desde la CDN y los principios de la Doctrina de la Protección Integral**

A continuación esbozaré un criterio sistemático de interpretación respecto de los puntos nodales de discusión en doctrina y jurisprudencia sobre la aplicación del artículo 8 del CNA.

En primer lugar, dejar señalado que los primeros artículos del Código de la Niñez y Adolescencia introducen por vía legal los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño que se expresan en la Doctrina de la Protección Integral.

Esos artículos son los que permiten armonizar y desentrañar en un sentido adecuado los múltiples problemas técnicos que el Código ha planteado, dada su indiscutible asistematicidad, derivados del carácter aluvional de su formulación.

Los derechos del artículo 8 del CNA se aplican a todas las instancias de participación de los niños, niñas y adolescentes tanto en la actividad estatal como no estatal, pública o privada. Son también principios generales que obligan a la familia, la sociedad y el Estado, en función del principio de responsabilidad compartida en la protección de los derechos que consagra el art. 7 del CNA, la CDN y reiteradas recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas.

Esto influye en la interpretación del propio Código, con relación al derecho del niño a ser oído y al ejercicio de sus derechos ante los Tribunales, aún en los casos de institutos en que no se consagran expresamente.

Pero como sostienen algunas posiciones extremas, ¿esto significa que en absolutamente todos los casos deben aplicarse estos derechos, o existe un criterio determinado en la norma de ponderación?

Respecto del derecho a ser oído la afirmación contundente “en todo caso” del comienzo de la explicación, recibe a continuación un criterio de ponderación referido a que el derecho se establece respecto de decisiones que “afecten su vida”.

Si partimos del concepto de interés superior del niño como criterio de interpretación de la norma “que consiste en el reconocimiento de los derechos inherentes a su calidad de persona humana” debe concluirse que el derecho a ser oído está referido a aquellos casos que afecten o puedan afectar los derechos del niño, niña y adolescente.

Quedará al análisis del caso concreto determinar si se afectan o no derechos –todos, no sólo los reconocidos a texto expreso en el artículo 9– y si procede, en consecuencia, oír al niño, niña o adolescente.

Respecto de los principios de representación legal, debe entenderse que no se afectan los principios generales del Código Civil respecto de los mismos, pero a su vez que –al admitir la capacidad de estar en juicio, de acuerdo al inciso 2– coloca al niño en situación jurídica activa de parte en el proceso.

En ese caso podrá ejercer por sí sus derechos, a partir de la deducción de su pretensión, debiéndose según el caso privilegiarse soluciones que enerven

el paternalismo de las decisiones como se indicara en el capítulo 1 de este trabajo.

En este plano es evidente el derecho a la defensa técnica, definida con el criterio de un abogado del niño que PATROCINA INTERESES DEFINIDOS POR EL PROPIO NIÑO, sin sustituir su voluntad a la de éste.

Finalmente, ¿cuándo designar curador?, ¿cuáles son los alcances de la función del curador?

La figura del curador está ligada al instituto de la incapacidad. Todos nuestros derechos son tributarios del sistema napoleónico que establece la incapacidad absoluta de los impúberes y la incapacidad relativa de las personas púberes.

Dicha concepción, más allá de los matices con institutos como la emancipación y la habilitación, es uno de los pilares de la legislación de nuestros países.

Como se viera con anterioridad, el reconocimiento de un sujeto de derechos con autonomía progresiva en la CDN, traducida a nuestras legislaciones internas, lleva a un replanteo de la cuestión a la luz de estas nuevas “capacidades” en el área del ejercicio de los derechos.

El ejercicio de la acción, el derecho a ser oído, constituyen elementos que permiten concluir en que las cosas ya no son idénticas a las previsiones de los codificadores del derecho de fondo y que progresivamente se adquiere el derecho a decidir por sí mismo.

A partir de estos principios propongo el siguiente criterio de interpretación del artículo 8 del Código de la Niñez y Adolescencia:

- Primero, se distingue con diferentes características el derecho a ser oído, de aplicación general como se dijera *ut supra*, del derecho a comparecer en juicio, deduciendo sus propias pretensiones. Admitiendo que este último – cómo se comparece en juicio, con qué alcances– es la parte más polémica.

- Segundo, un criterio de dilucidación será el de la coincidencia o diversidad entre los representantes legales y el niño, niña y adolescente y otro criterio serán justamente los límites de la representación legal.

Hipótesis a): en caso de intereses *coincidentes* entre representantes legales y el niño, niña o adolescente, se mantiene en toda su plenitud la representación legal.

No obstante se mantiene en toda su plenitud el derecho a ser oído y a contar con un abogado cuando sus derechos puedan resultar afectados.

En esta hipótesis no hay intereses contrapuestos y el representante legal generalmente actuará un derecho del niño, niña y adolescente, por ejemplo, los juicios de alimentos, de investigación de paternidad o maternidad, posesión notoria de estado civil.

Hipótesis b) en caso de intereses *contrapuestos* entre los representantes legales y el niño, niña o adolescente, dependerá del grado de su madurez y, como dice el Código, del grado de evolución de sus facultades.

Aquí se aplican los principios generales del Derecho Procesal para resolver la alternativa designación de curador o de defensor, abogado.

Se designará Defensor que lo asista, abogado del niño, cuando éste, de acuerdo con la evolución de sus facultades, esté en condiciones de formarse un juicio propio, en aplicación del ya transcrito art. 37.1 del Código General del Proceso. Cuando el niño, niña o adolescente no esté en tales condiciones deberá designarse un curador que lo asista y represente.

Esto enerva la absurda tesis sostenida por algunos representantes del Ministerio Público de la existencia simultánea de Curador y de Defensor. Pues el curador debe tener la capacidad de postulación de los intereses que como dice la ley representa y PATROCINA; no puede patrocinar si no es abogado.

No es viable en consecuencia la solución que contemplan los modelos europeos del *amicus curiae* o del curador *ad litem* no letrado, que asesora al tribunal sobre el interés superior del niño. Allí el niño, niña o adolescente aparece como parte claramente diferenciada, comparece por ejemplo en un juicio de visitas, guarda o tenencia, pérdida de patria potestad en ejercicio de un interés propio.

La misma solución en cuanto a su representación o patrocinio debe aplicarse cuando el niño, niña o adolescente deduce por sí la pretensión.

Finalmente, la cuestión de la subsanación de las nulidades que el Juez tiene la obligación de decretar.

Omisión del derecho a ser oído y a las normas sobre la representación o patrocinio: la experiencia jurisprudencial lleva a determinar que en estos casos la subsanación es posible, siempre que se produzca antes del dictado de decisión pasada en autoridad de cosa juzgada.

Pues, por ejemplo, en segunda instancia es habitual fijar audiencia para oír al niño o la designación de defensor o curador en su caso, cuando tales garantías han sido omitidas en anterior instancia. Se debe dar la oportunidad de ofrecer prueba, impugnar y realizar todos los actos procesales que no se hayan podido cumplir por tal omisión. Esto recoge el principio del artículo 110 del C.G.P. en la medida que se evite la indefensión.

#### IV. Propuestas de armonización legislativa para el MERCOSUR

*1) ¿Debe ser obligatorio para el juez escuchar al niño en los procesos en que, de manera directa o indirecta, se encuentren involucrados sus intereses o sólo debe ser una prerrogativa judicial? ¿Debe ser escuchado el niño en todos los casos, aún no habiendo conflicto entre los adultos?*

El Juez debe tener la obligación de oír al niño, niña y adolescente, derecho que integra las garantías del debido proceso legal después de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

No es posible dictar legítimamente una decisión judicial que afecte a los derechos del niño, niña y adolescente sin oírlos previamente.

En la medida que en el proceso puedan afectarse sus derechos, incluso en situación de eventuales acuerdos entre los adultos que puedan afectar los mismos, deberán ser escuchados si el Juez lo entiende pertinente (acuerdos entre los padres, en oportunidad de homologación judicial, por ejemplo).

Esta escucha es independiente de la edad, no está limitada exclusivamente al lenguaje no verbal de los niños, se deberá tener en cuenta la incidencia del género.

*2) ¿La opinión y deseos del niño deben ser vinculantes para el juez? ¿A partir de qué edad habría que escuchar al niño?*

Debe ser tenida en cuenta, considerada e integrar ineludiblemente la motivación de la decisión, sin perjuicio de que puede o no seguirse.

Debe acreditarse del punto de vista argumental y de la prueba rendida en la causa que la opinión o posición del niño resulta dañosa para sus derechos.

La sentencia no motivada en este sentido deviene un acto de autoridad del mundo adulto.

La evolución de las facultades a partir del crecimiento y la posibilidad o aptitud de formarse un juicio propio constituye el criterio de ponderación a la hora de decisión.

*3) ¿El niño debería tener derecho a ser escuchado directamente o bastaría con que se lo escuche por medio de su representante?*

No debería fijarse un límite fijo al respecto y debería remitirse al caso concreto, constituyendo parte esencial de la motivación de la sentencia la argumentación a favor de la posición que se adopte. Siempre debería ser escuchado directamente. Salvo situaciones especiales (corta edad, discapacidad) en que deberá tener un representante.

*4) ¿En qué ámbito, condiciones y oportunidad procesal debe entrevistárselo?*

Es un derecho inalienable el ser escuchado directamente por el Juez.

Deberá preservarse la intimidad del niño, niña o adolescente, sin perjuicio del derecho de defensa de las otras partes.

Puede ser en audiencia en presencia del Juez y del abogado del niño, dejándose constancia resumida de su opinión en acta resumida, para control y conocimiento posterior de las partes en el proceso.

*5) ¿El juez debe escucharlo personalmente o puede hacerlo por intermedio de un profesional o equipo interdisciplinario? En este último caso, ¿es conveniente que dicho profesional o cuerpo de profesionales pertenezca a la planta auxiliar del Juzgado?*

Como se dijo anteriormente, integra las garantías sustanciales del debido proceso legal el ser escuchado directamente por el Juez.

En oportunidades especiales podrá recurrirse al Equipo Técnico Interdisciplinario, que debe ser del cuerpo oficial, habilitándose en lo posible que



la entrevista pueda ser seguida por el Juez, mediante el registro audiovisual en régimen de Cámara Gesell.

6) *¿Qué tipo o grado de participación cabe asignar al niño en el proceso? ¿Es siempre la misma? ¿Depende de su edad? ¿Depende del tipo de proceso de que se trate? ¿Cabe reconocerle el carácter de parte? ¿Siempre?*

Debe reconocerse el derecho a la acción, es decir, a deducir la pretensión en defensa de sus derechos en carácter de actor, sin perjuicio, podrá constituirse en parte principal o como tercero coadyuvante o excluyente, por ejemplo, en situación de conflicto entre los padres en caso de que sus derechos se vean involucrados.

La edad y grado de madurez del niño, niña o adolescente serán elementos decisivos para determinar de qué manera se ejerce este derecho: por sí, con la debida asistencia letrada o por representante.

7) *¿Cómo debería asegurarse el debido proceso y la defensa técnica de niños y adolescentes? ¿Cuáles son las distintas posibilidades y organismos?*

Debe asegurarse la defensa técnica especializada, de manera obligatoria y gratuita en su caso; el derecho a la defensa técnica o jurídica es garantía esencial, integrante del debido proceso legal.

Habrán casos en que la figura del defensor no será suficiente y deberá designarse un representante.

8) *¿Debe crearse la figura del “ombudsman” en los países de la región? ¿Cuáles deben ser sus funciones?*

Es conveniente la creación de una figura independiente de los poderes del Estado, o de lo contrario podría ser un comisionado parlamentario de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Debe ser elegido por mayoría parlamentaria especial entre personas de reconocida idoneidad en temas de derechos de la infancia y adolescencia.

Será encargado de velar por los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, recibir denuncias, realizar investigaciones preliminares sobre

las mismas.

Podrá actuar como parte en los procesos penales y civiles que promueva en el ámbito de su competencia.

Le asigno un rol fundamental para patrocinar los intereses difusos y eventualmente colectivos respecto de los derechos de la infancia y adolescencia.

En Uruguay el Código de la Niñez y Adolescencia prevé una acción de amparo amplia y especial en salvaguarda de tales derechos e intereses, que podría ser iniciada por el *ombudsman* (art. 195).

Debería ser oído de manera obligatoria en temas vinculados a los derechos de la infancia y en la elaboración de los informes quinquenales nacionales ante el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (art. 44 CDN).

9) *¿Cómo debería ser el rol del abogado del niño? ¿En qué supuestos cabría su designación?*

El niño, niña o adolescente tiene derecho a tener un abogado que patrocine sus intereses en la forma que la Children Act de 1989 designa como *solicitor* o los estándares ABA y NACC de Estados Unidos como abogado tradicional.

Su función es defender el interés particular de su cliente, cualquiera sea su edad, respetando como cualquier abogado las obligaciones de lealtad y confidencialidad.

Cuando el niño, niña o adolescente se encuentra en condiciones de no querer o no poder expresar su opinión, el abogado deberá patrocinar el interés superior del mismo.

Cuando su opinión sea contraria al interés que manifiesta el niño, niña o adolescente, por entenderla perjudicial para los derechos de éste, deberá hacerlo saber al tribunal que adoptará las medidas adecuadas al respecto –sustitución o designación de otro letrado que patrocine lo que el niño pretende–.

Debe descartarse la figura del Curador especial o *ad litem*, como instituto vinculado a la incapacidad del sujeto, que patrocina el interés superior del niño, desde su propia perspectiva, confundiendo con otros roles (Ministerio Público o Asesor de Menores en algunos países).

Buenos Aires, 25 de agosto de 2006

A título ilustrativo se agregan las siguientes consideraciones efectuadas en Sentencia N° 39/2006, en un caso de autorización para radicación en el exterior de un niño de 10 años, que primero manifiesta a la curadora su voluntad de no viajar al exterior y en audiencia expresa opinión contraria, persistiendo la curadora en que la opinión válida fue la que el niño formulara en primer término, que la que le parece más adecuada al interés del niño:

“La Señora Curadora designada por la Sala ha desarrollado una encomiable labor, lo que así se reconoce, pronunciándose por respetar la voluntad del niño expresada en primera instancia.

En audiencia de segunda instancia P manifiesta respecto del viaje a España que “(...) le gustaría ver a su tía y a su prima, que mantiene contacto con ellos por Internet y que le gustaría ir allí para practicar deportes como natación y gimnasia (...)”

El Tribunal le explica los alcances de una eventual decisión autorizando la radicación en dicho país “y dice que igual le gustaría ir” (fs. 110).

La Señora Curadora insiste en su posición en función de que el niño le ha manifestado personalmente su negativa a radicarse en el exterior y que la madre avisó al niño que sería interrogado por el Tribunal sobre la cuestión de la radicación, predisponiendo así su voluntad (fs. 110/111).

La Señora XX afirma que efectivamente le dijo al niño que sería interrogado. Se destaca que el padre no tomó contacto con P entre una audiencia y otra.

III) El centro de la cuestión parece haber sido puesto en la opinión del niño en función de la aparente contradicción entre lo afirmado en una u otra instancia y la sospecha que la Señora Curadora ha instalado respecto de la validez de la segunda opinión.

El artículo 8 del Código de la Niñez y Adolescencia establece el derecho del niño a ser escuchado, incorpora así al Derecho Patrio principio del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño en los siguientes términos: “(...) en todo caso (*el niño*) tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida (...)”. Fulminándose con nulidad la omisión de tal garantía.

El Juez, con todas las garantías y la asistencia de técnicos especializados en su caso, recoge la opinión del niño, o sea, lo que en un momento y lugar determinado aquél piensa y opina sobre determinada situación.

Se plantea primero una cuestión de admisibilidad, es decir, cuándo se debe recoger tal opinión, respecto de qué niños: no existe edad determinada, pues ello está sometido a la exigencia de que *“esté en condiciones de formarse un juicio propio”*, condición que deberá ser calificada como una cuestión más a resolver en el marco de un proceso con todas las garantías.

La experiencia demuestra que hay niños de 8 ó 9 años que pueden formarse un juicio propio y otros de más edad que no lo están, así que debe estarse al caso concreto.

La admisibilidad exige la motivación de la sentencia al respecto.

El otro aspecto es la valoración de tal opinión, lo que exige que el Juez al sopesarla debe tener en cuenta hasta qué punto es propio el juicio o si el mismo resulta inducido por los adultos, y también si existe algún intento de manipulación de parte del niño.

También para decir si se tiene o no se tiene en cuenta la opinión deberá motivarse expresamente la decisión, con elementos que permitan a las partes el ejercicio del derecho de defensa sobre la cuestión.

Deben crearse en audiencia las condiciones adecuadas para que el niño exprese libremente su opinión.

El Tribunal ha sostenido en Sentencia N° 386/03 en asunto sobre tenencia:

Atento a la situación verificada en la causa, teniendo en cuenta que la madre está en buenas condiciones para convivir con su hijo, que no se ha probado ningún elemento en contrario de tal conclusión, se le asignará la tenencia de su hijo reconociéndose un amplio régimen de visitas a favor del padre.

No escapa a criterio de la Sala, que tal es la solución que el niño siente como la más adecuada (art. 12 Convención sobre los Derechos del Niño), especialmente destacable cuando hace varios años que no vive con la madre, quedando demostrado así la buena relación del punto de vista afectivo con su progenitora.

En esta sentencia se ha sostenido que cuando del cúmulo probatorio agregado en la causa resulta una situación favorable a determinada solución, si la misma es coincidente con la opinión del niño, no existe motivo para apartarse de ella.

A partir de tales consideraciones, partiendo del hecho probado de que el niño durante toda su existencia ha vivido con su madre, que ésta ejerce la tenencia y teniendo en cuenta que existe un buen relacionamiento con el padre, la aparente contradicción respecto de su voluntad de viajar al exterior debe ser interpretada adecuadamente.

El informe psicológico recoge la inquietud en realidad zozobra del niño respecto del problema, que obviamente por su edad no puede ni debe resolver de manera exclusiva. Ama a ambos padres, se lleva bien con ellos y quisiera, como todo niño hijo de padres separados, que la separación no existiese y compartir por igual tiempo entretenimientos y la vida en general.

La situación de separación determina que deba vivir con uno de los padres, especial consideración a criterio de la mayoría de la Sala Integrada tiene el hecho que durante años el niño vivió en Montevideo y el padre en España, en ese espacio de tiempo, importante en su vida, la madre cumplió ambos roles parentales.

Hoy la madre debe afrontar sola los gastos del mantenimiento de P, no cuenta con el apoyo del padre, que cuando es interrogado por el Tribunal sobre el cumplimiento de la obligación alimentaria, difiere la hipotética solución del problema a una herencia que podría recibir en España. Su nuevo compañero, dispuesto también a viajar a España, mantiene a P.

El propio padre ha reconocido a fs. 21 las mejores posibilidades de desarrollo de su hijo en España, horizonte que no tiene que ver únicamente con los medios que dispone un país u otro, sino con la accesibilidad a nuevas y mejores oportunidades en el desarrollo de P, pues la madre podrá acudir a su sostenimiento en mejores condiciones que las actuales.

En consecuencia, analizada la prueba resultante de autos, a criterio de la Sala integrada, las variaciones en la voluntad del niño deben considerarse propias de su edad y del difícil trance que vive, correspondiendo a los Jueces la difícil misión de resolver la controversia conforme a los principios generales.

IV) Los derechos de P, especialmente a tener un libre y fluido acceso a ambos padres, no obstante vivir el progenitor no tenedor en distinto país (art. 38 del Código de la Niñez y Adolescencia y 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño) deben ser adecuadamente salvaguardados. Igualmente

deben asegurarse los derechos del padre a las visitas y participación en la vida de su hijo.

Al respecto, se deben afianzar los derechos del niño compartiéndose la propuesta del Ministerio Público en primera instancia respecto de la imposición de obligaciones a la actora, que ésta ha aceptado en estas actuaciones a saber...



# Protección de derechos amenazados o vulnerados de los niños, niñas y adolescentes. Aspectos sustanciales procesales

Ricardo C. Pérez Manrique

---

## Sumario:

I. Introducción. II. Marco jurídico de la intervención respecto de NNA. 2.1. Componentes normativos. 2.2. El Paradigma de la Protección Integral de los Derechos. III. Encuadre teórico. IV. La intervención desde el Estado. V. Principios que legitiman la intervención del Estado. VI. Sistema de intervención. Asignación orgánica y competencial. VII. Competencia: asignación orgánica. VIII. Estándar procedimental mínimo. IX. Medidas de protección e interés superior de niño. Algunos criterios. X. Conclusiones.

---

## I. Introducción

Si atendemos el desarrollo de la judicatura de menores, tal como surgiera en el Tribunal de Chicago en 1899, vamos a encontrar dos masas competenciales que a lo largo de más de un siglo han integrado en todo el mundo los desarrollos de tribunales especializados para la infancia referida a 1) quienes cometen infracciones a la ley penal y están excluidos por edad del sistema penal común, y 2) aquellos que por diversas razones deben ser protegidos por el Estado por intermedio de este tribunal especializado.



La aprobación de la Convención de los Derechos del Niño –en adelante CDN– en 1989 tuvo como antecedente un vigoroso cuestionamiento a la forma cómo se aplicaban las normas penales a los adolescentes. Eso permitió que más allá de las lógicas imperfecciones y generalidades de un documento universal de Derechos Humanos, en sus artículos 37, 40 y 41 la CDN haya generado un programa bastante completo para los Estados Partes en este sentido.

Sin embargo, no ha sido el mismo el grado de profundización y de claridad en este sector referido a lo que se denominaba área tutelar o de protección.

El autor ha sostenido que este sector de derechos del niño, niña y adolescente –en adelante NNA– es el más proclive a violentar los mismos, pues las mayores injusticias y atropellos de los Derechos de la Infancia se cometen al pretender proteger.

Es necesario en consecuencia construir y profundizar un modelo de intervención en materia de protección de los derechos de los NNA, fiel a los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Constitucional y que sea funcional para proteger otros derechos involucrados tales como son los de las relaciones familiares seriamente afectados en este punto.

Intentarán estas líneas un aporte a dicha construcción.

## II. Marco jurídico de la intervención respecto de NNA

### 2.1. Componentes normativos

- Constitución
- Normas Internacionales:
  - \* CDN
  - \* Pacto Derechos Civiles y Políticos
  - \* Pacto Derechos Económicos Sociales y Culturales
  - \* Pacto de San José de Costa Rica; Protocolo de San Salvador
  - \* Convención para la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer, CEDAW
  - \* Convención de Belém Do Pará para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer

\* OC 17/2002 Corte Interamericana de DDHH

- Códigos Civil y Penal
- Códigos o Leyes de la Niñez y Adolescencia

## 2. El Paradigma de la Protección Integral de los Derechos

El aporte fundamental de la Convención de los Derechos del Niño ha sido el denominado Paradigma de la Protección Integral de los Derechos, que constituye el punto de partida para la respuesta y atención de la temática vinculada a la infancia y adolescencia en todos los aspectos de la vida de relación (arts. 2, 3 y 4).

Se señalan como elementos integrantes de este paradigma, entre otros los siguientes:

*Definición de niño* (contenida en el artículo 1 de la CDN): todo ser humano menor de 18 años de edad, con el agregado del art. 4.1 de la Convención Interamericana, “desde la concepción”.

*Sujeto de derecho*: toda la Convención señala el reforzamiento y la viabilidad de este carácter, en la medida que superando la concepción tradicional integra al concepto de goce de los derechos el del ejercicio, ligado indisolublemente al concepto de autonomía progresiva de la voluntad.

El niño o niña no es un “proyecto” de ser humano, es en sí un sujeto de derecho que adquiere en forma paulatina el ejercicio por sí de tales derechos. Lo que determina poner en cuestionamiento y en debate principios como el de la autoridad parental o patria potestad, y focaliza la cuestión del ejercicio de los derechos por el niño o niña en su competencia para hacerlo. No es una cuestión de capacidad sino de desarrollo de habilidades.

*Interés superior*: art. 3 de la CDN, principio básico que coloca a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en situación jurídica de preeminencia en casos de conflictos con otros derechos, sobre todo del mundo adulto.

No *discriminación*, *descentralización* y participación en todos los actos de la vida de relación.

*Protección integral de todos los derechos:* deben protegerse todos los derechos, no existiendo derechos de diferente categoría o importancia, pues se entiende que no es posible ejercer uno sin él o los otros.

*Plus de protección* en igual situación mejor consideración de los derechos de los niños/as, adolescentes.

### III. Encuadre teórico

A partir del enfoque realizado en el Capítulo anterior deben extraerse dos premisas básicas:

- a) **La convención redefine la relación entre el mundo adulto y los niños desde la perspectiva de los derechos.**
- b) **Abarca en consecuencia a quienes son definidos como obligados a tal protección: familia, sociedad y Estado.**

Con el advenimiento de la CDN, las necesidades de los NNA se han convertido en derechos exigibles, frente a los obligados a su cumplimiento en función del denominado “principio de corresponsabilidad”: la familia, la sociedad y el Estado.

En consecuencia, la protección debe estar encaminada a hacer efectivos los derechos de los NNA cuando se encuentran en riesgo o son vulnerados, imponiendo dicha efectividad a dichos obligados.

### IV. La intervención desde el Estado<sup>1</sup>

Ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva 17/2002:

<sup>1</sup> Normas de la CDN que refieren a la intervención estatal:

- Artículo 3: Interés superior y protección; artículo 5: Objeto intervención EDUCAR PARA EJERCICIO DERECHOS; 9.2.: necesidad de escuchar al niño al adoptar decisiones sobre su guarda o tenencia; 12: derecho a ser escuchado; 16: protección contra injerencias ilegales, pueden

91. En conclusión, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño.

Corresponde analizar a continuación, los alcances y límites de la intervención estatal, a cuyos efectos se analizarán algunos principios.

**Solamente se justifica para restituir derechos amenazados o vulnerados o como reacción a la violación de la ley penal.**

Pese a que este trabajo refiere exclusivamente a la protección de los derechos, hacemos referencia a la fuente de legitimidad de la intervención estatal también en lo penal. Ello es así en cuanto en Derecho Penal el principio de legalidad, es de la esencia del Derecho Penal y se expresa por ejemplo en la Constitución del Uruguay en su artículo 10:

Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

**Sometido en consecuencia a las garantías del debido proceso legal en todos los casos (op. Consultiva Corte Interamericana 17/2002)**

La Corte sostiene que “Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño” (párr. 95)<sup>2</sup>.

---

provenir del mismo Estado.

- 20: Niños privados de medio familiar: PROHIBICIÓN DEPÓSITOS DE NIÑOS EN INSTITUCIONES ESTATALES.
- 25: PRINCIPIO DE REVISIÓN PERIÓDICA.
- 37 C) PRIVADOS DE LIBERTAD, CONDICIONES.
- 40.4: Privación de libertad como última ratio.
- Reglas de las NU para la protección de los menores privados de libertad.

2 Convención interamericana de Derechos Humanos:

Concluyendo: “En definitiva: si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas, con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías” (párr. 98).

La Corte con total claridad en el párrafo 103 señala que todas estas afirmaciones son de aplicación igualmente al proceso administrativo, señalando una serie de pautas que “permite el desarrollo adecuado del debido proceso, reduce y limita adecuadamente la discrecionalidad de éste, conforme a criterios de pertinencia y racionalidad”.

Estos principios emergen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pero también integran el entramado de garantías básico del Estado democrático social de derecho.

La CDN y la producción jurídica posterior, a partir de dicha plataforma, se ha extendido respecto de las particularidades y aspectos específicos cuando los derechos y garantías se refieren a NNA.

## V. Principios que legitiman la intervención del Estado

Establece el Protocolo de San Salvador en su Art. 16:

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Las Constituciones en su totalidad imponen al Estado la obligación de protección de los derechos de quienes habitan el territorio, que es en definitiva el fin último del Pacto Social y la razón de ser del Estado.

---

### Artículo 8: Garantías judiciales

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil... o de cualquier otro carácter.

### Artículo 25: Protección Judicial

Derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo, que lo ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.

Es un derecho del niño y una obligación del Estado en consecuencia intervenir para proteger derechos amenazados o vulnerados.

Pero en un Estado Social Democrático de Derecho, por su propia naturaleza, también las medidas de protección deben estar sometidas a la Regla de Derecho, que determina su legitimidad.

Dicha intervención, en el encuadre normativo y conceptual analizado *ut supra* debe:

- 1) Justificarse en la restitución derechos amenazados o vulnerados de los NNA;
- 2) Ser por el menor tiempo posible;
- 3) Está estrictamente limitada por el cumplimiento de su finalidad;
- 4) Preferencia de la restitución a medio familiar que puede no ser su familia de origen de acuerdo a los artículos 20 y 21 (adopción).

El principio está consagrado en la CDN de manera categórica:

*Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de sus padres (CDN 9.1)*

## **VI. Sistema de intervención. Asignación orgánica y competencial**

Debe analizarse cómo el Estado despliega su intervención en materia de niños y adolescentes, en carácter de sistema con diferentes órganos y competencias, distribución que es en primer término de origen constitucional –separación de poderes–, pero que se cumple principalmente mediante la ley y del reglamento administrativo.

A esa categoría normativa corresponderá reglamentar la competencia tanto funcional, territorial como los procedimientos aplicables.

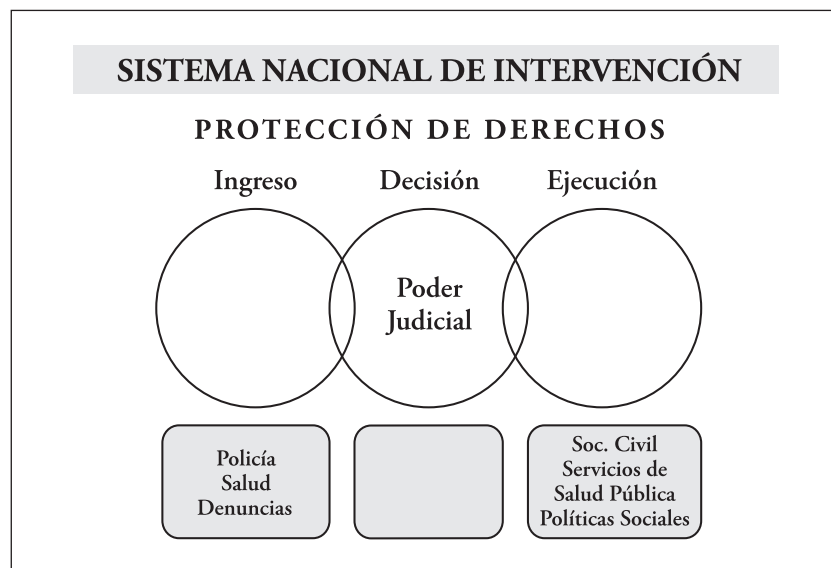
Insertamos a continuación un cuadro del que resultan los diferentes elementos de un sistema nacional de protección de derechos de los NNA.

Ese sistema debe tener una etapa de ingreso o de detección de la situación de amenaza o vulneración de derechos de un NNA, una instancia o etapa de decisión sobre la existencia o no de tal situación y una etapa o instancia de aplicación de las medidas de protección.

Es claro que la primera será normalmente la escuela, la institución de salud o deportiva donde concurre el NNA o puede ser la autoridad policial actuando a denuncia de parte o de oficio.

También es claro que será la administración, por medio de sus instituciones especializadas o en su caso de las políticas sociales, la que ejecutará las medidas de protección.

La intervención judicial será contingente de acuerdo con cada legislación nacional: se ubica en el centro, cuando el sistema judicial es el encargado de decidir si existe amenaza o vulneración de derechos, en su caso las medidas de protección que deben aplicarse, a cargo de quien estará su puesta en práctica –determinándose la consiguiente responsabilidad– y el tiempo de duración si fuere posible.



## VII. Competencia: asignación orgánica

El Derecho Comparado al respecto presenta diversas soluciones, a las que por razones de espacio solamente haré una breve referencia.

- **Administrativo:** es la Administración, a veces con tribunales especializados pero administrativos, que toma las decisiones; es así en los países Nórdicos de Europa y en España, en que son las instituciones administrativas que toman las medidas, por ejemplo la separación de un niño de su familia de origen, decisión que puede ser recurrida ante un Tribunal judicial.  
Finlandia recientemente ha pasado toda esta competencia a tribunales judiciales.  
México funciona de la manera citada.
- **Judicial:** Brasil, Uruguay –CNA– y la mayoría de los países de América Latina en que el sistema judicial cumple el rol asignado en el cuadro.
- **Mixto:** Ley de Protección Integral N° 26.061 de Argentina, por la que las medidas son adoptadas por la Administración, con la excepción de aquellas referidas a NN privados de su medio familiar o que determinen la separación del niño de su familia de origen, que deben ser sometidas a control judicial ex post –Medidas Excepcionales arts. 39 y 40 de la Ley N° 26.061–.

Es en definitiva una opción política de cada Estado, no advirtiéndose que ninguna de ella violente en sí misma principios del DIDH, en la medida que una decisión administrativa de protección de derechos siempre pueda ser recurrida ante un organismo jurisdiccional mediante un recurso efectivo y rápido según la Corte Interamericana<sup>3</sup>.

3 10. Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños SE DEBEN OBSERVAR LOS PRINCIPIOS Y LAS NORMAS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL. Esto abarca las reglas correspondientes a JUEZ NATURAL –COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL–, DOBLE INSTANCIA, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, CONTRADICCIÓN Y AUDIENCIA Y DEFENSA, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos (Opinión Consultiva citada).



## VIII. Estándar procedimental mínimo

Se desarrollarán a continuación una serie de pautas o estándares mínimos tomando en consideración que la mayoría de los países de la región aplican el que hemos identificado como un sistema con predominio de la judicial o en su caso el sistema mixto.

En consecuencia se hablará de un esquema de proceso que contemple las garantías y estándares mínimos del DIDH que es respetuoso de la especificidad propia de la materia.

Se procura además que permita a partir de las propias realidades nacionales, mejorar el rendimiento y eficiencia respetuosa de los derechos y las garantías del modo de intervención que se aplica en cada país.

**Estructura procesal:** deberá contemplar los siguientes componentes y principios:

### *Juez natural*

Defensa Técnica: en la medida que se trata de un proceso en que se protegerán derechos, la decisión de adoptar puede afectar derechos de terceros –por ejemplo los padres o responsables– o del propio niño –por ejemplo cuando se dispone su derivación a un centro de estadía permanente–. Todos los afectados tienen derecho a la Defensa Técnica correspondiente.

### *Doble instancia y recurso efectivo*

Principio de contradictorio: por las mismas razones podrá ofrecerse prueba, diligenciarse la misma, recurrir las decisiones que se adopten.

Principio de publicidad: el proceso debe ser conocido por todos quienes están involucrados. La experiencia indica que es muy común que por ejemplo se afecten los derechos de la familia y de sus integrantes, sin intervención ni participación de los mismos. Esto es así cuando se ordena la derivación del NNA a un centro, sin conocimiento de los padres cuyos derechos se ven afectados por la decisión.

## Sujetos procesales

1) *Juez o en su caso autoridad competente* para resolver y adoptar medidas en su caso.

2) *NNA-* con especial referencia además del señalado derecho a la Defensa Técnica del:

*Derecho a ser oído y a la participación* conforme el artículo 12 CDN: al respecto el Comité de Derechos del Niño en Observación General N° 12 ha señalado a título de ejemplo, traducción no oficial:

### **La separación de los padres y otros tipos de cuidado:**

53. Cada vez que se toma una decisión de apartar a un niño de su familia porque el niño es víctima de abuso o negligencia dentro de su casa, la opinión del niño debe tenerse en cuenta para determinar el interés superior del niño. La intervención puede ser iniciada por una denuncia de un niño, otro miembro de la familia o un miembro de la comunidad basado en el abuso o negligencia en la familia.

54. La experiencia del Comité es que el derecho del niño a ser oído no siempre es tenida en cuenta por los Estados Partes. El Comité recomienda que los Estados Partes garanticen, mediante legislación, reglamentación y directrices de política, que las opiniones del niño se requieran y consideren, incluidas las decisiones sobre la colocación en hogares de cuidado, el desarrollo de planes de cuidado y su revisión, y visitas con los padres y la familia.

### **El derecho del niño a ser oído en los procedimientos administrativos:**

66. Todos los Estados partes deben desarrollar los procedimientos administrativos en la legislación que reflejan los requisitos del artículo 12 y garantizar el derecho del niño a ser oído, junto con otros derechos procesales, incluidos los derechos a la divulgación de los documentos pertinentes, el aviso de audiencia, y la representación de los padres u otras personas.

66. Los niños son más propensos a estar involucrados con los procedimientos administrativos de los procedimientos judiciales, porque los procedimientos administrativos son menos formales, más flexibles y relativamente fáciles de

establecer a través de la ley y el reglamento. Los procedimientos tienen que ser amigables y accesibles para los niños.

La Observación General desarrolla una serie de pautas y apunta a casos como los de la adopción, la situación de los niños víctimas o testigos de delito, desarrollando las condiciones en que se debe ejercer el derecho del niño a ser oído en los procesos de protección, extendiendo su consideración a las intervenciones en materia administrativa.

Este derecho comprende el derecho a la participación judicial y a tener su propio patrocinio letrado; aparece en este escenario la figura del abogado del niño.

El mismo es patrocinante legal de los intereses del propio niño y no de los del mundo adulto.

3) *Participación judicial de la familia* –padres o responsables– también de quienes constituyen el núcleo adulto de referencia del NNA, por ejemplo familia de hecho, de crianza, etc.

En la medida que es corresponsable en casi todos los casos deberá comparecer en este proceso, con todas las garantías tales como la Defensa Jurídica y la posibilidad de contradecir.

4) *Ministerio Público*: en aquellos países en que mantiene el rol de protector de los derechos de los NNA.

### **Objeto del proceso**

*Consiste en determinar si existe amenaza o vulneración de derechos de los niños o adolescentes.*

En el curso de las actuaciones judiciales se deberá definir e identificar qué derecho o derechos se encuentran afectados a vía de ejemplo supervivencia y desarrollo, salud, educación, integridad física, libertad ambulatoria, libertad sexual, etc.

Se entiende por amenaza toda acción u omisión que ponga en riesgo o en peligro el ejercicio de determinado derecho.

Vulneración es ya la afectación del derecho en cuestión al punto de impedir su ejercicio, por ejemplo todas aquellas que impidan que el niño concurra a la escuela, serán casos de vulneración del derecho a la educación.

Determinar los motivos o causas de la amenaza o vulneración de derechos el por qué y el cómo.

Determinar e identificar a quién/es amenazan o vulneran, quienes serán destinatarios de la medida; en el ejemplo citado si son los padres o referentes de crianza quienes impiden que el NNA concurra a centro educativo.

Determinar si son necesarias y en su caso adoptar medidas de protección.

## **IX. Medidas de protección e interés superior de niño.**

### **Algunos criterios**

El interés superior del niño en los procesos de protección de derechos consiste en: el respeto de sus derechos.

*Es en definitiva hacer efectiva la obligación de protección de sus derechos de parte de la familia, la sociedad y el Estado.*

Respecto de la familia: a no ser separado por razones de índole económica. La familia –en sus diversas acepciones– debe considerarse como sujeto con derecho a la protección.

Respecto del Estado el interés superior se expresa en cuanto a la exigencia de políticas sociales básicas, educación, participación.

La medida de institucionalización debe ser adoptada como última ratio y por el menor tiempo posible.

Siempre debe preverse la revisión judicial de las medidas adoptadas en forma administrativa.

Toda medida de separación del niño de la familia, debería adoptarse por el sistema judicial o con control judicial ex post pero inmediato.

La legitimidad y duración de la medida está determinada por la situación de amenaza o vulneración de derechos.

La innecesaria prolongación en el tiempo constituye una injerencia arbitraria e ilegal en la vida del niño (CDN, art. 16)

## X. Conclusiones

Los países de la región sin excepción han ratificado la CDN y en líneas generales, a lo largo de los ya más de veinte años de vigencia, han establecido con mayor o menor acierto reformas legales con el objetivo de hacer efectivos los principios y postulados de la Doctrina de la Protección Integral de los Derechos.

No existen datos empíricos, estadísticamente comprobados, del nivel de eficiencia y eficacia de las reformas legislativas en torno a si se ha logrado o no el cambio que exige el paradigma de la protección integral en cuanto a la protección de derechos amenazados o vulnerados.

No obstante, conocidas algunas experiencias nacionales, es evidente que el fuerte condicionamiento histórico e ideológico que la llamada doctrina de la situación irregular ha impuesto a lo largo de décadas sigue operando activamente en la mente de los operadores judiciales y administrativos.

En lo que hace al Estado como gobierno, las estructuras administrativas se han demostrado en sus niveles medios poco permeables al cambio. Se aprecia que los temas de NNA se confinan exclusivamente a instituciones de “protección” con una fuerte impronta tutelar. Tal encuadre oculta lo obvio: que la CDN debe ser aplicable en todas las áreas en que el Estado debe intervenir no sólo en lo judicial y en las estructuras propias de la infancia. Tal exigencia se extiende a todo el mundo adulto en su rerracionamiento con los NNA.

La necesidad de integralidad de la protección llama a cambios profundos en el plano de sectores como salud, educación, vivienda, seguridad social, en la necesidad de desarrollar mecanismos de participación efectiva de los NNA en la vida cultural y en la propia institucionalidad democrática.

En lo judicial los esfuerzos de capacitación aunque importantes han sido insuficientes hasta hoy para generar prácticas y formas de intervención eficaces para proteger efectivamente los derechos de los NNA.

Para revertir tal situación, es necesario construir desde lo teórico pero con fuertes anclajes en la práctica, en conjunto con quienes operan en campo, un modelo a partir de lo normativo que permita actuar eficazmente, respetando los derechos de todas las personas involucradas en el fenómeno de la protección. Es necesario un modelo estándar de intervención.

Ese modelo debe adoptarse por el operador individual pero esencialmente debe ser asumido como propio en lo institucional, operando un cambio en profundidad que no se ha producido aún en la región salvo excepciones.

Me parece interesante señalar como corolario de este trabajo algunos aspectos que permitirán detectar las inconsecuencias de los sistemas de protección, para determinar hacia dónde deben apuntar los cambios.

- NNA sujeto de derechos u objeto de protección, se percibe una clara dificultad en el día a día para apreciar y actuar sobre derechos y no sobre personas.
- El entorno familiar generalmente ausente de la búsqueda de la mejor forma de protección y de la solución.
- Fragilidad de los sistemas administrativos, muchas veces burocratizados o en el cambio permanente de los operadores.
- Dificultad para asumir cada uno su propio rol en el sistema nacional de protección.
- Fragilidad de las políticas sociales que deben ser realmente pensadas a partir de los derechos de los NNA y operar para hacer efectivos tales derechos.
- Falta de respuestas adecuadas y medianamente consensuadas en casos tales como adicciones, abuso sexual y maltrato, prostitución, uso en la pornografía, NNA privados de su medio familiar.

Finalmente, y no por ello menos importante, el operador asume que cuando interviene en el área de protección actúa de manera urgente y por tanto es provisorio todo lo que se resuelve.

No obstante, la dificultosa reglamentación o las propias carencias de funcionamiento sistemático y coordinado de los distintos actores que intervienen, llevan a convertir lo que es forzosamente provisorio en definitivo.

Se consolida así en el tiempo como definitivo, aquello que fue adoptado como urgente y sometido a revisión.

En Uruguay lo provisorio, decidido por el Juez en urgencia, debe ser revisado por un Juez de Familia –art. 66 inc. 2º y 127 del Código de la Niñez y Adolescencia–. Este control y revisión, consistente en el pasaje de las ac-

tuaciones de un Juzgado a otro se dilata en el tiempo y no es eficaz en absoluto. Rara vez se revisa lo decidido en sede de medida provisoria.

En Argentina, el control ex post de determinadas medidas se complica más pues debe pasarse de las actuaciones administrativas a las jurisdiccionales, las consecuencias son el enlentecimiento, dificultad de diálogo y de comunicación entre los distintos operadores, muchas veces el control llega cuando es ya demasiado tarde.

Estas dificultades golpean normalmente a los sectores más necesitados de protección que son los de menores recursos, los que mayor dificultad tienen para acceder a una defensa jurídica capacitada y activa en defensa de sus derechos.

En consecuencia, deberá partir del ceñido objeto procesal en el ámbito de aplicación de la norma en materia de protección de derechos, ajustar la eventual medida exclusivamente a la finalidad de proteger derechos y actuar con celeridad, pero siempre asegurando en tiempo y de manera oportuna la revisión de lo decidido.

## Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina\*

Mary Beloff

I. El sentido de esta presentación es contribuir al conocimiento de los avances que se han logrado –y pueden lograrse– a partir de un uso estratégico y creativo del sistema regional –coordinado con el sistema universal–, de protección de derechos humanos de la niñez.

Plantearé brevemente de dónde venimos, dónde nos encontramos actualmente y hasta dónde se podría llegar mediante una utilización original de los sistemas de protección de derechos humanos a partir de la idea fuerza de que *no todos los problemas vinculados con la protección, promoción y defensa de los derechos humanos de niños y niñas se resuelven necesariamente y de forma adecuada con un enfoque sólo concentrado en el litigio estratégico* ante el sistema regional de protección de derechos humanos.

\* El artículo original se publicó en Anitua, Gabriel y Tedesco, Ignacio (comps.), *La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.

Se retoma muchos de los temas estudiados por Edmundo Hendler a partir de su concepción –tal como la interpreto– del derecho penal más como una cultura que como un mero sistema normativo. En este texto, ese enfoque es aplicado al análisis de un problema específico relacionado con la promoción y defensa de los derechos de niños y niñas y fue publicado originalmente con mínimas modificaciones en AA.VV., *Defensa pública: garantía de justicia*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2008, pp. 359-390. Agradezco a la Defensoría General de la Nación la autorización para volver a reproducirlo en este libro.



II. La primera cuestión que quiero plantear a manera de introducción es la relación paradójica entre la infancia y la ley en nuestra región durante el siglo XX. Esta relación paradójica se puede explicar de forma sencilla. La idea de que los niños tienen derecho a una protección especial existe prácticamente desde que se fundaron nuestros países. También está instalada en el derecho internacional desde las primeras normas producidas por la Liga de Naciones<sup>1</sup>. En este sentido, la idea de que los niños son sujetos de derecho internacional no comienza con la Convención sobre Derechos del Niño. Este tratado es, hasta la fecha, su expresión más acabada, más completa, un hito en un largo proceso jurídico-cultural, ejemplo de un *continuum* en la historia de la protección jurídica a la infancia más que ejemplo de una ruptura (más allá de lo relacionado con la mayor exigibilidad que implica el tratado como norma convencional respecto de normas no convencionales).

Esta idea de protección especial a la niñez desde el punto de vista jurídico en sentido fuerte –esto es, con estatus convencional–, existe en el sistema interamericano antes que en el sistema universal. Efectivamente, el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue aprobado en el año 1969 en tanto que la Convención sobre Derechos del Niño fue aprobada en 1989, veinte años después. De todos modos, el grado de desarrollo de esa idea básica de “protección especial de la niñez” en la Convención sobre Derechos del Niño no tuvo precedentes en normas internacionales anteriores.

El problema –analizado desde un marco teórico actual– radicaba en que esa idea de protección especial era decodificada en una clave filantrópica, asistencialista y, por lo tanto, al margen de los derechos de primera generación, de ciudadanía; no obstante, estaba fuera de discusión, sobre la base de un paternalismo que entonces se creía justificado, que los niños se alimentaran, fueran a la escuela, recibieran vacunas, crecieran al amparo de una familia, tuvieran casa y todo lo que hoy, en el lenguaje moderno de los derechos humanos llamaríamos derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Ciertamente, el precio que la infancia pagaba porque se garantizara esa protección era altísimo<sup>2</sup>.

1 Los cinco principios de Ginebra sobre Derechos del Niño de 1924 son un ejemplo claro de ello.

2 Una caricatura de un dibujante argentino resume extremadamente bien el punto. Se trata de la imagen de unas niñas institucionalizadas a las que les están afeitando la cabeza. En un cartel de la pared se lee: “Necesitamos que nos protejan de los que nos protegen”.

Lo curioso –que aquí llamo paradójico– que ha tenido lugar en el proceso de reformas legales relacionadas con la introducción de estándares de derechos humanos de la niñez en las últimas dos décadas en América Latina es que esta profunda intuición cultural y legal de “protección especial a la niñez” –que, vale la pena recordar, está presente con una centralidad que hace imposible ignorarla en todas las normas internacionales y regionales de derechos humanos– parece haberse perdido o al menos debilitado considerablemente, y haber sido sustituida por un enfoque liberal clásico, centrado en las garantías y derechos de primera generación. Un ejemplo emblemático de lo que se afirma es la forma en la que la discusión sobre la respuesta estatal al delito de los jóvenes domina y fagocita la agenda de los derechos humanos de toda la infancia en general.

III. En otro orden de ideas, esta paradoja da cuenta de una característica distintiva de este proceso de dos décadas que puede ser resumida como de un reduccionismo doble: legal y penal. Ello está comenzando a ser señalado por algunos autores de otras regiones<sup>3</sup> sobre la base de investigaciones que constatan la enorme distancia entre la exitosa instalación de una narrativa de derechos humanos de los niños y las condiciones concretas de vida de la infancia en el continente.

El mencionado reduccionismo se advierte en la presentación de la introducción de estándares de derechos humanos de la niñez sólo en confrontación con los sistemas tutelares clásicos para menores de edad marginalizados o infractores de la ley penal instalados en la región a partir de la tercera década del siglo XX (los consejos tutelares o juzgados de menores); *no como la discusión de la reformulación, en general, de la relación entre los adultos y la infancia en el continente, o bien entre los niños y el Estado con sus políticas y leyes.*

3 Philippe de Dinechin ha criticado fuertemente lo que él denomina “la proposición teórica de los doctrinarios latinoamericanos”, “fundada sobre el concepto de un derecho utópico” y que “no resuelve la cuestión de la efectividad de la CIDN en países donde la condición de los niños es a menudo dramática”, en su tesis doctoral *La réinterprétation en droit interne des conventions internationales sur les droits de l’homme. Le cas de l’intégration de la Convention des droits de l’enfant dans les droits nationaux en Amérique latine, défendue el 10 de mayo de 2006, Institut des Hautes Études de l’Amérique latine, Université de Paris 3.*

Este fenómeno estrictamente latinoamericano (en ninguna otra región del mundo la introducción de la Convención sobre Derechos del Niño fue planteada de esta forma de ruptura con el pasado y predominantemente legal-penal) de traducir la incorporación de tratados de derechos humanos sólo como un ejercicio de reinención o la reconstrucción del sistema de protección legal a la niñez en clave filantrópico-tutelar se explica por diversos motivos. En especial, debe tenerse presente que al momento de ratificarse los tratados de derechos humanos con relevancia en la materia –en particular la Convención sobre Derechos del Niño–, este sistema de protección para una parte de la infancia marginalizada se encontraba en una crisis terminal avanzada; una profunda crisis teórica porque las teorías de la explicación etiológica de la desviación criminal y de la resocialización habían sido deslegitimadas en gran parte del mundo desarrollado más de veinte años antes; y una profunda crisis empírica expresada en críticas tales como: los menores delincuentes “entran por una puerta y salen por la otra”, o bien “los reformatorios fabrican delincuentes”. Desde este punto de vista, el operador del sistema tutelar de menores (judicial o administrativo) estaba completamente en crisis por la falta de sentido de sus prácticas, a lo que se sumaba la ausencia de legitimación del marco conceptual que había sostenido esas prácticas por décadas. El vacío generado por la crisis descrita más arriba fue llenado por un instrumento internacional con una enorme fuerza performativa: la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado que lleva lo políticamente correcto en materia de derechos humanos al paroxismo. El *timing* fue ideal para transformar la crisis del tutelarismo en la oportunidad para introducir exitosamente en los diferentes países esta Convención en particular –y en general el derecho internacional de los derechos humanos en cuanto tenían que ver con la niñez–, con un impacto inusitado en términos políticos y comunicacionales si se lo compara con la incorporación de otras normas internacionales aun de derechos humanos.

IV. Una de las críticas que se hacía al sistema tutelar en esos primeros años se relacionaba con la ausencia de estándares legales-constitucionales tanto en sus marcos teóricos cuanto en las normas específicas. Para ponerlo más claro: más allá de que este dispositivo estuviera creado por ley,

la práctica tutelar –fuera judicial o administrativa–, no partía de una preocupación planteada como necesidad de satisfacer derechos de los niños en sentido general (incluidos los de ciudadanía), sino en ayudar a esos niños a salir de su “situación de riesgo”, marginalidad o cualquiera que fuera la situación problemática que hubiera dado origen a las actuaciones administrativas o judiciales.

De este modo, la intervención tutelar no consideraba necesario detenerse en “formalidades legales” en razón de que el paternalismo que justificaba esa intervención prevalecía sobre argumentos procesales formales (en rigor, hasta bien avanzada su crisis, ni siquiera se formulaban los planteos)<sup>4</sup>. De ahí la idea de que el complejo tutelar operaba “al margen de la ley” –constitucional–.

Con ese presupuesto, una concepción idealista/liberal –y por cierto muy resistida en los primeros años de este proceso tanto por sectores identificados con el pensamiento político “progresista” (asociado con los movimientos de base y en general con la izquierda política en los diferentes países) cuanto por sectores “conservadores” (tutelaristas clásicos)– planteó la necesidad de la reforma legal no sólo como un imperativo de justicia –repugnaba a cualquier reflexión humanista el hecho de que un menor sufriera las consecuencias de una pena sin ser juzgado con garantías de debido proceso o bien fuera tratado del mismo modo que un infractor cuando ni siquiera se le imputaba un delito, sólo para ayudarlo–, sino como herramienta que efectivamente iba a impactar en la realidad del problema de forma eficaz. Si la ley tutelar era parte del problema, una ley que se opusiera radicalmente a la anterior debía razonablemente ser parte de la solución. Los debates en torno de la reforma legal en Paraguay con importantes referentes del movimiento de defensa de derechos de los niños reflejan claramente esta cuestión.

4 En el fondo esto fue lo que se discutió en el famoso caso de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *in re Gault* (1967). Es notable cómo los sistemas procesales se asociaron o disociaron de las ideas tutelares clásicas. El sistema adversarial anglosajón focalizado intensamente en una lectura constitucional liberal del proceso penal, rápidamente determinó la ilegitimidad de los procedimientos tutelares; en cambio, los sistemas inquisitivos latinoamericanos acompañaron y potenciaron las intervenciones tutelares al estar, ambos dispositivos, “al margen” de una intensa preocupación por la vigencia de las garantías procesales. En este sentido, el enorme proceso de transformaciones de las prácticas y jurisprudencia de la justicia nacional y federal de menores en la República Argentina, así como en las jurisdicciones provinciales que tienen sistemas procesales adversariales modernos, con independencia del cambio del régimen de fondo en lo penal de menores, confirma lo expuesto.

La predominancia de un enfoque meramente legal en la agenda de promoción y defensa de los derechos humanos en la niñez en América Latina – o en la decodificación de lo que significa hoy la protección a los niños en clave de derechos humanos o con un enfoque de derechos o con cualquiera de las expresiones que ahora se estila usar–, cobra así sentido. Por cierto, la idealización de la capacidad de la ley para producir cambios sociales responde a un enfoque liberal clásico no explicitado en esos primeros años de propuestas de transformaciones.

Por otro lado, a la centralidad de la reforma legal penal en la reformulación de la agenda de protección a la niñez debe agregarse la falta de una discusión e implementación posterior de una ingeniería institucional adecuada para soportar la nueva legalidad. Aun a partir de un enfoque legal penal podría haberse previsto la necesidad imperiosa de asociar las reformas legales a reformas institucionales concretas (más allá de su enunciación en la ley) que incluyeran presupuesto, perfiles profesionales, capacitación, infraestructura, prácticas sistematizadas y protocolos de actuación, recursos técnicos y materiales, etcétera. Gran parte de las dificultades que hoy se advierten en la implementación de las nuevas leyes penales para adolescentes latinoamericanas se explica por este motivo.

Casi veinte años de reformas legales permiten concluir que, más allá de la trascendencia en todo sentido de cambiar leyes obsoletas, ese enfoque en América Latina –planteado como predominante– no fue del todo adecuado si lo que se pretendía era realmente impactar en las condiciones efectivas de vigencia de los derechos de los niños del continente. Las colegas de Paraguay tenían razón en su intuición política de fondo, ello con independencia de que tener leyes adecuadas a la Constitución y a la época sea un imperativo elemental de justicia<sup>5</sup>.

---

5 Sería muy importante que desde las diferentes ciencias sociales en el ámbito científico universitario se comenzara a documentar sistemáticamente y a analizar por qué el proceso que se describe tuvo estas características. Ello introduciría una mirada independiente y externa a los actores que participaron en él, ausente hasta la fecha. Ver, sobre el punto, de Dinechin, Philippe, *op. cit., supra* y la nota al pie 7 de Beloff, Mary, “Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída (comp.), *Homenaje a Cecilia Grosman*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, en prensa.

V. Me concentraré ahora en los problemas derivados del doble reduccionismo legal y penal característico de la discusión sobre protección y defensa de los derechos humanos de la niñez al que acabo de referirme. Este enfoque supone un modelo de Estado liberal que, curiosamente, no es el que puede reconocerse en el derecho internacional (y regional) de los derechos humanos de la infancia. Este *corpus juris* plantea un modelo de Estado que tiene fuertes deberes de prestación positiva, al igual que las Constituciones de todos los países de la región, esto es, la garantía de derechos económicos, sociales y culturales de la niñez.

La dificultad comunicacional surge como consecuencia de haber promovido la reforma de la respuesta al delito de los jóvenes en América Latina no como un programa liberal tradicional, sino como una agenda vinculada con la promoción y defensa de los derechos humanos de la niñez en general. Los mecanismos liberales clásicos de punición creados para la infancia en el continente eran necesarios en tanto el modelo anterior avanzaba por razones paternalistas sobre esas garantías básicas; sin embargo, el modelo derivado de los tratados implica un paternalismo justificado y complementario de esas garantías procesales y civiles fundamentales, como se verá más adelante. La prevalencia del primer enfoque sobre el segundo implicó, junto con otras razones, que no hubiera espacio para avanzar respecto del contenido de la protección, aun para la protección de los infractores<sup>6</sup>.

En la frase que tomo prestada y me permito reformular de nuestro colega de Chile, Julio Cortés: ¿Qué se ha logrado en América Latina con la forma en la que se introdujo la cuestión de los derechos humanos de los niños en el continente mediante reformas legales? Criminalizar con garantías procesales a los menores de dieciocho años de edad. ¿Esto es un avance? Evidentemente lo es, y muy importante; pero no es una victoria completa y final como a veces se la presenta, un logro, una meta que alcanzamos y que ahora nos permite descansar tranquilos con la sensación del deber cumplido. El hecho de que un adolescente al que se imputa un delito (sobre todo si es

6 La Opinión Consultiva n° 17 de la Corte Interamericana, que se analiza más adelante, es un buen ejemplo de lo aquí planteado: entender la respuesta penal diferenciada al delito del menor de edad como parte constitutiva de la protección especial derivada del art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás normas internacionales.

El análisis y puesta en práctica de dispositivos renovados de protección a la niñez –infractores incluidos– es hoy el nudo crítico en la región para evitar retrocesos autoritarios en el tema.

grave) sea juzgado y eventualmente sancionado con todas las garantías de las que por su edad es titular constituye un estándar mínimo elemental en cualquier nación civilizada. La paradoja –contenida en el artículo 4 de la Convención de los Derechos del Niño– es que la infancia, para ser reconocida en sus derechos de primera generación, en sus derechos de libertad y debido proceso, perdió en sus derechos de sobrevivencia o económicos, sociales y culturales. Obtener garantías procesales frente a la imputación de un delito fue indudablemente una victoria, pero una victoria pírrica del mismo modo que lo fue en los Estados Unidos en los años sesenta<sup>7</sup>.

Planteadas de este modo, una agenda de promoción y protección de los derechos humanos de la infancia cuyo obstáculo es cómo se responde al delito de los jóvenes con garantías, requiere ser actualizada y renovada con el objetivo *de lograr la garantía concreta de los derechos económicos, sociales y culturales de la niñez, y los derechos de primera generación de la niñez*. Se trata de aquellos derechos que, respecto de la infancia, nunca estuvieron en discusión. Ni siquiera se los planteaba de la forma que los introduce la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 4, “hasta la medida de las posibilidades” del Estado parte, con el mismo estándar que utilizan los tratados generales de derechos humanos cuando se refieren a estos derechos<sup>8</sup>.

VI. En lo que sigue me concentraré en el proceso histórico de ingreso de la cuestión de la protección a la niñez al sistema interamericano de derechos humanos que, por las razones que espero puedan comprenderse luego de la introducción precedente, reprodujo este doble reduccionismo (legal y penal). De no poder andar ahora se anda, pero con una enorme

7 Una funcionaria muy comprometida y destacada de la justicia comentaba hace un tiempo que se sorprendía y preocupaba enormemente al escuchar que algunos funcionarios y magistrados de la nueva justicia especializada de la provincia de Buenos Aires afirmaban que no les importaba lo que sucediera con el joven imputado una vez dictada la sentencia. Es interesante este nuevo perfil profesional en tanto aun en la justicia penal general, donde no rigen derechos de protección especial (salvo respecto de minorías específicas), siempre se ha valorado negativamente al magistrado que se desentiende de las consecuencias concretas de las condenas que emite sobre la vida del condenado.

8 Aun desde el punto de vista penal, esa actualización tendría impacto en el funcionamiento de los nuevos sistemas de justicia para adolescentes creados en la región en las últimas dos décadas al permitir el desarrollo de políticas preventivas, tema al que me referiré más adelante.

dificultad en ese caminar que eventualmente podría conducirnos al punto de partida.

En los comienzos de la década del noventa, en América Latina todavía era posible distinguir, en las coaliciones sociales y en los movimientos que involucraban a actores gubernamentales y de la sociedad civil, dos sectores o grupos claramente diferenciados: el de las organizaciones que tenían que ver con la militancia en derechos humanos concentrada en el continente en lo que era el trabajo ante el sistema interamericano, con un enfoque profesional legal de litigio; y otro grupo de entidades e instituciones que trabajaban con diferentes enfoques en terreno e intentaban introducir una mirada renovadora de las prácticas a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño. En esa época, por ejemplo, era importante acercarse a las experiencias europeas de transformación de los sistemas asistenciales en sistemas de protección promotores de los derechos fundamentales de la niñez<sup>9</sup>. Se trataba de grupos que trabajaban de manera aislada: el de protección a los niños de alguna forma perpetuaba lo que yo llamo el “autismo autoinducido” del derecho tutelar de menores clásico; el de defensores de derechos humanos, con una agenda muy marcada por la tragedia política de América Latina vinculada con el terrorismo de estado de los años setenta.

Por otro lado, la Convención sobre Derechos del Niño impactó en América Latina en un momento en el que había una discusión importante sobre los alcances y potencialidades de las nuevas democracias latinoamericanas. Con inteligencia se presentó entonces la incorporación de los tratados al derecho interno –en particular en materia de niñez que es lo que aquí se está analizando–, conectada con el proceso de ampliación y fortalecimiento del Estado de derecho y de la ciudadanía plena.

Sobre el tema hubo un artículo clave que fue muy difundido en la región del profesor italiano Alessandro Baratta que contiene una sabia intuición al conectar el proceso italiano de una década atrás con lo que estaba pasando en América Latina en ese momento; esto es, plantear la reconstrucción de las políticas y legislaciones de niñez a partir de un enfoque

9 La cooperación italiana y la española desarrollaron muchos programas de apoyo a niños en circunstancias especialmente difíciles (como se los denominaba entonces) en diferentes países del continente en esos años que permitieron la circulación de expertos e información sobre las experiencias europeas en la región.



vinculado con el fortalecimiento del Estado de derecho, la democracia y la ciudadanía.

Por otro lado, los organismos y el sistema de protección de derechos humanos requerían una renovación de su agenda tradicional por diversos motivos, entre los cuales no fue menor el relacionado con el financiamiento. El propio sistema burocrático y de la cooperación internacional también necesitaba tomar aire nuevo sin que ello significara que los reclamos de justicia por las atrocidades del pasado se hubieran extinguido.

Esta necesidad burocrático-institucional de renovación coincide con la introducción de la Convención sobre los Derechos del Niño en la región y con la traducción, en contenidos de los tratados internacionales, de la protección a la niñez en términos de derechos humanos. Unos necesitaban a otros y, de alguna manera, como subproducto de los procesos de modernización del Estado y reforma legal que ya venían dándose en el continente sobre todo en el tema de la justicia penal, se celebra una alianza exitosa entre el movimiento de derechos humanos y quienes tradicionalmente habían trabajado temas de protección de la niñez.

Hay algunos ejemplos de lo consciente que fue esta estrategia. En el año 1999 tuvo lugar, luego del tradicional Curso interamericano de derechos humanos organizado por el IIDH, otro curso apoyado por Unicef centrado en temas de protección de derechos humanos a la niñez, con el mismo formato que el Curso anual del IIDH, que por primera vez de manera focalizada reunió en esa institución temas de niñez como temas de derechos humanos. La sentencia de fondo en el caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala”<sup>10</sup> de noviembre de ese año puede ser interpretada como el primer producto de esa confluencia de actores sociales que hasta entonces tenían agendas y habían trabajado de forma separada.

**VII.** Una vez que se sentaron las bases conceptuales del tema en el sentido de que ya nadie discute en América Latina que la protección a la niñez debe plantearse a partir de un enfoque de ciudadanía y de protección

---

10 Corte IDH, Caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63.

de derechos humanos de niños y niñas, y de que las instituciones encargadas de defender los derechos humanos y los derechos de los niños en el continente se pusieron de acuerdo para trabajar en forma conjunta, se comenzó a percibir la riqueza del uso del sistema interamericano de protección de derechos humanos para avanzar en esta agenda común (si bien había actores que, con mirada anticipatoria, habían advertido esta posibilidad e iniciado sus experiencias más tempranamente, como ocurrió con el litigio relacionado con el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” conocido como “Panchito López”<sup>11</sup>).

En poco menos de una década se produjeron una serie de casos y de resoluciones que consolidó lo que hoy es posible llamar –en un sentido más amplio que el utilizado por la Corte Interamericana en el caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala”<sup>12</sup>– el *corpus juris* de protección de derechos humanos de la niñez en el continente. *Corpus juris* es una expresión en latín simple y elocuente para aludir no sólo a las normas, a los tratados y declaraciones, sino también a las interpretaciones que se han hecho sobre esas normas.

Hoy se cuenta con más de lo que se contaba hace veinte años cuando se inició este proceso gracias al uso inteligente y creativo que se ha hecho del sistema interamericano de protección de derechos humanos para la defensa de los derechos de niños y niñas (también ciertamente del Comité de Derechos del Niño de Ginebra). Las normas existen desde hace muchas décadas, pero además hoy se cuenta con interpretaciones que se han hecho sobre esas normas, aporte fundamental porque en muchos casos se trata de disposiciones bastante genéricas y ambiguas.

**VIII.** A los fines de que esta presentación esté completa, voy a repasar brevemente los hitos del sistema interamericano en el proceso que se relata.

11 Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C n° 112.

12 Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, *op. cit.*

VIII. 1. La primera sentencia que se emitió sobre la cuestión de los derechos humanos de la niñez contenida en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 fue la sentencia de fondo en el caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala”<sup>13</sup>. Esta sentencia tuvo lugar treinta años después de aprobada la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Nadie había litigado en el sistema un caso sobre la base del artículo 19 de ese tratado (medidas especiales de protección a los niños por su condición de tales), más allá de que fuera invocado en algunas resoluciones e informes previos de la Comisión Interamericana<sup>14</sup>.

Aquí hubo una estrategia, una voluntad de tener un caso sobre “niños” (advértase que además del nombre de las partes el caso tiene sobrenombre). Se lo quería presentar como un caso de niños para que la Corte se pronunciara expresamente sobre el artículo 19 de la CADH.

El asunto básicamente trata de los vejámenes, torturas y asesinatos de los que fueron víctimas muchachos mayores y menores de 18 años. Recuerda episodios que lamentablemente tienen lugar con cierta periodicidad en países latinoamericanos, en particular en América Central.

Desde el punto de vista fenomenológico las víctimas no eran “niños de la calle” o lo que en América Latina se considera un “niño de la calle”<sup>15</sup>. Sin

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Ver, entre otros, el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, OEA/Serv.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1 del 29 de septiembre de 1997; el Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Serv.L/V/II.102, Doc. 29 rev. 1 del 29 de septiembre de 1997. También el Cuarto Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala donde se menciona el caso seguido por la muerte del joven Anstrum Villagrán Morales, si bien no contiene una referencia específica al art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en OEA/Serv.L/V/II.83, Doc. 16 rev. 1 de junio 1993. Hay, no obstante, informes de país sobre la situación de los derechos de los niños que no mencionan el art. 19 de la Convención Americana (por ejemplo, el informe sobre la República Dominicana de 1999).

Por otro lado, el Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado invoca el art. VII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que establece las medidas especiales de protección para los niños en OEA/Serv.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000.

<sup>15</sup> Hace quince años aproximadamente, el fenómeno del “niño de la calle” como problema originado en los años ochenta se estaba transformando desde el punto de vista conceptual. El “niño de la calle” como construcción problemática estaba desapareciendo y comenzaba a instalar un enfoque orientado a deconstruir al “niño de la calle” como un niño que, eventualmente, como cualquier otro niño sobre todo perteneciente a sectores en situación de desventaja social y económica, puede

embargo, más allá del dato fenomenológico o perceptivo, se construyó y litigó el caso para exigir al sistema que se pronunciara sobre el artículo 19 de la CADH ya no tan joven, de más de treinta años. ¿Qué mejor caso que uno que tuviera por protagonistas a personas que, técnicamente, legalmente eran niños, conforme la CDN?<sup>16</sup> Así se litigó este caso gracias al buen criterio de dos organizaciones que pertenecían a dos ámbitos entonces bien diferenciados: la que fue, por años, la principal institución especializada en litigio ante el sistema interamericano (CEJIL) y una organización muy importante de atención directa a niños en América Central (Casa Alianza). Fue un consorcio muy fructífero. Si bien la idea de protección a la niñez estaba instalada, por primera vez se interpretó el artículo del tratado de derechos humanos regional más importante que establece que los niños tienen derecho a medidas especiales de protección. La sentencia reconoce que los Estados latinoamericanos tienen el deber de asegurar estas medidas. Desde este punto de vista, el intento por dar visibilidad al artículo 19 de la Convención Americana resultó fundamental en lo que tiene que ver con litigio estratégico en cuestiones de promoción y defensa de los derechos humanos de la niñez<sup>17</sup>.

i. La importancia de la sentencia de fondo en el caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala” –más allá del acto de justicia extraordinario que significó–, radica entre otros factores, en la afirmación fuerte (al estar contenida en una sentencia de un tribunal internacional) de que los niños tienen derecho a medidas especiales de protección en América Latina. La Corte Interamericana de Derechos Humanos está defendiendo la idea de especialidad, de protección especial; pero no en la concepción del tutelarismo clásico de

---

tener dificultades con el ejercicio de sus derechos (a la salud, a la educación, etc.). Esto es lo que de forma simplificada se conoce como “enfoque de derechos”. Por eso llama la atención el énfasis del caso en reivindicar la categoría de “niños de la calle”. Actualmente, en Europa tiene lugar un proceso inverso. Se está reconceptualizando la cuestión de los niños que viven en las calles a partir de lo que se conoce como el fenómeno de las “poblaciones callejeras”. Este enfoque curiosamente parece mucho más cercano al caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala que el superado de los “niños de la calle”.

16 Cf. art. 1, CDN: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

17 Un análisis de esta sentencia se encuentra Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, cap. III, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

especialidad como autonomía científica. La Corte Interamericana defiende la *especialidad en el sentido de que el niño tiene protección adicional a la que las leyes aseguran a todas las personas en general*. Esto representa para mí (y para la Corte Interamericana de Derechos Humanos) el artículo 19 de la Convención Americana. De allí se desprenden todos los deberes de prestación positiva del Estado respecto a la infancia, en particular en materia de derechos de tercera generación que no han sido aún considerados en sentido fuerte en el proceso que vengo relatando.

ii. El segundo estándar importante de esta sentencia muy relacionado con lo anterior está contenido en el párrafo 144 dentro del capítulo referido al derecho a la vida. Allí la Corte Interamericana fija un estándar trascendental. Dice que el derecho a la vida no sólo debe ser interpretado en la forma liberal clásica (los Estados deben abstenerse de interferir y de privar a sus habitantes arbitrariamente de la vida –por ejemplo, está prohibida la pena de muerte–), sino que agrega que los Estados están obligados –tienen un deber de prestación positiva– a *garantizar la vida en condiciones dignas*. En otras palabras, *garantizar las condiciones que permitan vidas dignas de ser vividas*.

Este párrafo es estremecedor y, a la vez, de una potencialidad poco habitual en decisiones del sistema. En este sentido llama poderosamente la atención que no se haya desarrollado una línea de litigio estratégico sobre la base de este estándar. Es extraordinario que una sentencia internacional establezca que los Estados están obligados a garantizar condiciones para permitir vidas dignas; pero la sentencia no determinó cómo se pone contenido a “vida digna” ni cuáles son esas condiciones. Es un enorme avance jurídico-cultural complementario y superador del enfoque sólo concentrado en la responsabilidad internacional del Estado por violación del derecho a la vida en los casos en los que agentes estatales privaban arbitrariamente de la vida a los habitantes (tema del que centralmente trata el caso en análisis).

Esta sentencia tiene ya diez años: ¿De quién es la responsabilidad de no haber exigido que la Corte Interamericana ponga contenido cierto a este deber de prestaciones positivas dirigido a garantizar “condiciones para una vida digna”? En este punto vuelve a ser un dato llamativo el hecho de que el litigio estratégico ante el sistema interamericano de derechos humanos haya

priorizado las cuestiones relacionadas con los adolescentes infractores respecto de otros temas de protección derechos humanos de niños y niñas.

iii. El tercer punto central en la sentencia del caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala” que se comenta está contenido en el párrafo 194. Desde el punto de vista jurídico es el párrafo más importante. Aquí por primera vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la aplicación de una regla de derecho internacional, resolvió que en el sistema regional se pueden interpretar tratados del sistema universal. Si bien es una regla de enorme complejidad (porque el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana es un acto soberano expreso y está limitado por la CADH) su incorporación al sistema es un avance fuera de serie porque permite incorporar un tratado del sistema universal íntegramente dedicado a la niñez al sistema interamericano de protección de derechos humanos que no cuenta con muchos artículos que regulen específicamente el tema; en rigor, sólo uno en la CADH: el artículo 19, el artículo VII de la Declaración Americana y el artículo 16 del Protocolo de San Salvador.

Concretamente la Corte Interamericana dijo que para saber qué significan las “medidas especiales de protección” a un niño derivadas del artículo 19 de la CADH es preciso recurrir al amplio *corpus juris* universal de protección de derechos de la niñez, por excelencia la Convención sobre los Derechos del Niño. No restringió la interpretación del artículo 19 que enmarcaba el caso sólo en las normas del sistema, sino que la amplió a todas las normas internacionales útiles para defender los derechos humanos de la niñez. Definitivamente es un logro muy importante. De todos modos, el problema radica en que, sentado lo anterior, cuando la Corte Interamericana intentó poner contenido a la Convención sobre Derechos del Niño (bastante genérica y vaga en muchos aspectos) simplemente transcribió los artículos, sin interpretarlos.

iv. Para concluir con los temas importantes derivados del caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala” debe destacarse la sentencia de reparaciones, donde la Corte fijó algunos criterios que trascendieron el de la reparación meramente económica e ingresaron en un plano de reparación simbólica. Como ejemplo puede citarse el de poner los nombres de las víctimas a la escuela más cercana al lugar donde ocurrieron los hechos.

Las sentencias de este caso no son un producto jurídico complejo, con argumentos sofisticados ni con desarrollos argumentales memorables, y superponen argumentos relacionados con la protección a la niñez (deberes de prestación positiva del Estado) con libertades negativas y garantías procesales; sin embargo, el caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala” estableció, por primera vez, una relación de integración entre el sistema regional y el universal en materia de protección de derechos humanos de la niñez y fijó criterios muy importantes para la defensa de los derechos humanos de la niñez.

La referencia a estándares en materia de justicia juvenil no agregó nada nuevo ya que a esa altura éstos estaban fuera de discusión –teórica– en el continente y habían sido incorporados por gran parte de las legislaciones latinoamericanas en la materia. Tampoco respondió esta sentencia a la pregunta que todos se hacían desde entonces: ¿Cómo se protege a los niños –sobre todo a los más desaventajados–, una vez que se reemplaza legislativamente el sistema tutelar clásico?

VIII. 2. A partir de esta dificultad en la competencia contenciosa de la Corte basada de la falta de definición del concreto contenido de la protección a la niñez surgió la idea de pedir al Tribunal, en su competencia consultiva, que definiera cuáles eran los límites del paternalismo justificado<sup>18</sup> hacia la niñez en América Latina. Ésa es la pregunta que originalmente motivó la Opinión Consultiva n° 17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, si bien el desarrollo del proceso de consulta y emisión de la decisión derivó luego hacia otro camino más centrado en la cuestión de la justicia juvenil –lo que, por otro lado, verifica la afirmación precedente relacionada con la forma en la que los temas relacionados con los menores de edad y el delito han absorbido toda la agenda relacionada con la protección y defensa de los derechos humanos de la niñez en general–.

Lo que está detrás de esa pregunta es el tipo de Estado que puede sostener y dar cumplimiento a los tratados de derechos humanos relacionados con la niñez. Un modelo sólo concentrado en derechos y garantías de ciudadanía entendida de la forma clásica responde a un modelo de Estado liberal

18 Garzón Valdés, Ernesto, “¿Es éticamente justificado el paternalismo jurídico?”, en *Doxa*, n° 5, 1988, pp. 155-173.

o gendarme<sup>19</sup> sólo preocupado por el deber de no interferir ni dañar (libertades negativas en la formulación de Berlín<sup>20</sup>). Un enfoque del caso “Villa-grán Morales vs. Guatemala” o de la Opinión Consultiva n° 17 podría haber respondido a esta idea: asociar marginalidad y pobreza con delincuencia y discutir los alcances de las garantías procesales para los menores de 18 años de edad; sin embargo, la Corte Interamericana esboza un enfoque superador que, como se planteó, ingresa en los deberes de prestación positiva de los Estados latinoamericanos y sienta las bases para preguntarse: ¿Qué modelo de Estado debe existir en América Latina de conformidad con las exigencias de los tratados de derechos humanos de la niñez? ¿Un modelo de Estado más cercano a la órbita anglosajona o más de tipo social-democrático característico de la Europa continental, de donde en definitiva deriva nuestra herencia política y jurídico-cultural?

Una lectura integral de los tratados de derechos humanos en cuanto se refieren a la protección de la niñez destaca claramente la necesidad de que el Estado trascienda su papel de gendarme y avance con políticas sociales concretas sobre grupos que requieren protección especial. Los tratados definitivamente autorizan una cuota de paternalismo hacia la infancia, pero ¿cuánta?, ¿cuál es el paternalismo justificado frente a la infancia en el continente?, ¿con qué límites?, ¿cómo se implementa?, ¿por qué poder del Estado?

Desde hace tiempo es claro que el paternalismo del modelo tutelar clásico no estaba justificado porque privaba de garantías fundamentales, de primera generación, a niños y jóvenes; pero la alternativa en el derecho internacional de los derechos humanos no es un enfoque liberal que haga de cuenta que los niños son adultos<sup>21</sup>. El derecho internacional de los derechos humanos asume un Estado con intensos deberes de prestación positiva hacia la niñez (paternalismo justificado). En definitiva, cuáles son entonces los deberes de prestación positiva que los Estados latinoamericanos tienen respecto de la infancia y qué límites se tienen que autoimponer cuando cumplen con esas

19 Nozick, Robert, *Anarquía, estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

20 Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1998.

21 Parafraseo la frase de Massimo Pavarini y Matilde Beti al analizar críticamente el proceso de desmanicomialización que tuvo lugar en Italia en los años ochenta cuando afirman: “Hicimos de cuenta que los locos estaban cuerdos”, en Pavarini, Massimo y Beti, Matilde, “La tutela social de la locura. Notas teóricas sobre la ciencia y la práctica psiquiátricas frente a las nuevas estrategias de control social”, en *Delito y Sociedad*, Buenos Aires, año 8, n° 13, 1999, pp. 93-112.



prestaciones positivas fueron las preguntas que condujeron, originalmente, a la Opinión Consultiva n° 17.

Las complejidades de estos procesos determinaron que el pedido que finalmente formulara la Comisión Interamericana se distanciara de esta precisa inquietud inicial y quedara como una petición bastante confusa de aspectos mayormente penales con aspectos de protección en una medida menor. Como consecuencia de ese pedido que no logró remontarse a lo largo del trámite ni siquiera por los aportes de los otros participantes en el proceso, la Opinión Consultiva n° 17 básicamente es un texto referido a la cuestión penal de los menores de edad, que reitera estándares ya consagrados y reconocidos en el derecho interno de gran parte de los países, que no agrega ningún criterio nuevo y, por lo contrario, a algunos fuera de discusión los presenta de forma confusa o lo que es aún más grave, los debilita<sup>22</sup>.

La Opinión Consultiva n° 17 es un texto jurídicamente pobre; ha tenido no obstante una enorme fuerza política –con un buen resultado–, casi mítica y comparable con el impacto de la CDN en América Latina. En términos ideales habría sido mejor, desde el punto de vista jurídico, esperar un pedido mejor formulado<sup>23</sup>; pero eso es historia ficción. La Corte Interamericana, por amplia mayoría, consideró necesario pronunciarse sobre el tema. Por eso su valor es más político que jurídico; más aún, para sorpresa de un positivista lógico, su invocación provoca resultados casi por un efecto mágico. Se la hace decir más o menos lo que cada uno quiere que diga por lo que se la puede invocar genéricamente para sostener posiciones de lo más diversas. Por eso ahora es bastante frecuente leer sentencias que citan a la Convención sobre Derechos del Niño, al interés superior del niño y a la Opinión Consultiva n° 17 sin ningún análisis, como si todas estas herramientas normativas de diferente rango fueran lo mismo y no requirieran explicaciones o desarrollos específicos. Las mismas conclusiones a las que anteriormente se arribaba con menos invocación normativa, ahora son sostenidas con mayor mención de normas, pero sin modificar o derivar razonablemente de los supuestos del caso algunas conclusiones en función de los nuevos elementos jurídicos que se incorporan al sistema legal.

22 Ver, sobre el punto, Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, cap. IV, *op. cit.*

23 El voto del juez Jackmann que rechazó el pedido demuestra estas deficiencias.

La Opinión Consultiva n° 17 intentó resolver un problema complejo, pero no lo logró probablemente por una dificultad que trasciende al Tribunal y lo meramente jurídico. Me parece que el hecho de que no lo haya resuelto no fue sólo una dificultad del tribunal, sino el reflejo de un obstáculo cultural que existe en América Latina: *no sabemos cómo se hace para proteger a un niño –particularmente al que está en seria desventaja familiar y social– en un sentido diferente al tutelar clásico*. Frente a la falta de definición del contenido concreto de la protección especial de la niñez, del contenido concreto de sus derechos, todos pierden. Pierde el Estado porque no tiene claridad sobre qué es lo que va a proteger ni cómo, y pierde la sociedad civil porque no sabe qué ni cómo exigirle al Estado que haga lo que debe hacer.

Esto nos lleva al punto inicial relacionado con el reduccionismo legal-penal característico de este proceso latinoamericano de incorporación de tratados de derechos humanos de la niñez al derecho interno. Los juristas no están entrenados para poner contenido a la protección especial, más allá de las intuiciones correctas que cualquier persona pueda tener sobre el tema. El contenido de la protección –ya sea para definir una política pública o bien para definir el contenido concreto de una sentencia que ordena proteger a un niño–, debe ser desarrollado por disciplinas no jurídicas relacionadas con la intervención psico-social, aquellas a las que en portugués se alude con la expresión *pedagogia*<sup>24</sup>.

Quizá por la concentración de la discusión en cuestiones legales no se ha dedicado tiempo a pensar la reconstrucción de la protección desde todos los otros puntos de vista de las diferentes disciplinas no jurídicas. Hay muchos especialistas talentosos en la región preparados y dispuestos a trabajar en este tema, pero en general no son convocados a las reuniones sobre “derechos del niño”. Si se organiza una reunión sobre educación, van los expertos en educación; si se organiza una reunión sobre temas de salud, asisten los expertos en salud; pero en las reuniones de protección a la niñez nos reunimos los especialistas “en derechos del niño”. Parece una profecía autocumplida que perpetúa el autismo autoinducido del derecho tutelar de menores pero en lenguaje de derechos humanos. Si en las reuniones sobre “niños” participan expertos en educación, salud, urbanismo, economía, derecho, etcétera,

24 Gomes da Costa, *Pedagogía de la presencia*, Losada, Buenos Aires, 1997.

quizá se quebraría esta característica autorreferencial de los especialistas en infancia que tantos problemas trajo al tutelarismo clásico (¡y a los niños!).

La razón adicional a la ya explicada es que el complejo tutelar, por su encuadre etiológico-positivista, no se preocupaba por la legalidad de sus intervenciones. La idea de que era preciso “legalizar” el tema permitía considerar que ello resolvería los problemas (si la ley tutelar los crea por estar al margen de las garantías, si se la cambia los problemas se resolverán); pero no se pensó o bien no se concentró suficientemente la energía en cómo renovar a todas las otras disciplinas desde un enfoque centrado en la promoción de los derechos de niños y niñas. Por eso es muy frecuente en nuestros países, por ejemplo, que cuando un juez ordena una medida para un joven adicto a la pasta base (problema, al igual que el de las pandillas, que hace diez años no tenía en la región ni remotamente las dimensiones que tiene hoy), se desconoce cómo abordarlo eficientemente con un enfoque nuevo desde el ámbito público y, a la larga, se genere una dinámica de no intervención con una retórica de respeto a la autonomía y a los derechos del niño o niña.

**VIII. 3.** La siguiente sentencia de la Corte Interamericana que debe ser mencionada es “Instituto de Rehabilitación del Menor vs. Paraguay”<sup>25</sup> –caso conocido como “Panchito López”–, emitida luego de más de diez años de ocurridos los hechos que originaron el litigio.

Se trata de un caso directamente relacionado con la justicia juvenil, de menores de edad detenidos en condiciones deplorables en un establecimiento de la ciudad de Asunción. “Panchito López” era conocido en toda América Latina por sus lamentables características. La sentencia llegó después de varios intentos fallidos de soluciones amistosas (un procedimiento que el sistema tiene para no llegar a la condena al Estado) probablemente por varios incendios que hubo y que provocaron la muerte de varios jóvenes allí alojados.

La sentencia condenó a Paraguay como responsable de la violación de una cantidad de derechos, entre otros del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y sostiene que el deber de prestación positiva que la Corte Interamericana había establecido en “Villagrán Morales y

---

25 Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”, *op. cit.*

otros vs. Guatemala” se acentúa respecto de niños que están bajo la custodia del Estado –regla general de la jurisprudencia del sistema– y además que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad como quienes estaban detenidos en “Panchito López”. De alguna forma, esa Corte crea un sistema que agrega niveles de protección especial, como las capas de una cebolla si se me permite la metáfora<sup>26</sup>.

Para concluir con este caso debe mencionarse que a pesar de que ha pasado bastante tiempo desde el dictado de la sentencia, sorprendentemente todavía se encuentran en proceso de pago las reparaciones pecuniarias.

Nótese hasta ahora cómo el sistema interamericano trata con gran preocupación la cuestión penal juvenil: “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala” se litiga como un caso relacionado con la justicia penal de menores y “Panchito López” es claramente un caso penal: se trata de menores de edad privados de la libertad.

**VIII.** 4. Luego se emite una sentencia en el “Caso de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico vs. República Dominicana”<sup>27</sup>, conocido como caso de las niñas haitiano-dominicanas. Fue planteado por una clínica legal<sup>28</sup> de los Estados Unidos y ello probablemente haya influido en las diferentes características del caso respecto de los presentados hasta ese momento por litigantes latinoamericanos. Fue el primer asunto resuelto con una sentencia que incorporó al sistema una agenda diferente que rompió con la centralidad de lo penal juvenil en el reclamo por los derechos humanos de niños y jóvenes en el sistema interamericano.

El caso se relaciona con los conocidos problemas de discriminación de la población haitiana en la República Dominicana que aquí se tradujo en la

26 En otras palabras, la Corte estaría afirmando, en este caso, que el deber de protección especial de un Estado hacia un niño que no está en situación de desventaja social en el continente es menor que el que tiene respecto de un niño marginalizado y que, además, se encuentra bajo la custodia del Estado.

27 Corte IDH, Caso “Niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico vs. República Dominicana”. Interpretación de la sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (art. 67, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 23 de noviembre de 2006, Serie C, n° 156.

28 “*Legal clinic*” es el nombre que tienen los cursos de enseñanza práctica con casos reales en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos.

falta de inscripción, reconocimiento de nacionalidad, documentación, educación y también acceso a la salud de niñas de padres haitianos y madres dominicanas. Es un caso orientado a que el Estado cumpla con sus obligaciones de prestación positiva respecto de estas niñas. Según el último informe del Comité de Ginebra sobre la República Dominicana existen algunos problemas con las reparaciones derivadas de la sentencia, sobre todo en lo relacionado con las reformas legales e institucionales que deben implementarse para resolver el tema de fondo.

**VIII.** 5. El último caso que mencionaré en este breve repaso se relaciona con las medidas provisionales adoptadas respecto de Brasil llamado “Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el *Complexo do Tatuapé* de la FEBEM”<sup>29</sup>. Es la primera vez que se hace lugar a una medida cautelar vinculada con derechos de la niñez y condiciones de detención. El proceso se encuentra en pleno trámite.

**VIII.** 6. Hay otros casos en los que niños y niñas son víctimas pero no han sido planteados como casos relacionados directamente con los alcances del artículo 19 de la CADH. De alguna manera, la Corte Interamericana ha cesado en su interés de poner contenido cierto a ese artículo, quizá consciente de las dificultades señaladas más arriba. A lo sumo se considera que se trata de una garantía transversal que agrega exigibilidad al resto de los derechos. En esta inteligencia no se trataría de un derecho específico, sino que la condición de ser niño agregaría exigibilidad a todos los derechos en general.

El enfoque actual de la jurisprudencia de la Corte Interamericana es caso por caso, por lo que quizá se pueda encontrar otro asunto que sí permita discutir específicamente los alcances de este artículo 19 de la CADH en función de todo el resto de normas internacionales de protección de derechos humanos de la niñez, que contribuya a vencer el profundo obstáculo cultural y conceptual que entraña.

<sup>29</sup> Resoluciones sobre medidas provisionales respecto de Brasil en el asunto de *los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complexo do Tatuapé” de la Fundação Casa*, de fechas 17 de noviembre de 2005, 30 de noviembre de 2005, 4 de julio de 2006, 3 de julio de 2007 y 10 de junio de 2008.

**IX.** Luego de este resumen respecto de cómo ingresa al sistema interamericano de protección de derechos humanos la cuestión de la protección de los derechos humanos de los niños junto con las normas del sistema universal me gustaría formular algunas conclusiones –sin pretensión de que se constituyan en certezas definitivas– relacionadas con la agenda de promoción y defensa de los derechos humanos de niños y niñas en el continente latinoamericano.

**IX.** 1. La primera cuestión se relaciona con la necesidad de que otras disciplinas ocupen el centro en las acciones vinculadas con la promoción, protección y garantía de los derechos fundamentales de la niñez en América Latina además de la jurídica, sobre la base de los argumentos enunciados más arriba.

En esta línea es una misión imposible pedir principalmente a los abogados que contribuyan a superar el legalismo punitivista que por momentos domina a nuestras sociedades. Creo que el proceso relatado en estas páginas lo demuestra cabalmente. Si se pretende superar ese enfoque es preciso que participen otros profesionales y otras disciplinas.

**IX.** 2. La segunda se relaciona con la necesidad de coordinar el trabajo y las agendas de las diferentes instituciones que pertenecen, en ocasiones, aun a la misma órbita institucional con el objetivo de optimizar recursos y conseguir resultados concretos. En definitiva, se trata de organismos públicos financiados por los Estados (incluido el Comité de Derechos del Niño de Ginebra) por lo que habría que aplicarles las reglas de *accountability*, transparencia y coordinación exigibles a organismos públicos en otras instancias.

En la OEA existe desde hace muchas décadas un instituto especializado dedicado a la protección de los derechos del niño. Se trata del Instituto Interamericano del Niño. A lo largo de todo el proceso al que me referí, el Instituto Interamericano del Niño perdió su visibilidad y su incidencia en la región, básicamente por la crisis del modelo tutelar que históricamente había guiado su agenda. El proceso de pérdida de identidad institucional que

implicó una pérdida de espacio fue lógicamente ocupado por el organismo rector en materia de derechos humanos de la región.

En particular y con el sentido que se viene desarrollando –aplicación de estándares internacionales–, el artículo 19 de la CADH no guiaba la agenda del Instituto Interamericano del Niño. El Instituto tenía un enfoque diferente al de los tratados de derechos humanos; básicamente, se trataba de una agenda vinculada al minorismo clásico y, desde el punto de vista del derecho internacional, preocupada por temas de derecho internacional privado. De hecho, existen cuatro tratados de derecho internacional privado en los que el Instituto Interamericano del Niño intervino en la década de los ochenta<sup>30</sup>. En esos años no se conectó la discusión de estas normas de niños del derecho internacional privado con el proceso que se estaba dando de incorporación de la Convención sobre Derechos del Niño al derecho latinoamericano.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con el tema en análisis –la definición de estrategias para mejorar el respeto de los estándares de protección a la niñez en el continente–, la función específica de la Comisión Interamericana dentro del sistema de protección es el aseguramiento de justicia en los casos en los que no se la haya obtenido por otros medios a nivel local. Dentro de la gran agenda de promoción y defensa de los derechos humanos de la mencionada Comisión, el sentido principal y característico del sistema interamericano de protección de derechos humanos es el litigio mediante peticiones individuales; no es la definición de políticas ni el poner contenido a la protección especial de la niñez.

Desde este punto de vista, en un intento por ordenar la cuestión de los deberes de prestación positiva del Estado y las cuestiones que tienen que ver con garantías liberales clásicas (como las procesales) ambas instancias en la OEA tendrían que coordinar actividades (IIN y CIDH): la CIDH con el enfoque más legal de litigio y el IIN con un enfoque más interdisciplinario. Ello requiere también un nuevo diseño de las Relatorías temáticas de la

---

30 La Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores fue aprobada el 24 de mayo de 1984 y entró en vigor el 26 de mayo de 1988; la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores fue aprobada el 15 de julio de 1989 y entró en vigor el 4 de noviembre de 1994; la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias fue aprobada el 15 de julio de 1989 y entró en vigor el 6 de marzo de 1996; y la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores fue aprobada el 18 de marzo de 1994 y entró en vigor el 15 de agosto de 1997.

Comisión –en este caso de la Relatoría de la Niñez–, cuyo funcionamiento depende de proyectos específicos del mismo modo que las ONG y parcialmente el IIN (todos en competencia por los mismos escasos recursos). Este diseño institucional se asemeja a una ecuación en la que todos pierden, motivo por el que sería muy importante, tanto a nivel regional gubernamental cuanto de la sociedad civil, un acuerdo programático y estratégico sobre las incumbencias de cada actor involucrado –estatal, regional, internacional y no gubernamental– para que cada institución pueda –sin superponerse–, insistir, requerir, reclamar y trabajar en lo mejor que tiene para dar a los niños, niñas y adolescentes de la región.

En este tema el papel que las coaliciones no gubernamentales de protección de derechos humanos de niños y niñas pueden cumplir para que la aludida articulación y coordinación entre los diferentes organismos del sistema sea exitosa es crítico, en la medida en que las organizaciones de la sociedad civil son en gran medida reguladores de la demanda y deciden la agenda de los organismos. Del mismo modo lo es respecto de la debilidad basada en los mecanismos de designación de integrantes de estos cuerpos internacionales. Las coaliciones cumplen un papel crítico en exigir que sean verdaderos expertos los que ocupen estos lugares –además de las razones obvias relacionadas con la mejor calidad del trabajo resultante– de modo de contribuir al fortalecimiento del valor simbólico de estas instituciones y sus miembros.

**IX. 3.** Otro tema importante se relaciona con el tiempo del sistema y de los niños.

Hace unos años se ha comenzado a plantear en algunos talleres la cuestión de la utilización de las medidas cautelares del sistema en casos que involucran derechos de niños<sup>31</sup>. Ésta sería una alternativa al litigio mediante peticiones individuales más eficiente cuando se trata de estos derechos por el efecto inmediato que las caracteriza. El litigio de casos en el sistema interamericano lleva mucho tiempo; es muy lento y es razonable que así sea porque se supone que antes deben haberse agotado los recursos internos del país demandado. Si no hay una situación de excepción, en los estados democrá-

31 Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, cap. V, *op. cit.*



ticos es razonable el procedimiento que reclama que se cumplan todas las etapas del proceso que implican que transcurra mucho tiempo hasta que el caso llegue al sistema regional.

Éste es uno de los temas en el que más claramente se puede percibir la especificidad de la niñez como sujeto diferenciado de un adulto. El tiempo es diferente para unos y para otros. No es lo mismo un año en la vida de un niño de 14 o de 16 como quizá sí lo es en un adulto de 40 ó 50. Territorio de la subjetividad y de la sensibilidad, el tiempo da sentido concreto a la idea de protección especial de la niñez, de considerar que los niños son niños. Más allá de los eventuales narcisismos, intereses políticos o agendas circunstanciales, un uso del sistema que se tome en serio la protección especial a la niñez debe preocuparse por utilizar alternativas a la vía lenta (peticiones individuales).

Desde este punto de vista, el litigio de caso es casi contra-intuitivo respecto de la condición de ser un niño porque el efecto que va a tener –de llegarse a una sentencia– va a ser para un adulto.

Por eso es preciso imaginar otras formas de usar el sistema –aun desde el punto de vista legal– tales como las medidas cautelares de la Comisión o eventualmente de la Corte Interamericana. La Comisión Interamericana puede adoptar medidas cautelares: “En caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible... para evitar daños irreparables a las personas”<sup>32</sup>. Estas medidas son algo diferentes de las medidas cautelares que puede adoptar la Corte Interamericana, llamadas medidas provisionales. Éstas consisten en que en “cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención”. Si se trata de asuntos aún no sometidos a su conocimiento, “la Corte podrá actuar a solicitud de la Comisión” y si los casos ya se encuentran en conocimiento de la Corte, “las víctimas o las presuntas víctimas, sus familiares o

32 Conforme el art. 25 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Aprobado por la Comisión en su 109º período extraordinario de sesiones, celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000, y modificado por última vez su 132º período ordinario de sesiones, celebrado del 17 al 25 de julio de 2008.

sus representantes debidamente acreditados, podrán presentar directamente a ésta una solicitud de medidas provisionales en relación con los referidos casos”<sup>33</sup>.

Sobre el uso de estas medidas por la Comisión se ha comenzado a discutir bastante ya que, hasta hace poco tiempo, la regla era que se utilizara con frecuencia para casos relacionados con libertades civiles, por ejemplo de periodistas amenazados, pero que se rechazara respecto de pedidos vinculados con derechos económicos, sociales y culturales aunque la víctima fuera un niño (por ejemplo, un caso de riesgo de vida por falta de un tratamiento médico en los servicios públicos de un país). La razón por la que en general no se admiten estos pedidos de medidas cautelares se relaciona con la delgada línea que separa a este tipo de medidas y la injerencia directa en las políticas públicas de los Estados vedada al sistema. A ello se suma la creencia de que estos pedidos generarían un efecto catarata y un saturamiento y posterior debilitamiento general del sistema por usarlo “para todo”.

Existen otras alternativas en el “menú de opciones” del sistema que se están utilizando recientemente en cuestiones vinculadas con derechos de niños y niñas como las visitas *in loco* y las audiencias temáticas. El impacto de la utilización de estas herramientas es muy difícil de determinar<sup>34</sup>.

33 Conforme el art. 25 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su LXI período ordinario de sesiones celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003.

34 Es complejo estimar para cuánto sirve una audiencia o una visita *in loco*. Las audiencias son muy complicadas de preparar, involucran a muchísimos actores, demoran mucho tiempo y duran unos minutos. Actualmente hay mucho entusiasmo con las audiencias pero en rigor se hacen presentaciones que podrían remitirse por escrito, compiten entre sí diferentes actores por tener un espacio que en definitiva todos merecen para ser oídos (por tomar sólo un ejemplo véase el caso reciente de México con los diferentes pedidos de diferentes organizaciones por diversos problemas vinculados con violaciones a derechos humanos en el país: ¿con qué reglas priorizar los pedidos o quién debe tener audiencia en detrimento de otra solicitud? Casos generales de violaciones sistemáticas de derechos humanos de una población pueden involucrar también a niños.

Me da la impresión de que el gran entusiasmo que se percibe en este momento con esta modalidad es un poco desproporcionado y que el cálculo costo-beneficio no cierra bien en estos casos. Quizás habría que pensar en otras instancias más económicas tales como conferencias virtuales y ciertamente explorar las potencialidades de las visitas *in loco* al aprovechar los desplazamientos de los comisionados a los países.

**IX.** 4. A fin de poner contenido concreto al artículo 19 de la CADH de modo de saber cuál es el alcance legal de la protección de niños y niñas en el continente un litigio estratégico en casos de derechos económicos, sociales y culturales muy específicos por cierto enriquecería considerablemente el sistema<sup>35</sup>.

Esto nos conduce a otro tema: el del reclamo de DESC de niños ante el sistema. Podría construirse un argumento sobre la base de reconocer la objeción recién planteada del siguiente modo: es razonable una posición restrictiva del sistema interamericano en materia de DESC en general, pero la regla que establece el derecho a protección especial de niños habilita una excepción. De este modo se establecería una diferencia con el estándar que se usa con adultos; caso contrario, aplicar la misma regla para adultos y para niños vaciaría de contenido la regla de protección especial (adicional) prevista por el “amplio *corpus juris*” internacional de protección de derechos humanos de la niñez.

Esta tarea se facilita con el tratado adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos conocido como Protocolo de San Salvador, que es una convención adicional sobre derechos económicos, sociales y culturales. En ese tratado hay algunos derechos con los que se puede también litigar ante el sistema y uno de esos derechos es el derecho a la educación, derecho de niños por excelencia. También podría utilizarse la Convención de *Belém do Pará* cuando se trate de niñas.

Quizá como efecto espejo del reduccionismo legal y penal de las reformas latinoamericanas en temas relacionados con los derechos de la niñez antes mencionados, el litigio ante el sistema se ha concentrado, directa o indirectamente, en la justicia juvenil. Por ello una forma de completar esta agenda liberal clásica con un enfoque orientado a la exigencia de los deberes de prestación positiva a los que los Estados latinoamericanos están obligados por los tratados requiere inteligencia estratégica e institucional para superar un tipo de utilización del sistema que podría, más allá del acto absoluto de jus-

35 Por las razones expuestas sumadas a la centralidad que los temas de seguridad tienen en las agendas políticas de los países del continente, en la pasada década desde los organismos internacionales se dio una alta prioridad a la reforma del sistema juvenil penal y poca prioridad a la institucionalización de los mecanismos de defensa de los derechos de la infancia. Como se señaló antes, razones de principios exigen una inversión de esas prioridades, aun también para satisfacer exigencias relacionadas con la seguridad.

ticia que significan cada una de las sentencias que han recaído en los diferentes casos llevados al sistema, ser leído como un avance limitado en la promoción y defensa de los derechos humanos de los niños, en general y en sentido positivo (no lo que el Estado tiene que dejar de hacer para no interferir ni dañar, sino lo que tiene que hacer para generar las condiciones que permitan que los niños vivan vidas dignas de ser vividas, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Es preciso insistir en la generación de mensajes claros y mecanismos precisos para que los agentes estatales sepan lo que tienen que hacer para garantizar esos derechos que ya no hay duda de que están reconocidos.

En general y en ámbitos serios, ya no hay más debate conceptual ni jurídico en nuestros países respecto a cuáles deben ser los estándares referidos a la justicia juvenil, más allá de la eventual reacción represiva de endurecimiento de las leyes penales expresada en un reclamo de rebaja de edad de imputabilidad que sigue en el continente a hechos violentos perpetrados por jóvenes; sin embargo, hay muy pocos programas exitosos, sostenidos en el tiempo, eficientes en términos de reducción de la violencia y del reingreso de los jóvenes al sistema (especializado o ya penal general).

Por otro lado, debe señalarse que el litigio estratégico en general ha sido bastante pobre en relación con los derechos de niños y niñas, aun respecto de la cuestión penal juvenil. Que los estándares legales estén claros no significa que no se sigan violando derechos humanos de los adolescentes infractores de la ley penal del mismo modo como se violan los derechos de los adultos procesados o condenados con independencia de que no se discute cuáles derechos deben serles reconocidos frente a una imputación penal<sup>36</sup>. En rigor, luego de casi veinte años de reformas legales en América Latina hoy los sistemas penales juveniles tienen los mismos problemas que los sistemas penales de adultos, básicamente la distancia enorme entre la declaración retórica de derechos y garantías y su vigencia efectiva (falta de defensores o técnicamente deficientes, ausencia de programas, superpoblación en los centros de detención, etc.). Por

36 Se debe, de todos modos, insistir en el hecho de que a pesar de todas las reformas legales no fueron creados las instancias de verificación y exigibilidad de esos nuevos marcos jurídicos, lo que determina que niños, niñas y adolescentes continúen encerrados en condiciones deplorables, no tengan acceso real a un debido proceso, y los niños víctimas no sean tratados de una manera acorde a su dignidad y a sus derechos, etcétera.

eso ya no resulta necesario litigar para que se determine que un niño tiene derecho a un abogado defensor –todas las legislaciones lo reconocen expresamente–, sino ver qué se hace a nivel interno para asegurar que el chico tenga efectivamente un abogado defensor idóneo y adecuado. Más allá del valor de una sentencia que condena al Estado y establece reparaciones para la víctima (en el sentido kantiano de valor absoluto de la sentencia en este caso), desde una perspectiva estratégica deberían medirse costos y evaluar qué es más conveniente en cada situación concreta en particular.

**IX.** 5. Otro punto que debería considerarse es el de la concreción de políticas públicas orientadas a la restitución de los derechos de niños y niñas<sup>37</sup>.

No puedo desarrollar este punto que evidente y principalmente requiere de un enfoque no jurídico. Sólo voy a hacer un comentario respecto de la política criminal como política pública en su punto de contacto con la política social no represiva. Es preciso volver a debatir y concretar políticas preventivas. Hasta ahora de lo que se ha hablado es de lo que el Estado tiene/puede/debe hacer una vez que un joven cometió o se le imputa haber cometido un delito. Los penalistas se dedican a justificar y limitar esa reacción estatal. Como el tutelarismo focalizaba en la prevención, su desplazamiento implicó borrar la prevención de la agenda de temas relacionados con la protección de la niñez y la delincuencia juvenil. Por otro lado, su eliminación también implicó borrar –o en el mejor de los casos postergar– cualquier indagación teórica sobre los niños víctimas de delitos que requirieran protección especial como niños y como víctimas.

Debe reconocerse que la prevención fue un invento del positivismo al instalar la idea de que era importante intervenir antes de que se cometiera el delito. El problema fue el marco que sostuvo esa posición y las consiguientes políticas que se implementaron que tuvieron consecuencias terribles para la humanidad. No obstante, la idea no es desatinada a punto tal que todas las

---

<sup>37</sup> Sin dudas, haber logrado el estándar del párrafo 144 respecto de la “vida digna” en la sentencia del caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala” es parte de la riqueza del sistema; pero debería insistirse en el tipo de políticas públicas que los Estados deberían implementar para no solamente no violar los derechos sino restituirlos a aquellos que no los han vivido.

normas internacionales que tratan del tema priorizan el factor preventivo sobre los aspectos represivos. Por tanto, recuperar esa correcta intuición reconocida normativamente como base de una política criminal en materia de menores de edad y dotarla de un sentido diferente en un marco de promoción de derechos humanos de la infancia debería guiar el trabajo de los actores relevantes. Prevención debería ser leído hoy como garantía de derechos económicos, sociales y culturales de la niñez.

Algo parecido sucede con la idea de especialidad que también es preciso recrear. Se supone que los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos son sistemas especiales para niños pero en la práctica funcionan igual que los sistemas penales para adultos con excepción de las penas reducidas que se aplican y alguna opción adicional de solución procesal anticipada.

El tutelarismo clásico inventó la especialidad entendida como autonomía científica. Fue una intuición correcta sostener que los niños requieren de mayor protección que los adultos; de hecho, más allá de los excesos conocidos de este paternalismo injustificado, los tratados internacionales no abandonan una concepción paternalista sobre la infancia. Si no se preserva, profundiza y desarrolla la idea de especialidad y protección especial se corre el riesgo de repetir la experiencia estadounidense en el sentido de que el precio de las garantías liberales, procesales, sea el de ser tratado como un adulto (incluida hasta hace algunos años la pena de muerte)<sup>38</sup>.

En resumen, las ideas de prevención y especialidad fueron dos intuiciones correctas del tutelarismo positivista que hay que reinventar a partir de un enfoque actual e integral de protección de derechos humanos. En este sentido no puede pedirse al derecho penal que ponga contenido a estas ideas porque la disciplina opera sobre los límites y para limitar, no para poner contenido.

IX. 6. Por otro lado, deben tenerse presentes los riesgos que desarrolla Stanley Cohen en su libro extraordinario *Estados de negación*<sup>39</sup> respecto de la narrativa de derechos humanos: el de la banalización, el de la au-

38 Ver *supra* nota 20.

39 Cohen, Stanley, *States of Denial. Knowing about atrocities and suffering*, Polity Press, 2001; en español *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2005.

torreferencia y la fatiga de compasión. Recursos limitados de todo tipo exigen una definición precisa de los objetivos de litigar ante el sistema interamericano que condicionarán los casos que se litiguen; de otro modo se puede generar el efecto de banalizar la discusión de los derechos, de provocar el desgaste de los problemas y su empobrecimiento en la agenda del movimiento de derechos humanos en términos de visibilidad y relevancia, y el de contribuir al funcionamiento autorreferencial de la burocracia.

Otro problema de la relación entre objetivos y resultados es lo que podríamos llamar el efecto no deseado o “rebote” (*backlash*) del caso. Con algunas decisiones está ocurriendo en muchos países que generan un efecto completamente contrario al que se buscaba y que reafirma una concepción muy autoritaria. Hay un caso en Perú muy emblemático sobre este punto.

En cuestiones vinculadas con derechos económicos, sociales y culturales una sentencia podría significar una camisa de fuerza para avanzar en la agenda de los actores sociales sobre el tema. Este *corset* podría ser una variante del efecto *backlash*. ¿Cuánta presión pueden soportar el sistema y los Estados con un escenario de intenso litigio sobre derechos económicos, sociales y culturales? Por estas razones también el litigio estratégico tiene que considerar con inteligencia el contexto nacional y político.

**IX.** 7. Sobre el litigio estratégico me gustaría sólo problematizar el modelo estadounidense tal como es presentado en América Latina. Éste cautiva a muchos abogados en la región que lo incorporan acríticamente cuando ha sido muy criticado incluso por los propios profesores en los Estados Unidos. La forma en la que las jóvenes generaciones de los mejores abogados que hay en la región concentran toda su energía en el litigio estratégico es muy importante, pero me parece que no conduce necesariamente a transformaciones estructurales porque nuestros países no se transforman —por su historia y por sus características legales—, por decisión de los jueces. Nuestros países se transforman por decisiones de los actores políticos. Los jueces son actores políticos, pero con una incidencia muy pequeña comparada con la que tienen en el ámbito anglosajón.

Si se comparan las grandes transformaciones en la relación del derecho con la vida social en la Europa continental y en el mundo anglosajón, los

grandes cambios en temas críticos de la vida social en Europa continental se dieron por una discusión intensamente política en las legislaturas; no fueron debidas a decisiones de los tribunales, como ocurrió principalmente en los Estados Unidos. Curiosamente, como ya mencioné nuestra herencia jurídico-cultural es de la Europa continental por lo que debería considerarse realizar algunos ajustes al enfoque tradicional de la clínica legal estadounidense en los abordajes de problemas complejos de la región.

Desde este punto de vista no trasladar automáticamente el modelo estadounidense y utilizar instrumentalmente el litigio estratégico como herramienta política podría integrar un abordaje con mayor impacto en las prácticas sociales y en las políticas públicas.

**IX.** 8. Otro punto importante es qué se busca –en particular qué buscan las coaliciones de organizaciones de protección a la niñez– con el litigio ante el sistema interamericano. ¿Qué es lo que los litigantes quieren obtener con los casos que llevan ante el sistema interamericano?

Quizá debí haber planteado esta pregunta desde el principio, pero su desarrollo habría derivado hacia otros temas. En concreto la pregunta es si se litigan los casos como fines en sí mismos –en un sentido liberal kantiano, para obtener la justicia que no se obtuvo a nivel nacional–, o bien se litigan como medios para obtener fines diferentes: reformas legales o estructurales, cambios en el gobierno, políticas públicas, eventualmente reconocimiento, instalación de temas o de instituciones en el debate regional, por qué no también aunque suene algo cínico, financiamiento, etcétera.

Da la impresión de que muchas veces, cuando se discuten estos temas en ámbitos político-académicos, se superponen y confunden argumentos. Hay crítica y/o frustración cuando no se logra tal objetivo, pero en realidad cuando se litigó el caso se estaba buscando otro. Por ejemplo, se afirma que se ha agravado la situación de la violencia contra los jóvenes marginales en la región, en particular los asesinatos aún en países ya condenados por la Corte Interamericana como Guatemala (desde esta lógica, ¿para qué “habría servido” el caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala?”), que en la República Dominicana no se ha avanzado con el problema planteado por el caso de las niñas haitiano-dominicanas, etcétera; pero esa frustración por la



falta de impacto de los casos en la realidad de los países puede atribuirse al segundo objetivo (el litigio como medio para obtener reformas estructurales), no al primero, que sólo se vería frustrado si no se cumple con las sentencias en lo que atañe específicamente a las reparaciones a las víctimas.

Insisto en la importancia de que las víctimas obtengan sus sentencias reparatorias por un imperativo elemental de justicia: que un tribunal establezca que lo que sufrió fue injusto y que tiene derecho a una indemnización –más allá de que nunca reciba el dinero– tiene un valor extraordinario en términos de dignidad humana; pero, en términos de la vida social, los últimos veinte años de litigio ante el sistema demuestran que no es la sentencia lo que hace la diferencia. Allí lo que hace la diferencia, por lo menos en América Latina, es la política.

Surge así la posibilidad de pensar el litigio estratégico como una actividad paradójicamente menos legal y más política. Como abogada puedo pensar en los intereses de las partes que litigan y desde allí explorar cómo se construye un litigio más político, pero en rigor son los diferentes actores sociales que intervienen en estos procesos quienes deberían ponderar y definir qué es lo más conveniente en cada caso. No está demostrado en la historia del uso del sistema que una sentencia convenga más –para los intereses de los peticionantes– que un informe o que una audiencia. Hay que medir la conveniencia económica, el tiempo que insumen los casos, sobre todo desde la perspectiva de organizaciones con recursos materiales bastante limitados.

Por otro lado, el enfoque más instrumental y político conduce a la pregunta respecto de qué tipo de Estado se quiere construir en América Latina. Ésa es una pregunta que el sistema interamericano difícilmente pueda responder –por lo menos de manera abierta y directa. Para saber qué Estados se quieren o mejor aún, qué se quiere de los Estados, el enfoque tiene que ser bastante local, focalizado en las situaciones nacionales más que regionales<sup>40</sup>. Desde este punto de vista, la discusión debería ser nacional y los actores sociales a nivel interno deberían explorar cómo se articulan satisfactoriamente para producir resultados efectivos en la vida política de sus comunidades.

Retomo la cuestión de qué es lo que se busca del sistema porque son bien diferentes las estrategias y las acciones a implementar según lo que se

---

<sup>40</sup> A menudo se enfatiza en un enfoque exageradamente regional para responder preguntas que no pueden ser respondidas con ese enfoque, sino con uno mucho más acotado.

busque de un sistema de justicia supranacional. En ese sentido, tiene que haber una decisión consciente de qué es lo que se procura con un caso. Los abogados, por regla general, lo que buscan con los casos es o debería ser la justicia, la solución justa del caso (la mayoría de las veces nuestra imaginación es muy limitada como para poder pensar todo lo demás por eso es tan importante la participación de profesionales de otras disciplinas en esta discusión). ¡Cuánto no podría servir ese caso para otros fines, para satisfacer otros intereses públicos e igualmente legítimos! Por otro lado, se complica la cuestión desde un punto de vista ético con la instrumentalización ya no del caso sino de las víctimas que quizá no compartan la perspectiva más amplia y simplemente quieran la justicia que no obtuvieron en sus países.

Para concluir, sobre este tema me gustaría dejar la idea de que deberíamos estar muy atentos a evitar la instrumentalización de las víctimas cuando se litigan los casos, más allá de la instrumentalización del caso en el sentido antes aludido. Para ello se debe considerar primero y antes que nada la opinión del niño o eventualmente de su familia, y analizar si realmente en ese escenario lo que más conviene es llevar el caso al sistema; o bien se podría, con inteligencia estratégica y fuerza política, encontrar una solución más rápida, más cercana y más efectiva para la real vigencia de los derechos de ese niño singular.

X. Como cierre me gustaría recordar un episodio con ustedes que me permite reafirmar el valor moral y simbólico que tiene el sistema interamericano de protección de derechos humanos para las personas más desventajadas del continente, más allá de que, sin duda tanto desde el punto de vista técnico jurídico cuanto desde el punto de vista político pueden hacerse enormes críticas, como también se le pueden hacer al sistema universal.

El ejemplo es enormemente conmovedor.

Tuvimos el honor con Susana Villarán –entonces Relatora de la Niñez de la Comisión Interamericana– de ser invitadas al acto de reparaciones de la sentencia del caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala”. El Estado quería terminar la cuestión rápidamente, pero los peticionantes organizaron un acto público para dar cumplimiento a la sentencia en cuanto exigía que se denominara a una escuela cercana al lugar de los hechos con el nombre

de los niños víctimas en el caso junto con el nombre “Niños de la esperanza”. En esa reunión, el director de Casa Alianza tuvo un discurso memorable que no soy capaz de repetir porque no me han sido dadas sus dotes retóricas, pero sí voy a recordar algo que no tuvo tanta visibilidad y que fue tan conmovedor para nosotros como ese discurso, palabras que con el tiempo me siguen resonando y poniendo la piel de gallina. En un momento se nos acercó la hermana de una de las víctimas y nos dijo “tenían que venir ustedes de afuera para que nos trataran como gente”.

A mí me parece que esta idea tan básica de “ser tratado como gente” es suficientemente poderosa como para guiar las agendas de protección de derechos humanos de la niñez en general y, específicamente, de utilización del sistema interamericano para que éste pueda dar el máximo posible. Como toda burocracia, por mejor que sea, no va a autosuperarse si no es con la presión externa generada por la inteligencia, creatividad y compromiso verdadero con el disfrute efectivo por parte de los niños del continente de los derechos de los que son titulares, por parte de todos los usuarios actuales y potenciales del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

## La pensión de alimentos en las resoluciones judiciales ecuatorianas

Luis Pásara y Roque Albuja Ponce

---

### Sumario:

I. El conjunto de las resoluciones. II. La titularidad del derecho. III. Los obligados al pago de la pensión de alimentos. IV. Cálculo del monto de la pensión de alimentos. V. Razonamiento de la pensión. VI. Conclusiones.

---

El derecho de alimentos es un aporte indispensable al llamado desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes. Forma parte de los deberes que tienen los padres para con sus hijos<sup>1</sup> hasta los veintiún años de edad, y luego si no están en condiciones físicas y mentales de procurarse los medios para subsistir solos. Como se trata de una garantía de subsistencia, la ley asegura que exista un obligado a la satisfacción de la prestación alimentaria y para ello establece varios órdenes. Así, una obligación que por naturaleza corresponde a los padres, podría ser satisfecha por los hermanos, abuelos o tíos, si se verifica la

1 El Código de la Niñez y Adolescencia (CNyA) dispone en su artículo 102: “*Deberes específicos de los progenitores.- Los progenitores tienen el deber general de respetar, proteger y desarrollar los derechos y garantías de sus hijos e hijas, para este efecto están obligados a proveer lo adecuado para atender sus necesidades materiales, psicológicas, afectivas, espirituales e intelectuales, en la forma que establece este Código*”.

falta, impedimento o insuficiencia de recursos de los obligados principales o subsidiarios<sup>2</sup>.

El derecho de alimentos es una garantía de subsistencia para niño, niña o adolescente pero conlleva una garantía para el alimentante, consistente en que éste pueda cubrir el monto de la pensión de alimentos, en su caso fijada por el juez, de modo que quede resguardado tanto el derecho a la vida del alimentista como el derecho a la vida del obligado a la prestación. Por este motivo la legislación ecuatoriana –como otras en América Latina– ha establecido que los parámetros para el cálculo de la pensión son: las necesidades del alimentado (lo que incluye lo requerido tanto para satisfacer sus necesidades básicas como para cubrir las necesidades que se adecuan a su nivel de vida) y la capacidad económica del obligado<sup>3</sup>.

Hasta ahí lo que dice la ley, que es a menudo lo único que se enseña en las facultades de derecho. Pero el derecho es mucho más que la legislación, la doctrina y los principios del derecho. El derecho realmente existente es el que norma efectivamente la vida de las personas. Y, en cierta medida, esto supone mirar a lo que pasa en los juzgados del país y las prácticas que en los hechos rigen su actuación y la determinación, en este caso, de las pensiones de alimentos.

2 El CNyA dispone en su artículo 129: *“Obligados a la prestación de alimentos.- Están obligados a prestar alimentos para cubrir las necesidades de las personas mencionadas en el artículo anterior, en su orden:*

1. *El padre y la madre, aun en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad;*
2. *Los hermanos que hayan cumplido dieciocho años y no estén comprendidos en los casos de los numerales 2 y 3 del artículo anterior;*
3. *Los abuelos; y,*
4. *Los tíos.*

*Si hay más de una persona obligada a la prestación de alimentos, el Juez regulará la contribución de cada una en proporción a sus recursos. Solamente en casos de falta, impedimento o insuficiencia de recursos de los integrantes del grupo de parientes que corresponda, serán llamados en su orden, los del grupo siguiente, para compartir la obligación con los del grupo anterior o asumirla en su totalidad, según el caso.”*

3 El CNyA dispone en su artículo 135: *“Criterios para determinar el monto de la prestación.- Para establecer la cuantía y forma de prestación de los alimentos, el Juez deberá tomar en cuenta:*

1. *Las necesidades del beneficiario, y,*
2. *Las facultades del obligado, apreciadas en relación con sus ingresos ordinarios y extraordinarios y a los recursos presuntivos que se puedan colegir de su forma de vida.”*

A finales de 2009 se realizó una investigación patrocinada por Naciones Unidas y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que formó parte del proyecto para poner en marcha el Código Orgánico de la Función Judicial. Esa investigación sobre la calidad de las sentencias judiciales en Ecuador, trabajó con una muestra de 1.313 sentencias, obtenidas al azar en diez ciudades del país. De ellas, 340 correspondieron a asuntos de Niñez y Adolescencia iniciados en 2006. De este grupo, 185 decisiones judiciales –163 provenientes de juzgados y 32 correspondientes a salas de corte provincial– resolvieron asuntos planteados exclusivamente sobre pensiones alimenticias<sup>4</sup>; esto es, más de la mitad (54,41%) del subconjunto, lo que da idea de la gravitación de la cuestión de alimentos dentro de los tribunales especializados en niñez y adolescencia. Con esas 185 decisiones se realizó un análisis inicial, a partir de una ficha que registró determinada información y, luego, sobre aproximadamente la mitad de ellas (94), correspondientes a juzgados de las provincias de Loja, Azuay, El Oro, Guayas y Manabí, se procedió a realizar un examen de mayor profundidad. El presente artículo analiza lo que es la pensión de alimentos en el país, a partir de ambos tipos de análisis, efectuados sobre las resoluciones<sup>5</sup>.

## I. El conjunto de las resoluciones

Fortalezas y debilidades de las resoluciones en materia de pensiones alimenticias no difieren demasiado de las halladas en el conjunto de las sentencias que formaron parte de la muestra<sup>6</sup>. Esto significa que, por ejemplo, 45% de las resoluciones sobre asuntos de alimentos no establecían claramente cuáles eran los términos de la controversia en el caso; y que tres de cada diez no ubicaron el caso en los supuestos normativos pertinentes. Sin embargo, algunos problemas hallados en el conjunto de sentencias, aparecieron en las

4 En casos que no fueron incluidos en esta submuestra la pensión alimenticia es demandada conjuntamente con otro asunto (divorcio, tenencia del menor, etc.).

5 El análisis se llevó a cabo con la ley vigente en el momento en que se tramitaron las causas, esto es, la Constitución de 1998 y el CNyA publicado en R.O. 737 del 3 de enero de 2003, sin las modificaciones introducidas en julio de 2009.

6 Véase Pásara, Luis, “La producción judicial: cifras y calidad”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Naciones Unidas, Quito, en prensa.

decisiones sobre asuntos de alimentos en un grado más acentuado. Así, en esta materia, tres de cada cinco resoluciones citaban de manera incompleta los preceptos normativos pertinentes, casi dos de cada tres resoluciones (64,32%) dejaron sin resolver algún aspecto planteado por las partes y, en términos más generales, resultó mayor la proporción de resoluciones en las que se encontró severas deficiencias técnicas: 68,3%.

En lo que se refiere a las fuentes del derecho utilizadas por el juzgador, los casos de pensiones de alimentos revelaron, en el razonamiento judicial, un uso muy escaso de los principios generales del derecho (11 resoluciones), de la doctrina (5 resoluciones) y de la jurisprudencia nacional (1). Esto significa, de una parte, prescindir de fuentes que pueden robustecer el razonamiento del juez y, de otra, concentrarse únicamente en la ley como base de la decisión.

Aunque el estudio no indagó específicamente por la duración de los procesos, como los casos muestreados habían sido iniciados en 2006, la fecha de resolución dio una idea aproximativa en relación con esta variable. Los datos, diferenciados según instancia, aparecen en el cuadro 1.

**Cuadro 1**  
**Año de resolución de causas de alimentos iniciadas en 2006**

Año	Juzgados (%)	Salas (%)
2006	90 (55,2)	18 (81,8)
2007	44 (26,9)	3 (13,6)
2008	25 (15,3)	1 (4,5%)
2009	4 (2,4)	—
	<b>163 (100%)</b>	<b>22 (100%)</b>

Como puede apreciarse, algo más de la mitad de las causas ingresadas en 2006 fueron resueltas en el mismo año. Pero más de 15% tuvieron que esperar hasta 2008 para encontrar resolución en primera instancia y algunas sólo vieron llegar la resolución en 2009. Como la muestra seleccionó para el

trabajo sólo causas resueltas –y de hecho se encontró causas que no lo habían sido– puede afirmarse que un número no precisado de causas ingresadas en 2006 todavía en 2009 no habían sido resueltas en primera instancia. En segunda instancia, igual que en el conjunto de la muestra de sentencias con la que trabajó el estudio global, la velocidad de resolución pareció ser mayor.

El registro de información realizado con las 185 resoluciones, a partir de una ficha de recojo de datos, encontró los mayores problemas en materia de prueba que, conforme se verá luego en el análisis en profundidad, en efecto parece constituirse en la debilidad principal. El primer dato, y acaso el más contundente respecto del tema, es que ni en uno sola de las 185 resoluciones aparece que el juez hubiere tomado iniciativa para disponer que se actuara alguna prueba. Pese a que la ley lo faculta expresamente a ello (art. 293 del Código de la Niñez y Adolescencia, en adelante CNyA), el juez que conoce pensiones de alimentos no ordena pruebas para llegar a establecer la verdad de los hechos controvertidos.

Podría pensarse que el juez no ordena pruebas porque no es necesario disponerlo, ya que las partes proveen al juez de todos los elementos probatorios que se requieren. Sin embargo, en el análisis de las resoluciones se constató que había prueba suficiente en 73 de las 185 resoluciones, mientras que en 81 casos la prueba resultó escasa y en otros 31, simplemente, se carecía de pruebas. Estas dos últimas cifras, correspondientes a prueba insuficiente –en casos en los que, sin embargo, el juez no ordenó actuar pruebas–, conformaron 60,5% de la muestra.

Dada esa debilidad esencial en materia probatoria, el análisis de pruebas tampoco quedó bien situado. De un lado, hubo análisis de prueba en 78 de las resoluciones (42,1%), esto es, en algo menos de la mitad de la muestra; no hubo análisis alguno de la prueba en 67 resoluciones (36,2%) y lo hubo escaso en las 38 resoluciones restantes. De otro lado, en cuanto a sopesar adecuadamente los medios de prueba relevantes en relación con los hechos materia del conflicto, la mayoría de las resoluciones (102 ó 55,1%) no lo hicieron de manera satisfactoria.

En una cuarta parte de la muestra (46 resoluciones ó 24,86%) ni siquiera se estableció qué hechos controvertidos eran considerados probados por el juzgador. En más de la mitad de las resoluciones (99 del total o 53,5%) no se razonó qué se establecía como probado, esto es, a partir de la lectura de la



resolución no es posible saber qué pruebas crearon convicción en el juzgador respecto a qué.

Ciertos aspectos, propios de la materia, fueron objeto de atención en el levantamiento de datos. Así, destacó que en 85 de los casos examinados (45,9%) no se registró en la resolución la edad de los menores para quienes se reclamaba la pensión alimenticia. En 159 de las resoluciones (85,9%) no se estableció la capacidad económica de ambos padres, como dispone la ley, y en 140 resoluciones (75,6%) no se razonó el monto de la pensión impuesta por el juez.

El trabajo en profundidad, realizado sobre la mitad de las resoluciones muestreadas, permitió avanzar algo más sobre algunas de las tendencias señaladas y abordar otras.

## II. La titularidad del derecho

Los jueces no suelen hacer mucha referencia a este tema en sus resoluciones, a menos que la edad de la persona para la que se demanda alimentos conduzca a duda acerca de la titularidad del derecho. Cuando la parte actora presenta a una persona menor de 18 años de edad, la titularidad del derecho se verifica únicamente con la presentación de la partida de nacimiento. Sólo si la parte actora tiene entre 18 y 21 años, antes de establecer su titularidad, se analiza el cumplimiento de otros requisitos, en atención a lo que dispone el artículo 128 del CNyA: que cursen estudios superiores, tengan dificultad para dedicarse a una actividad productiva y carezcan de medios suficientes.

La práctica judicial más común con respecto a la titularidad del derecho consiste en utilizar una frase muy similar, si no idéntica, a la siguiente: “El derecho de la actora para presentar su reclamo se halla justificado con el documento a fs. 1.” (Juzgado Segundo de la Niñez y Adolescencia de Loja, 417-2006). Las partes están obligadas a revisar el proceso o colegir, por la ubicación del documento en el expediente, que se trata de la partida de nacimiento del niño o adolescente. En una menor cantidad de casos, el juez dictamina: “con la partida de nacimiento del niño J.S.T.I, inserta a fojas uno de los autos, se establece que es hijo de la demandante señora J.M.T.I., con lo que acredita su derecho a demandar.” (Juzgado Primero de la Niñez y Ado-

lescencia de Manabí, 122-2006). También es posible, aunque con menor frecuencia, que el juez no se refiera a la legitimación activa y únicamente resuelva, después de declararse competente<sup>7</sup>.

En su artículo 128 el CNyA disponía: *“Tienen derecho a reclamar alimentos: 1. Los niños, niñas y adolescentes no emancipados; 2. Los adultos hasta la edad de veintiún años, si se encuentran cursando estudios superiores que les impidan o dificulten el dedicarse a alguna actividad productiva y carezcan de recursos propios suficientes; y, 3. Las personas de cualquier edad que no estén en condiciones físicas o mentales de procurarse los medios para subsistir por sí mismos”*. Del simple texto se deduce que en cierto número de casos la partida de nacimiento –privilegiada en la práctica judicial– no es suficiente para probar la titularidad del derecho por parte del actor. Adicionalmente, con cierta frecuencia los enunciados de las resoluciones judiciales son confusos respecto de este tema y no crean convicción sobre la titularidad del derecho por parte de aquél a quien se le reconoce el derecho de alimentos.

La revisión de resoluciones sugiere preguntarse si el progenitor que, en representación de sus hijos, se presenta como actor en el juicio (generalmente, la madre) es titular del derecho. Aunque la estructura de las resoluciones lleve a pensar que los jueces tienen muy claro que el derecho de alimentos corresponde a los hijos, conforme establece la ley, algunas afirmaciones y prácticas recurrentes dan lugar a una impresión contraria. A pesar de que los artículos 100<sup>8</sup> y 129 del CNyA establecían que la obligación alimentaria corresponde a ambos progenitores en igual medida, en el análisis no se encontró una sola resolución, entre las 94 examinadas, en la que se estableciera la proporción en que el cónyuge que estaba a cargo de los hijos debía asumir los gastos de cuidado y crianza. Y aunque del análisis de nuestra muestra no llegamos a

7 En la parte resolutive de la causa 872-2006, del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Cuenca se lee: “PRIMERA.- Este Juzgado es competente para conocer y resolver el presente reclamo.- SEGUNDA.- No se han omitido solemnidades sustanciales por lo que se declara la validez procesal.- TERCERA.- Se encuentra justificado la personería legal de las partes. CUARTA.- Las partes procesales no concurren a la audiencia de prueba señalada, como consta de la razón actuarial de folios ocho vuelta del proceso y no existiendo prueba alguna que analizar, este Juzgado, facultado por las disposiciones legales, RESUELVE, ratificar la pensión alimenticia fijada en la audiencia de conciliación y contestación, de folios seis de autos (...)”.

8 Art. 100.- *Corresponsabilidad parental.- El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes.*

encontrar opiniones de jueces que sostengan expresamente que la parte actora también es beneficiaria de la pensión de alimentos, tanto la redacción de las resoluciones como la falta de análisis de normas como el artículo 129 del CNyA permiten vislumbrar cierta inclinación hacia el progenitor que se presenta como actor del juicio frente al cónyuge que es demandado. En un caso como el 662-2006 de Loja, se manifiesta: “siendo obligación del accionado la de contribuir con lo necesario para la supervivencia de sus hijos”, como si la obligación no fuera también la de quien ejerce la acción en nombre de sus hijos. La conclusión es que el accionado es generalmente aquél a quien la sentencia adjudica la responsabilidad, mientras que el actor adquiere una calidad en la que se asemeja al beneficiario. Con ello, puede colegirse que la corresponsabilidad parental, establecida por la ley, es letra muerta en las resoluciones judiciales sobre pensiones alimenticias.

### III. Los obligados al pago de la pensión de alimentos

De la muestra de 94 resoluciones que fueron trabajadas en profundidad, se fijó un monto por concepto de pensión de alimentos en 80 casos. Ninguna de estas 80 resoluciones obligó a más de una persona al pago de la pensión de alimentos: 77 obligaron exclusivamente al padre, 2 a los abuelos, 1 exclusivamente a la madre, y ninguna a hermanos, tíos o varios de estos grupos. Las 80 resoluciones obligan a la persona que fuera demandada en juicio y en ninguna se concluye en que una persona diferente al demandado debe satisfacer la prestación. ¿Qué conclusiones se puede sacar de esta información?

El ya citado artículo 129 del CNyA era la norma que, con anterioridad a la reforma, establecía el orden de los obligados a la prestación de alimentos y otorgaba pautas para asignar la obligación (ver nota 2). Es posible que en todos o en algunos de esos órdenes haya más de una persona obligada y, en tal caso, de conformidad con el segundo inciso del artículo, el juez debe fijar el monto de la pensión de alimentos en proporción a los recursos de cada uno de los integrantes del grupo. Si se verifica que están vivos ambos padres, el juez está obligado a fijar el monto de la pensión de alimentos en proporción a los recursos de cada uno de ellos. No obstante, el análisis de la muestra permite establecer que:

- **En sólo un caso la resolución asignó el pago de la pensión alimenticia a más de una persona** del mismo grupo, dos abuelos (causa 86-2006, Juzgado Segundo de la Niñez y Adolescencia del Cantón Cuenca)<sup>9</sup>. Pero el juez no analizó si los cuatro abuelos seguían vivos o no para establecer en qué medida debería cubrir cada uno de ellos el monto de la pensión de alimentos.
- **No hubo ningún caso en que se fijase el monto de la pensión alimenticia en atención a los recursos** de cada uno de los integrantes del grupo. En el único caso en que se obligó a más de una persona del mismo grupo, el juez prefirió obligar a ambos miembros al pago de la mitad de la pensión, sin establecer el motivo. Como ha observado Farith Simon, al comentar el art. 129 del CNyA, “De acuerdo a la regla citada, en caso de existir más de una persona obligada a la prestación de alimentos, el juez debe regular la contribución de cada uno en función de sus recursos, algo que por lo general no cumplen los jueces ya que si la madre demanda alimentos al padre (o viceversa), los dos son obligados a contribuir a la pensión, por tanto los fallos deberían hacer mención al monto de la contribución de los dos obligados” (*Derechos de la Niñez y Adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Quito, Cevallos Editores, 2009, t. II, p. 553).
- **En todos los casos analizados únicamente se obligó al padre demandado o a sus padres.**

La parte final del artículo 129 del CNyA dispone: “*Solamente en casos de falta, impedimento o insuficiencia de recursos de los integrantes del grupo de parientes que corresponda, serán llamados en su orden, los del grupo siguiente, para compartir la obligación con los del grupo anterior o asumirla en su totalidad, según el caso*”. Norma que ha sido interpretada por Simon como el estableci-

9 “RESUELVE, aceptar la demanda y fija como pensión definitiva que deberán cancelar Daniel Elías Astudillo y Blanca esperanza Cedillo, a favor de sus nietos Pedro Andrés y Ana Belén Astudillo Mejía, en la suma de cuarenta dólares mensuales para cada uno, dando un total de ochenta dólares al mes o su equivalente al salario básico unificado, más las pensiones adicionales que por ley corresponden, que la pagarán en proporción igual, es decir, cada demandado cuarenta dólares al mes a partir de la citación con la demanda, marzo del 2006”. Para llegar a esta conclusión, el juez no analiza la capacidad económica de los abuelos ni razona por qué cada abuelo debe pagar la mitad.

miento de que “la obligación se transfiere o se comparte con el siguiente grupo cuando se da alguna de las condiciones señaladas en la norma: falta (entendida como ausencia temporal o definitiva de la persona obligada); impedimento (debe entenderse que es un impedimento de hecho, por ejemplo una enfermedad por la que no pueda asumir la obligación, la privación de la libertad, o un impedimento legal como la interdicción por demencia, etc.); e insuficiencia de recursos (que no permita cubrir las necesidades del menor de edad)” (*op. cit.*, p. 554).

De las tres posibilidades planteadas por Simon, la más probable es la que corresponde a la falta o insuficiencia de recursos de parte del legalmente obligado. Sin embargo, como resultado de que en las resoluciones generalmente no se analizó la capacidad económica del obligado, esta previsión del Código también pasó a la condición de letra muerta. Ni en un solo caso, de los examinados en la muestra, este párrafo del art. 129 del CNyA tuvo aplicación.

Según las resoluciones examinadas, los jueces no parecieron poner atención a la decisiva cuestión del pago efectivo de la pensión alimenticia, ni destinaron empeño a identificar quién o quiénes podían sufragarla; esto, incluso en casos donde de la lectura de la propia resolución se intuye que el demandado –debido a su condición de estudiante o de desempleado– no podría cubrir el monto de la pensión de alimentos. El juzgador parece asumir tácitamente que la única posibilidad que está en su competencia es fijar un monto de pensión de alimentos que deberá pagar el demandado, lo que revela –a más de un desconocimiento de la ley– una actitud de indiferencia o de indolencia respecto del conflicto social que se somete a su conocimiento para obtener del sistema de justicia una verdadera solución.

Como se ha señalado, en la muestra se encontró dos resoluciones en las que un grupo distinto al de los padres fue obligado a asumir el pago de la obligación; en ambos casos la parte actora presentó su demanda directamente contra los abuelos. En la resolución del juicio 086-2006, el juez II de la Niñez y Adolescencia del Cantón Cuenca resolvió un caso planteado contra la abuela de los beneficiarios debido a que el padre no había cumplido con la obligación. Para resolver, imponiendo la obligación a la demandada, se analiza si la abuela tiene la capacidad económica para cubrir las necesidades económicas del niño y la niña beneficiarios, pero no se aborda la posibilidad de obligar a otro grupo a cubrir el pago de la pensión de alimentos, ni se prueba

la falta, el impedimento o la insuficiencia de recursos de ambos padres, cuya prioridad en la obligación de prestar alimentos se ubica antes que la de los abuelos. El principal argumento es el siguiente:

De persistir en la conducta de parte de los demandados, en no proveer lo necesario para que sus nietos puedan ejercitar sus derechos básicos, se les excluye y cercena su calidad de ciudadanos, violando el principio de igualdad, consagrado en nuestra Constitución y reconocido en el Art. 2 de la Convención sobre los derechos del Niño. Además, al no existir el cumplimiento de sus obligaciones por parte del padre de los niños, perjudica el derecho de la Sra. M.S. a la igualdad de oportunidades para el desarrollo personal, porque se ve obligada a hacer un esfuerzo multiplicado para poder criar a sus hijos. Se considera, para efectos de la pensión definitiva a fijarse, que el fundamento que da origen a la obligación parental y a la de los abuelos es distinto. La primera y que la debe cumplir la actora, se funda en los deberes derivados de la patria potestad, mientras que ésta última se origina del principio de solidaridad familiar.

Es llamativo que el juez reconozca que la obligación de prestar alimentos también corresponde a la madre, pero no establezca la imposibilidad de ésta para garantizar la satisfacción de las necesidades de los niños, y obligue a la abuela al pago de una pensión alimenticia.

#### **IV. Cálculo del monto de la pensión de alimentos**

No se encontró, entre las 94 resoluciones de la muestra que fueron trabajadas en profundidad, ninguna resolución que permita conocer los criterios objetivos utilizados por el juez para llegar a determinar el monto de la pensión alimenticia. Los criterios se encontraban en el artículo 135 del CNyA, norma que debía ser interpretada en concordancia con el artículo 129 del mismo cuerpo legal para llegar a una conclusión acerca de cómo se debe calcular el monto de la pensión. Si atendemos a una lógica estricta, derivada de la interpretación literal de la normativa referida, antes de fijar el monto de la pensión el juez debería llevar a un razonamiento que incluye la consideración

de dos asuntos fundamentales: las necesidades económicas del niño, niña o adolescente, y la capacidad económica del obligado u obligados.

En primer lugar, el juzgador debe analizar las pruebas que permitan verificar las necesidades económicas del niño, niña o adolescente, teniendo en cuenta que el Código no garantiza únicamente la provisión de los alimentos que satisfagan los gastos necesarios para la subsistencia del menor, sino también los gastos que requiere en atención a su nivel de vida. Sin embargo, el examen de resoluciones efectuado presenta a un juez que únicamente efectúa un cálculo de una pensión de alimentos que cubra necesidades básicas. En el texto de las resoluciones aparecen consideraciones en las que el derecho de alimentos “incluye prestaciones que aseguren una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, así como acceso a los servicios de salud, educación de calidad, vestuario adecuado y vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos, conforme manda el Código de la Niñez y la Adolescencia” (816-2006, Juzgado Segundo de la Niñez y Adolescencia de Cuenca). Sin embargo, tal discurso no se plasma en el monto de la pensión alimenticia que, en primer lugar, en un juzgado dado tiende a ser el mismo, incluso si se trata de un beneficiario o de varios; y, en segundo lugar, en las resoluciones de la muestra fue en promedio de USD 78, reconociendo diferencias significativas según provincias<sup>10</sup>. Este monto resulta insuficiente para costear las prestaciones ofrecidas en el enunciado que usualmente se incluye en el texto de las resoluciones.

Esa cantidad exigua podría estar basada en la limitada capacidad económica del obligado, segundo paso del razonamiento del juez. Sin embargo, como se ha visto en el conjunto de las 185 resoluciones, del análisis realizado en profundidad en 94 de ellas y cuyos resultados serán examinados en seguida, fluye que el juez no razona el monto de la pensión de alimentos con base en las pruebas aportadas e incluso fija tal monto sin solicitar las pruebas que harían falta. Las mencionadas diferencias por provincia llevan a pensar que, en cada lugar, informalmente existe algo así como un monto estándar por juzgado, que es el que fija el juez en los casos que conoce, sin hacer un

10 Al calcular el promedio de los montos fijados como pensión de alimentos en las 80 resoluciones de la muestra, diferenciándolo por provincias, los resultados fueron: Loja: USD 48; Manabí: USD 36; Guayas: USD 109; El Oro: USD 104; Azuay: USD 79.

cálculo razonado que se adecue a la realidad particular del caso, de la que el juez prescinde hasta el punto de no tomar en cuenta el número de alimentistas.

Como el juez no razona el monto de la pensión alimenticia, no puede responderse con certeza la pregunta acerca de cuál es la causa para que estas pensiones sean tan bajas y distantes de las necesidades de los alimentistas. Un primer factor está dado por la insuficiencia de las pruebas aportadas por las partes. Los documentos que demandante y demandado proporcionan parecen ser elementales y no resultan adecuados para que el juez saque una conclusión fundada sobre las necesidades del menor. En algunos casos se observa que las partes tratan de probar las necesidades del niño, niña o adolescente presentando certificados de estudio; en otros se aportan certificados de atención médica o de enfermedad, pero no se aporta pruebas que justifiquen gastos en los que se ha incurrido en razón de pagos de gastos educativos o problemas de salud del beneficiario. Son pocos los casos en que parece haber prueba suficiente para que el juez razone el monto de la pensión de alimentos. La argumentación de la parte demandante también es insuficiente y no se encuentra casos en que se busque justificar que se incluya como parte de las necesidades del menor gastos adicionales a aquéllos que requiere el menor para satisfacer sus necesidades básicas en salud, educación, alimentación, vivienda. Sin embargo, estas aparentes insuficiencias en la actuación de la parte demandante podrían corresponder a cierta racionalidad si se supiera que, no importa qué argumentos se esgriman o qué pruebas se aporten, el juez de determinado juzgado fija usualmente un monto dado por alimentista.

Cuando se solicita pensión de alimentos a favor de más de un hijo, el juez debería hacer un análisis de las necesidades de cada uno de los hijos y fijar una pensión adecuada a la condición en la que se encuentra cada uno de ellos, distinguiendo en especial la edad de cada quien –como lo hace el CNyA–, en razón de que cada edad requiere una atención diferente y, en consecuencia, exige un régimen económico diferente. La información obtenida del examen de resoluciones muestra que, en general, el juez prestaba poca atención a las distinciones de edad y a la situación específica de cada uno de los hijos. En las resoluciones no se hace una diferencia de la prueba para cada hijo, ni se fija pensiones de alimentos por separado. En un caso del Juzgado Primero de Guayas el juez resolvió una demanda de pensión de



alimentos a favor de dos adolescentes de 15 y 13 años y una niña de 6 años de edad. Resuelve declarar con lugar la demanda y “fija como pensión alimenticia la cantidad de \$ 180 dólares mensuales más los beneficios de ley, que el demandado deberá depositar en la pagaduría de este juzgado por mesadas adelantadas a favor de sus hijos” (173-2006, Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Guayas). Además de que no es posible determinar si esta pensión es individual o corresponde a la sumatoria de las pensiones para los tres, la resolución no hace distinciones entre las necesidades de la niña y las de los adolescentes. En la provincia de Manabí, en el caso 711-2006, el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia fijó una pensión de 30 dólares para un niño de 5 años de edad y para una adolescente de 13 años, que debía pagar un padre que probó no tener empleo. Aparte de esta grave circunstancia, sin duda se trataba de un caso en que en el monto debía diferenciarse lo correspondiente a las necesidades de uno y otra, que varían en razón de la edad. Estos ejemplos, ilustrativos de una práctica judicial casi generalizada, según la muestra de resoluciones con las que se trabajó, exhiben otra disposición legal –el artículo 135, primer inciso, del CNyA– convertida en letra muerta por las resoluciones judiciales.

Una práctica judicial alternativa tendría que echar mano a la práctica de pruebas por iniciativa del propio juez, según le faculta, específicamente en casos de pensiones alimenticias, el artículo 293 del CNyA: “*el Juez podrá ordenar de oficio la práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer la capacidad económica del alimentante y las necesidades del alimentado*”. Sin embargo, esta norma se halla en desuso: conforme se ha adelantado, ni en un solo caso de los 185 examinados en el conjunto de la muestra, el juez ordenó practicar pruebas con el objeto de establecer las necesidades del alimentado o la capacidad económica del alimentante.

Respecto de esta capacidad económica, el juez debería hacer un análisis de los ingresos ordinarios y extraordinarios y de los recursos que se pueden colegir de la forma de vida del obligado. Atendiendo a la interpretación del artículo 129 del CNyA, pese a que el caso más frecuente es el de demanda de alimentos contra el padre, el juez debería hacer este análisis respecto de ambos progenitores. En la práctica, surgen dos elementos del comportamiento judicial: el primero es que para el cálculo de la pensión de alimentos únicamente se tiene en cuenta la capacidad económica del

cónyuge demandado, no la del actor; el segundo es que el juez, de hecho, considera sueldo y capacidad económica como sinónimos.

En el caso específico de los padres, además de la igualdad que el artículo citado antes establece entre el padre y la madre, el artículo 100 del CNyA dispone el principio de corresponsabilidad respecto del cuidado de los hijos. En la muestra de 185 resoluciones, sólo 23 hicieron referencia a la capacidad económica de ambos padres; pero en la muestra de 94 resoluciones, que fue analizada en profundidad, al tiempo que se encontró algo menos de 30% de ellas que reconocían declarativamente la igualdad de responsabilidades entre el padre y la madre, ninguna analizaba la capacidad económica de ambos para determinar en qué medida debía aportar cada uno al sostenimiento de sus hijos. En el caso 430-2006 del Juzgado Segundo de la Niñez y Adolescencia de Cuenca, el juez manifiesta que

padre y madre tiene iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento de sus hijos, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección, quienes tienen derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral, derecho que incluye prestaciones que aseguren una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, así como acceso a los servicios de salud, educación de calidad, vestuario adecuado y vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos, conforme manda el CNyA (...)

Sin embargo, en el momento de resolver, establece que “como pensión alimenticia pasará el Señor R.H.E.Á. para su hija E.C.E.P., la suma de ciento cuarenta dólares al mes”. Es decir, el único obligado resulta ser el padre. Puede concluirse en que para el juez ecuatoriano no resulta útil, y menos indispensable, probar la capacidad económica de los padres. En aquellos pocos casos en que en efecto se la llega a probar –con la limitación de que la prueba se refiere sólo al salario percibido–, el juez no utiliza esta información en el razonamiento por el que fija la pensión alimenticia.

La prueba de la capacidad económica suele ser muy limitada. Del conjunto de las 80 resoluciones de la muestra examinada en profundidad en las que se establece un monto de pensión de alimentos, en 16 el juez saca

conclusiones de documentos que no especifica, en otras 16 resuelve sin mencionarse pruebas<sup>11</sup>, en 18 enumera las pruebas pero no las analiza<sup>12</sup>, en 12 da importancia a pruebas ineficientes, en 10 se refiere a que se practicaron pruebas, pero no las da a conocer, y sólo en 8 efectúa algún análisis de la prueba. Estos datos significan que en más de la mitad de las resoluciones (43) no hay indicios sobre la capacidad económica del demandado, en 29 el juez tiene elementos sobre los ingresos y egresos del obligado, y en 8 hace algún análisis de ese material probatorio.

Según la ley, el juez debe establecer la capacidad económica del demandado con base en pruebas que den cuenta de la totalidad de activos y pasivos que el sujeto tiene. En la realidad esta información parece ser excepcional, como se concluye de los datos presentados en el párrafo anterior. Por el contrario, es común que el juzgador resuelva sin afirmar que existen pruebas que permiten establecer con certeza la capacidad económica del demandado<sup>13</sup>. Se encuentra reiteradamente frases como: “Dentro de la prueba no ha logrado establecer los ingresos ordinarios del actor, ya que en la audiencia de prueba no se adjunta prueba en ese sentido (...)” (351-2006, Juzgado Se-

11 En la causa 87-2006 del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Guayas se procede a resolver de la siguiente manera: “Que dentro de la Audiencia de Prueba y del término de ley para la anunciación de las mismas, las partes han aportado lo que obra de autos.- Por las consideraciones expuestas y recordándoles a las partes que en toda causa en donde se encuentre inmerso el bienestar del menor, deberá tenerse en cuenta el interés superior de este. La suscrita Juez Primero de la niñez y Adolescencia resuelve (...)”.

12 En la causa 87-2006, del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Guayas se hace la siguiente enumeración de la prueba: “**Quinto:** Que dentro de la Audiencia de Prueba y del término de ley para la anunciación de las mismas la parte actora ha solicitado que se reproduzca a su favor recetas médicas, 3 fotografías y escrito presentado que constan de fojas 21 a 26. **Sexto:** El demandado dentro de la Audiencia de Prueba ha aportado las siguientes pruebas a su favor: acta de matrimonio, partida de nacimiento, comprobante de pago de la Junta de Beneficencia, recibo de depósito del Banco del Pichincha por arriendo de villa, certificado del Registrador de la Propiedad de Guayaquil, pagos de útiles escolares, matrícula, expreso y pensión de Abril del 2006, certificado de haber ganado el concurso de posgrado de pediatría, reglamento interno de los médicos residentes posgradistas, comprobantes de ingreso de consignación voluntaria, pago de planillas de teléfono y luz, y 5 fotografías como consta de fojas 30-46 del proceso”. El listado es una enumeración simple de lo presentado, que no distingue aquellos elementos a los que en efecto puede reconocerse valor probatorio.

13 Al revisar las resoluciones, dado que la capacidad económica del obligado no es un punto de apoyo, aparecen diversas justificaciones para otorgar la pensión alimenticia. La más reiterada suele ser “el interés superior del niño”. Más adelante, se hará un examen de la distancia que media entre este principio y su uso como justificación para otorgar una pensión de alimentos.

gundo de la Niñez y Adolescencia de El Oro); o “La actora no ha justificado la capacidad económica del demandado como en derecho se requiere (...) Se justifica la solicitud de alimentos que hace la actora para su hijo por la agudización de la crisis económica (...)” (253-2006, Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Manabí).

En ciertos casos, el juez hace lo que puede con la información que tiene, por fragmentarios que sean los elementos disponibles. Éste fue el caso en el que un testigo afirmó que el demandado es taxista y el juez resuelve:

La prueba actuada por la parte actora no ha merecido contradicción. El demandado a pesar de haber sido citado en persona no ha comparecido a juicio, actitud que demuestra su total falta de interés por asumir en forma responsable las obligaciones para con su hijo, su actuar procesal denota mala fe y constituye un indicio en su contra. En cuanto a su actividad económica, se concluye que trabaja como taxista, sin que se haya justificado si lo hace en un vehículo de su propiedad o como chofer, pero en cualquiera de las dos calidades se presume que tiene ingresos en forma permanente y estable, por lo tanto, tiene la obligación de pasar una pensión alimenticia que coadyuve a garantizar el desarrollo integral del hijo. (903-2006, Juzgado Segundo de la Niñez y Adolescencia de Cuenca.)

El mayor logro, ausente en la mayoría de los casos, consiste en disponer de prueba sobre los ingresos que percibe el obligado: “del Oficio No. 1371-DT de fecha Portoviejo 07 de Septiembre de 2006, emitido por la I. Municipalidad de Portoviejo, se verifica que el demandado señor A.E.G.M. labora para la mencionada institución en calidad de Chofer en feriados y festivos, percibiendo una remuneración de US. 401.44 dólares; con lo que se ha logrado probar la capacidad económica del demandado (...)” (163-2006, Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Manabí). Pero en otros casos la prueba ronda la capacidad económica del obligado sin que se logre precisar su nivel de ingresos, pese a lo cual el juez procede a fijar la pensión alimenticia:

De lo actuado dentro del proceso y en atención al Art. 135 del CNyA se consideran los parámetros para fijar alimentos, siendo las necesidades del beneficiario y las facultades del obligado con relación a sus ingresos ordinarios

y extraordinarios e incluso presuntivos. En el presente caso se justifica que el demandado es de profesión Ingeniero Comercial, labora en la ciudad de Guayaquil, sin que se pueda precisar sus ingresos económicos mensuales. Por su parte la actora ha justificado las necesidades del alimentado, especialmente en la salud y educación. Lo que hace procedente la fijación de una pensión alimenticia digna para el alimentado que le permita cubrir sus necesidades mínimas de subsistencia. (1712-2006 del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de El Oro.)

En aquellos casos en que, además de pruebas sobre ingresos, se incluye pruebas sobre egresos, las más comunes se refieren a matrimonio, hijos adicionales al beneficiario, gastos de educación, vivienda, enfermedades o deudas:

El demandado presenta certificación médica que la suscribe el Dr. R.P., por adolecer de lesión en columna, recomendándole someterse a proceso de rehabilitación y que tiene fecha enero 25 del 2007; recibos por compra de medicamentos y recetas; partida de matrimonio, casado el 15 de mayo de 2006 con J.A.S.V., cita médica en la Clínica Humanitaria Pablo Jaramillo y carnet a nombre de su esposa, así como la solicitud de examen de eco y sus resultados; partida de nacimiento de E.S.M. C., hijo del demandado a la fecha de 2 años de edad; y certificación que la suscribe la madre de dicho niño, en la que sostiene que recibe 30 dólares mensuales de su padre. (860-2006, Juzgado Segundo de la Niñez y Adolescencia de Azuay.)

A la falta de interés por esta información de parte del juzgador –interesado, como está, en obtener prueba sobre el salario del demandado– se suma la escasa utilidad de todas estas pruebas, para probar la capacidad económica del demandado, dado que no establecen valores económicos. En el caso citado, sólo la última referencia –acerca del pago de una pensión alimenticia– podría ser de utilidad, si se hubiera contado con algún tipo de certeza sobre el hecho, por ejemplo, mediante certificados de depósito de las sumas pagadas.

En ocasiones, los egresos son considerados pero sin ser valorizados:

El demandado ha justificado sus ingresos totales como profesor del centro educativo D.C.T., y contar con otra carga familiar más, demostrando por lo

tanto que las circunstancias que se tuvieron al momento de resolver han variado, como lo dispone el Art. 278 del CNyA, además la obligación de prestar alimentos a los hijos es compartida por padre y madre, esta última, por su propia declaración indica que ejerce el comercio, presumiéndose por lo tanto que cuenta con alguna clase de ingresos (...). (502- 2006, Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Azuay.)

De una parte, se toma en cuenta los ingresos del demandado y se reconoce un incremento de sus egresos, aunque no se llega a calcular su monto. Pero, de otra, se presume capacidad económica en la madre.

El concepto de capacidad económica parece generar enormes dificultades tanto para el juez como para las partes. En dos de los juzgados que contribuyeron a la muestra parecía existir una mayor comprensión del concepto y de su importancia, aunque muchos de sus casos fueron resueltos sin contar con certeza acerca de los ingresos y egresos del demandado. En los otros juzgados, el asunto de la capacidad económica se redujo a probar los ingresos del demandado, si es que se llegaba a probarlos. En la gran mayoría de resoluciones, de su lectura ni siquiera se lograba saber lo que habían podido probar las partes.

## V. Razonamiento de la pensión

Éste es el punto neurálgico de toda resolución sobre pensión de alimentos. El juez debe poner sobre la mesa toda la información de la que dispone. Si se trata del caso de un niño, niña o adolescente cuyos padres viven, el juez debe efectuar tres agrupamientos de las pruebas disponibles: el primero, con los elementos probatorios que permiten calcular las necesidades del beneficiario (alimentos *congruos* y necesarios); el segundo, con la evidencia acerca de la capacidad económica del padre (ingresos y egresos); y un tercero, con las pruebas sobre la capacidad económica de la madre (ingresos y egresos). El monto al que se elevan las necesidades del niño, niña o adolescente será el punto de partida para establecer cómo se ha de obligar al padre y a la madre. A continuación, debería atender a cuál de los dos progenitores se encuentra a cargo del menor y verificar qué gastos están siendo cubiertos por

él o ella. Luego debe calcular las posibilidades económicas reales con que cuenta cada progenitor, en atención a las pruebas aportadas sobre sus ingresos y egresos, y con base en ellas, hacer una distribución de la cobertura de los gastos que requiere la atención de las necesidades del beneficiario. Respecto del progenitor que está a cargo del niño, niña o adolescente, se establecerá entonces si existe un saldo que deba aportar, adicional al gasto ordinario que implica estar a cargo del menor. En el caso de que la capacidad de ambos padres no sea suficiente para cubrir las necesidades del beneficiario, se deberá recurrir a los otros órdenes de obligados y repetir el procedimiento seguido con los padres.

Para Bossert y Zanoni el razonamiento del monto de la pensión alimenticia no debe tener en cuenta únicamente el aporte económico que realiza cada uno de los padres. Incluso se debería dar valor económico a las tareas de atención que realiza el progenitor que asume el cuidado de los hijos:

la cuota alimentaria, fijada judicialmente, habrá de tener en cuenta, para establecer las asignaciones, además de la condición y fortuna de los miembros de la familia, las tareas y roles que respectivamente el padre y la madre desempeñan; así, se considerará que es el padre quien realiza la principal tarea remunerada dentro del grupo familiar, para establecer adecuadamente el deber de contribución de la madre si es que no agota su tiempo y labor en las actividades domésticas. Independientemente de ello, si los padres no conviven y el hijo vive con uno de ellos (habitualmente lo es con la madre), se tendrá en cuenta que ella contribuye atendiendo personalmente al menor en los diversos aspectos atinentes a su cuidado, higiene, mantenimiento de su ropa, etc., que si se realizaran por terceros, serían económicamente valiables. (Bossert, Gustavo y Eduardo Zannoni, *Manual de Derecho de Familia*, Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 567-568).

Como se ha adelantado en este artículo, el juez ecuatoriano –que, por lo demás, apenas echa mano a la doctrina– no razona el monto de la pensión de alimentos. En algunos casos, las resoluciones contienen indicios que pueden sugerir por qué se fijó un monto más bien bajo o uno relativamente alto. Pero, de una parte, además de que esto sucede en muy pocos casos, la forma en que se expresan los indicios pertinentes se hallan muy

lejos de un razonamiento numérico que indique el cálculo que realizó el juez para concluir en que éste era el monto adecuado para el caso en cuestión. De otra parte, en la mayoría de los casos no se encuentra razonamiento del monto de la pensión sino un ejercicio del arbitrio judicial que podría ser fuente de inseguridad jurídica.

Es preocupante constatar que un juez pueda fijar una pensión de alimentos sin tener a su disposición ninguna prueba que le permita razonar el monto de la pensión: “A pesar que la actora no ha justificado las necesidades del menor ni la situación económica del demandado, sin embargo, la obligación del accionado se encuentra plenamente establecida. En consecuencia, el Juzgado, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 1 del Art. 129 del CNyA (...)” (477-2006, Juzgado Segundo de la Niñez y Adolescencia de Manabí). Esta práctica, de un lado, no asegura que la pensión de alimentos satisfaga las necesidades del niño, niña o adolescente, y de otro, no garantiza que el obligado pueda pagar el monto. Únicamente se deja abierta una puerta para que en el futuro se generen nuevos conflictos y más procesos judiciales.

Es igualmente grave la falta de análisis de pruebas. Los casos provenientes de la provincia de Guayas exhibieron como práctica reiterada la que se encontró en el caso 2214-2006, del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia: “Dentro de la Audiencia de Prueba y previa anunciación de las mismas; las partes han presentado las pruebas que obran en autos las cuales han sido analizadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica.- En virtud de los considerandos que anteceden, la suscrita (...)”. Esta práctica –mayoritaria, según se vio en el examen de los datos referidos a 185 resoluciones integrantes de la submuestra– evita al juez el esfuerzo de revisar y sopesar la prueba, permitiéndole fijar el monto de la pensión sin realizar ningún análisis ni aportar justificación alguna. Se transgrede así la garantía de motivación de las resoluciones judiciales y se pone en riesgo la seguridad jurídica.

En busca de explicaciones para esta actuación del juez, se encuentra un argumento legal que, si bien no aparece en las resoluciones, podría explicar parcialmente el comportamiento de los jueces. El artículo 138 del CNyA mandaba que *“la resolución que fija el monto y forma de la prestación de alimentos no causa ejecutoria. Por consiguiente, podrá revisarse en cualquier tiempo, a petición de parte, para aumentarse o reducirse, si han cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al decretarla”*. Según algunos informantes



entrevistados, en el juez no habría mayor preocupación en fijar cualquier monto de pensión alimenticia porque las partes tienen abierta la posibilidad de solicitar la revisión del monto si lo consideran necesario. Esta excusa, de ser tal, no resiste el menor análisis. Si el demandado no tenía capacidad económica para cubrir el monto de pensión fijado, la resolución le ocasionó un problema —al punto de que la ejecución de la obligación puede valerse de medidas de apremio personal—, siendo así que era obligación del juez establecer si el demandado se encontraba en una situación de insuficiencia de recursos. Si el monto fijado es insuficiente para las necesidades, la decisión del juez perjudica al desarrollo de los beneficiarios. Y, en uno u otro caso, solicitar la modificación del monto fijado implica nuevos costos —en dedicación, tiempo y gestiones, si no económicos— en los que las partes no hubieran tenido que incurrir de haberse fijado originalmente la pensión de un modo razonable, que por lo demás es el previsto en la ley.

Corresponde examinar el asunto del interés superior del niño como justificación para fijar la pensión de alimentos. Es obvio que el interés superior del niño es un puntal fundamental para garantizar el derecho de alimentos y que el artículo 11 del CNA<sup>14</sup>, que a él se refiere, es una norma fundamental de interpretación en los procesos de alimentos. Pero también resulta obvio que, conforme al último inciso del mismo artículo, los jueces no pueden aplicar el principio del interés superior del niño en sustitución de criterios establecidos en las normas sobre alimentos del propio Código. Esto es decir que no puede utilizarse la invocación del interés superior del niño para poner de lado los criterios específicos que para fijar una pensión de alimentos —requerimientos del menor beneficiario y capacidad de pago de la pensión por el obligado— establecen los artículos 129 y 135 del Código. El trabajo

14 *Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.*

*Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.*

*Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.*

*El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.*

en profundidad desarrollado con los casos de la muestra reveló que en todos los juzgados se encontraba casos en los que se fija la pensión de alimentos sin que se verifique tales requisitos. En ausencia de ellos, es relativamente frecuente que se utilice “el interés superior del niño” para justificar una prestación para cuya determinación no se cuenta con pruebas. Los tres casos que siguen son ilustrativos de los recursos a los que echa mano el juez para sustituir los criterios establecidos por la ley.

En la resolución del juicio No. 471-2006, del Juzgado Segundo de la Niñez y Adolescencia de Cuenca, se afirma:

OCTAVO: En cuanto a la capacidad económica del demandado, la actora no ha actuado prueba al respecto, ni tampoco sobre su modo de vida (...) En cuanto a las necesidades de la niña, con la documentación presentada, se ha demostrado los gastos que demanda la garantía del derecho básico de educación en un establecimiento particular, donde la pensión mensual es de \$ 30. NOVENO: Padre y madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento de sus hijos, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección, quienes tienen derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral, derecho que incluye prestaciones que aseguren una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, así como acceso a los servicios de salud, educación de calidad, vestuario adecuado y vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos, conforme manda el Código de la niñez y la Adolescencia, siendo obligación promover el desarrollo integral de niños, adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos, teniendo dichos derechos el carácter de interés superior, conforme establece nuestra Constitución. Por lo que, en aplicación de las normas constitucionales y legales citadas, el ejercicio progresivo de los derechos de la niña, y en base al análisis que antecede, el Suscrito Juez II de la Niñez y Adolescencia del Cantón Cuenca (...)

En la resolución del caso 253-2006, del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Manabí, después de afirmar que no había prueba suficiente, el juez resuelve con base en la siguiente justificación:

Se justifica la solicitud de alimentos que hace la actora para su hijo por la agudización de la crisis económica, repercutiendo en la vida de los niños ya que se vulneran sus derechos, debiendo considerarse sus necesidades, las mismas que son propias de todo ser humano, incluyendo los estudios y la salud, recordando a los padres el deber y obligación de proteger a sus hijos, conforme al principio fundamental de supervivencia y subsistencia, tal como lo dispone el Art. 26 del CNyA, ya que el interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley, que nadie podrá invocarlo contra norma expresa, disposición que está en concordancia con el Art. 48 de la Constitución en relación con el 11 de la Ley de la Materia; ya que inclusive el hecho de que el demandado no tenga trabajo en relación de dependencia no le exime de cumplir con su obligación parental y por ello ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar tampoco falta o impedimento de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los hechos de los niños, niñas y adolescentes; y, aplicando las disposiciones de los Artículos 14, 128 numeral 1 y 135 del CNyA (...)

En la causa 1200-2006, del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Guayas, se resuelve: “En virtud de los considerandos que anteceden y tomando en cuenta que los asuntos de conocimiento y resolución de los jueces especializados de la Niñez y Adolescencia son casos humanos, que en todo proceso este inmerso el bienestar de un menor y debe primar el interés superior de éstos (...)”.

Como ilustran estos ejemplos, “el interés superior del niño” forma parte de un discurso que el juez utiliza como justificación para proceder a fijar la pensión de alimentos en aquellos casos en los que no tiene elementos respecto de los dos asuntos que, en rigor, deberían ser la base de su argumentación. Probada la paternidad, el juez se siente obligado a fijar una pensión alimenticia, a pesar de que las partes no han aportado elementos de convicción y de que el propio juzgador no ordenó actuar las pruebas que se los hubieran proporcionado. En esas circunstancias, que el juez contribuyó parcialmente a generar, los jueces parecen creer que el interés superior del niño les obliga a fijar un monto de pensión alimenticia, o que invocarlo resulta suficiente para justificar la imposición de una pensión. Proceder de otro modo, según

parecen creer, iría en detrimento de los derechos del niño, niña o adolescente<sup>15</sup>.

## VI. Conclusiones

El trabajo realizado sobre aquella porción de la muestra de sentencias referida a resoluciones en materia de pensión de alimentos, constituida por 185 resoluciones, reveló la existencia de algunas debilidades también existentes en sentencias ecuatorianas pertenecientes a otras materias, como la no ubicación de la controversia en los supuestos normativos pertinentes, que afecta –tanto en la muestra general como en la relativa a pensiones alimenticias– a tres de cada diez casos bajo juzgamiento. Sin embargo, en materia de pensiones de alimentos algunos rasgos problemáticos aparecen acentuados; aunque estas deficiencias aparecieron particularmente en materia probatoria, no puede dejar de notarse que dos terceras partes de las resoluciones de alimentos exhibían deficiencias técnicas severas.

La renuncia del juez a usar las normas legales que lo facultan a ordenar la actuación de pruebas resultó notoria en este asunto, dado que ni un solo caso de los 185 contenía este tipo de mandato judicial. La renuncia es más grave si se toma en cuenta que en tres de cada cinco casos se constató haber insuficiencia de pruebas. Asimismo, en la mayor parte de las resoluciones muestreadas el análisis de pruebas fue insuficiente o nulo, no se sopesó adecuadamente los medios de prueba en relación con los hechos materia del conflicto y el juzgador no razonó qué se establecía como probado.

Los principales hallazgos del trabajo en profundidad efectuado sobre 94 resoluciones judiciales corresponden a la falta de cita y análisis de las normas legales que regulan el derecho de alimentos (principalmente, los artículos 11, 129, 135 y 293 del CNyA), la falta de motivación y razonamiento de las re-

---

15 Únicamente en los juzgados de Loja y Cuenca (uno y seis casos respectivamente) se encontró casos en los que se declaraba sin lugar la demanda de alimentos por falta de pruebas. Por ejemplo, en el caso 602-2006, del Juzgado Segundo de la Niñez y Adolescencia de Cuenca: “A la audiencia de prueba conforme consta en el acta respectiva no concurrieron las partes, así como tampoco anunciaron medios probatorios, concluyendo que la actora no ha probado los fundamentos de su pretensión. Por lo expuesto, el suscrito Juez II de la Niñez y la Adolescencia del Cantón Cuenca RESUELVE declarar sin lugar la demanda.”

soluciones en esta materia, y las evidencias de arbitrariedad judicial para fijar el monto de pensión alimenticia. Al lado de estos rasgos, destaca el carácter de letra muerta que la práctica judicial confiere a instituciones del CNyA como la corresponsabilidad parental, los criterios para fijar la pensión alimenticia (necesidades del alimentista y capacidad del obligado) y la capacidad del juez para practicar pruebas de oficio.

Tales datos reflejan una actitud apática del juez, que prefiere guardar pasividad frente al problema que está a su cargo y no utilizar las herramientas legales que tiene para resolver. El CNyA atiende a los principios de protección integral e interés superior, principios que son mal utilizados por el juez al resolver. Este estudio sugiere, pues, que las reformas legales no importan demasiado si las condiciones institucionales son propicias para mantener viejos criterios, actitudes propias del juez civilista tradicional y un posicionamiento pasivo frente al conflicto que se le confía al administrador de justicia.

Derechos y garantías de la niñez y adolescencia:  
Hacia la consolidación de la doctrina  
de protección integral



---

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS  
NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

---

Derechos y garantías de la niñez y adolescencia:  
Hacia la consolidación de la doctrina  
de protección integral

Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma  
*Editores*





José Serrano Salgado  
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

**Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**  
Av. Amazonas y Atahualpa  
Edif. Anexo al Ex Banco Popular  
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469914  
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

Cristian Munduate  
Representante del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia  
UNICEF - Ecuador

**Organización de las Naciones Unidas**  
Av. Amazonas N. 2889 y la Granja  
Telf: (593-2) 2460 330, Fax: 2461 960  
www.un.org.ec

**Equipo de Apoyo**

**Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**  
Tatiana Hidalgo Rueda  
Camilo Pérez

**UNICEF**  
Berenice Cordero  
Víctor Hugo Altuna

**Corrección de estilo**  
Miguel Romero Flores

**Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**  
Esther Almeida  
Guillermo Fernández-Maldonado Castro  
Estefany Jurado Velasteguí

---

La presente publicación ha sido elaborada con el apoyo del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF - Ecuador y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

---

ISBN: 978-9978-92-881-3  
Derechos de autor: 033691  
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador  
1ra. edición: julio 2010

## Contenido

<b>Presentación</b> .....	ix
<i>José Serrano Salgado</i> , Ministro de Justicia y Derechos Humanos	
<b>Presentación</b> .....	xi
<i>Cristian Munduate</i> , Representante del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF - Ecuador	
<b>Prólogo</b> .....	xiii
<i>Ramiro Ávila Sanatamaría</i>	
 <b>I. Enfoques doctrinarios</b>	
<b>Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia</b> .....	3
<i>Emilio García Méndez</i>	
<b>Infancia en indefensión</b> .....	31
<i>Eduardo Bustelo Graffigna</i>	
<b>El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño</b> .....	85
<i>Miguel Cillero Bruñol</i>	
<b>El nuevo paradigma de la niña y el niño en América Latina</b> .....	109
<i>Edson Sêda</i>	
<b>De invisibles a sujetos de derechos: una interpretación desde El principito</b> .....	179
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	

## II. Derechos humanos específicos

El derecho a la salud de niñas, niños y adolescentes en las últimas tres décadas .....	217
---	-----

*Juan Vásquez*

Educación y Equidad. Apuntes sobre el derecho a una educación intercultural y bilingüe para todos los ecuatorianos .....	229
---	-----

*Juan Pablo Bustamante*

Trabajo infantil y derechos de la niñez y adolescencia .....	255
--	-----

*Margarita Velasco Abad*

Trabajo infantil indígena.....	273
--------------------------------	-----

*Fernando García*

Niñez, migración y derechos humanos: instrumentos internacionales de ciudadanía .....	353
--	-----

*Edson Sêda*

La violencia sexual contra la niñez y adolescencia desde una perspectiva de género .....	407
---	-----

*Gayne Villagómez Weir*

## III. Garantías

### 1. Constitucionales

Garantías de los derechos de la infancia y adolescencia (de las legislaciones integrales al “Estado constitucional de derechos”). Algunas notas sobre los mecanismos de aplicación.....	441
---	-----

*Farith Simon Campaña*

Los grandes aprendizajes y retos del Movimiento de Defensa de los Derechos Humanos de la Niñez y Adolescencia en el Ecuador 1990-2008.....	485
--	-----

*Sara Oviedo*

## 2. Políticas sociales

**Adolescencia en América Latina y el Caribe: Orientaciones .....527**  
**para la formulación de políticas**  
*Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe*

## 3. Exigibilidad

**Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes.....573**  
*Ricardo C. Pérez Manrique*

**Protección de derechos amenazados o vulnerados de los niños,**  
**niñas y adolescentes. Aspectos sustanciales procesales .....607**  
*Ricardo C. Pérez Manrique*

**Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento**  
**de los estándares internacionales y regionales de protección**  
**a la niñez en América Latina.....623**  
*Mary Beloff*

**La pensión de alimentos en las resoluciones judiciales ecuatorianas.....659**  
*Luis Pásara y Roque Albuja Ponce*

**Nota biográfica de autoras y autores .....685**



## Presentación

*José Serrano Salgado,*  
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

El libro *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de la protección integral* es un homenaje a los niños, niñas y adolescentes del Ecuador y de la región latinoamericana.

Los niños, niñas y adolescentes, a pesar de los grandes esfuerzos que han hecho los países al reconocer los derechos a nivel constitucional y legal, están en condiciones de vida que son en algunos casos dramáticas. Enfrentar esas condiciones requiere, en primer lugar, doctrina que sostenga y persuada de la necesidad que tienen los estados y las personas adultas para considerar de una vez por todas que los niños, niñas y adolescentes son prioridad nacional. En segundo lugar, esa doctrina que nos debe dar luces para poder mirar la realidad a la luz de los derechos y darnos cuenta de la brecha que existe entre el reconocimiento y la efectiva aplicación de los derechos. Finalmente, para acortar esa brecha, requerimos de garantías que sean accesibles, rápidas, efectivas y adecuadas.

Precisamente este libro trata sobre esas condiciones para la realización de los derechos. En la obra encontramos una variedad inmensa de perspectivas y datos que darán cuenta de la riqueza de pensamiento, prácticas y sugerencias para poder implementar los derechos en sus múltiples dimensiones.

Encontramos además a los pensadores de la región, que podríamos llamar clásicos, como Emilio García Méndez, Eduardo Bustelo, Edson Sêda, Mary Beloff y Miguel Cillero, y a los más importantes propulsores y propulsoras del movimiento de los derechos de los niños en Ecuador, que reflexionan desde la teoría y desde la práctica.

Todas las personas que escriben en este libro tienen un aspecto en común,

que nosotros como Ministerio de Justicia y Derechos Humanos queremos compartir: el compromiso con los derechos y la inconformidad con la realidad.

A todas estas personas, que desinteresadamente nos han autorizado para publicar sus ensayos, queremos agradecerles por sus aportes y comprometernos a tratar de difundir sus propuestas, comentarios y críticas con quienes tienen algún tipo de responsabilidad con la niñez y adolescencia, desde lo jurisdiccional y lo político.

Sin duda, mucho hay que hacer para disminuir la brecha existente entre derechos y realidad. Uno de los granitos de arena en esa lucha permanente consideramos que es el difundir las mejores ideas, bajo la premisa de que éstas pueden alterar realidades.

## Presentación

*Cristian Munduate,*

Representante del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia  
UNICEF - Ecuador

A partir de la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, en 1990, se introduce una nueva visión de la infancia y, en consecuencia, la manera en la que se relaciona la familia, la sociedad y el Estado con la niñez y adolescencia. Esta perspectiva es la que se conoce como “Doctrina de Protección Integral” en tanto reconoce al niño, niña y adolescente como sujetos de derechos, y establece a su vez las responsabilidades públicas en la garantía de los mismos.

La aprobación de la Convención de los Derechos del Niño inició una verdadera revolución jurídica y es innegable su fuerte impacto en la familia, escuela, comunidad, estado y lógicamente en la administración de justicia.

El Ecuador en el año 1990 ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, visibilizando su compromiso de adecuación de su normativa interna y prácticas a los postulados de este tratado, así como también a todos los dispositivos internacionales generales de protección de los derechos humanos, como son los casos de los Protocolos Facultativos a dicha Convención.

El avance normativo, en el caso ecuatoriano, está claramente dividido en dos momentos. En un primer momento que denominaremos como de post-convención en el cual se promulga el Código de Menores (Ley 170. 16-julio-1992), reforma que significó una adecuación formal de la normativa local con la Convención de los Derechos del Niño, pero sin llegar a constituir una transformación efectiva de la consideración jurídica de la niñez y adolescencia; y un segundo momento que se genera a partir de la aprobación del Código de la Niñez y Adolescencia (Ley 100. 03-enero-2003), reforma



que tiene mayor correspondencia con la doctrina de protección integral y demás instrumentos internacionales.

Sin embargo consideramos que quedan vacíos pendientes en los que hay que seguir trabajando, cambios institucionales, culturales y económicos, todos estos avances fundamentales para que las instituciones destinadas a la atención de la infancia y el ejercicio práctico de los operadores del sistema se adecuen plenamente al espíritu y lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos viene presentando de manera regular diferentes textos jurídicos para fortalecer la discusión técnica entre los servidores públicos, profesionales y formadores del país y la sociedad en general. Por su parte, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF– se ha sumado a esta iniciativa, y es grato presentar este nuevo esfuerzo bajo el formato de la publicación *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de protección integral* con el fin de que el uso y consulta de esta herramienta se refleje en la promoción y protección de los derechos humanos de la niñez y adolescencia ecuatoriana.

Concientes de que el proceso de consolidación de la doctrina de protección integral en el país sigue pendiente, ya que continúa una vieja práctica tutelar en el actuar de las instituciones, consideramos que el camino que el Estado y la sociedad ecuatoriana deben recorrer está lleno de retos para lograr que todos los derechos sean para todos los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador.

Esta publicación surge desde la perspectiva de los derechos humanos y la construcción de ciudadanía, asentada en el derecho a tener derechos, no como un mero enunciado sino como un ejercicio efectivo de cada uno de ellos.

En ese sentido, esperamos que este texto contribuya con información necesaria para promover el debate y la acción encaminada a lograr progresivamente la transformación de las instituciones y prácticas culturales que conduzcan a asegurar los derechos de toda la niñez ecuatoriana en cada rincón del país.

## Prólogo

En los años noventa, cuando se realizó la primera reforma importante en la legislación sobre niñez y adolescencia, se debatió intensamente acerca de la adecuación de la ley a los postulados de la Convención de los Derechos del Niño. El contenido de ese debate se podría resumir en la contraposición de dos paradigmas conceptuales. El uno, que se lo conoció como doctrina de la situación irregular, que considera al niño y niña como objeto de protección y que, tras un discurso paternalista, ocultaba profundas y patéticas violaciones a sus derechos. Esta doctrina, a pretexto de protección, privó a los niños, niñas y adolescentes de los más elementales derechos que fueron reconocidos teóricamente a todas las personas. Así, por ejemplo, el debido proceso que, entre otras características, suponía el derecho a ser oído, a presentar y rebatir pruebas, ser representado por abogados y abogadas y que se presuma la inocencia, cuando se trataba de menores de edad simplemente no se aplicaba.

La otra doctrina, conocida como de la protección integral, constituyó una verdadera revolución copernicana con relación a la concepción de niño y niña y su valoración jurídica. De objeto a sujeto de derechos, de meros receptores a protagonistas, de incapaces a actores sociales. El cambio se podría resumir en el reconocimiento que los niños, niñas y adolescentes tienen todos los derechos que se les había reconocido desde el año 1948, con la expedición de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, más otros derechos que son específicos por su especial condición de personas en desarrollo físico y emocional.

Uno podría pensar que ese debate concluyó con la expedición de la ley en 1992 y con la reforma en el año 2003. Pero lo cierto es que los cambios no terminan con la expedición de una ley, por más progresista que fuere, sino que éstos se producen en la realidad cotidiana de todos y cada uno de los niños y niñas. Lamentablemente la realidad de nuestra región y de nuestro país no ha

mejorado sustancialmente. Lo que nos hace pensar que sigue en práctica la doctrina de la situación irregular. En el fondo, podríamos afirmar, seguimos viviendo en sociedades adultocéntricas, que priorizan las formas de ver el mundo propias de las personas adultas. Esta perspectiva se aprecia en todos los órdenes de la vida, basta ver, por ejemplo, los diseños arquitectónicos (ubicación del mango de las puertas), y entre éstos encontramos al derecho.

El libro afronta estos tres órdenes de análisis y, por ello, se divide en tres partes: (1) En la primera parte encontramos la doctrina de la protección integral, (2) en la segunda se analizan algunos derechos específicos y se los contrasta con la realidad, y, (3) en una tercera parte abordamos el problema de la garantía, que es el medio jurídico por medio del cual se acorta la brecha entre realidad y derechos.

### **(1) Enfoques doctrinarios**

En esta parte reproducimos algunos ensayos que son el core de la doctrina de la protección integral. Muchos de esos ensayos fueron ya publicados e incluso han circulado ampliamente en la región. Creemos, sin embargo, que han sido poco conocidos en el Ecuador. Abre el libro uno de los expositores más brillantes y que generó profundas rupturas en la concepción de la niñez desde lo jurídico, Emilio García Méndez. Al profesor García Méndez le debemos muchos de nosotros la primera aproximación histórica, política y jurídica a la concepción del niño y niña como sujetos de derechos. Le siguen otros grandes científicos sociales que más de una vez tuvimos el privilegio de escuchar en Ecuador.

Creemos que mientras existan niños y niñas que sufren constantemente violaciones a sus derechos, la doctrina de la protección integral no perderá vigencia y hay que recordarla una y otra vez.

### **(2) Los derechos humanos específicos**

Nos hubiera encantado dar cuenta de todos y cada uno de los derechos que están reconocidos en la Constitución del 2008 y en la Convención de los Derechos de los Niños, pero este trabajo nos hubiese desbordado. Optamos por pedir contribuciones a compañeros y compañeras del movimiento de

derechos de los niños que han venido trabajando en sus áreas de trabajo varios años. Nos iluminan con sus aportes, basados en su experiencia, reflexiones y a veces hasta en su activismo militante, Juan Vásconez sobre la salud, Juan Pablo Bustamante sobre la educación, Margarita Velasco sobre trabajo infantil, Fernando García sobre trabajo infantil indígena, Edson Sêda sobre migración y Gayne Villagómez sobre la integridad física y emocional con perspectiva de género. Cada uno de estos ensayos nos ayuda a ampliar el contenido de los derechos, a evaluar su aplicación y también nos aportan con propuestas para los poderes públicos.

Los derechos analizados son abordados por nuestra constitución como derechos del buen vivir. Si bien estos derechos son interdependientes e indivisibles del resto de derechos, su descuido y violación afectan gravemente al ejercicio de otros derechos. De ahí la importancia de abordarlos.

Estos ensayos son, en su gran mayoría, inéditos y han sido escritos exclusivamente para esta publicación.

### (3) Garantías

La Constitución del 2008, entre otras innovaciones, aborda al tema de las garantías de forma integral tanto desde la perspectiva de los derechos como de la respuesta estatal que ameritan. Desde la primera, las garantías están diseñadas para ser aplicadas en todos los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y no sólo como era la doctrina tradicional, para los derechos que eran conocidos como derechos civiles y políticos. Desde la perspectiva del Estado, todos y cada uno de los poderes se encuentran vinculados por los derechos, al punto que podríamos afirmar que todo el Estado, que incluye a todos los poderes y a todos los funcionarios públicos que los conforman, es garante de los derechos; de esta forma se rompe también con la concepción restrictiva tradicional que sólo el poder judicial es garante.

La Constitución, y en esa línea la estructura del acápite, divide a las garantías en normativas, políticas y jurisdiccionales. Las normativas tendrían relación con la adecuación normativa y eso creemos que en Ecuador está bastante bien logrado. La Constitución y el Código de la Niñez y Adolescencia que están vigentes adecuan su contenido a todos los postulados de la Con-

vención y de la doctrina de la protección integral. De ahí que no conviene abundar en comentarios a estas normas.

Se abre el acápite con un ensayo escrito por Farith Simon, una de las personas con mayores conocimientos en el país acerca de los aspectos jurídicos de la niñez y adolescencia, las garantías constitucionales y sus mecanismos de aplicación, que resulta ser un excelente marco conceptual para analizar el resto de garantías y las condiciones para su aplicación. Sara Oviedo, que al momento de escribir es la Secretaria Ejecutiva del Consejo de la Niñez y Adolescencia, nos habla sobre los logros y retos del movimiento de la niñez y adolescencia, en el contexto de la participación en la elaboración y ejecución de políticas públicas. La Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe nos aporta con orientaciones para la formulación de políticas públicas. No hay que olvidar que las políticas públicas, como actividad estatal, están reconocidas como emanaciones de poder y, en consecuencia, sujetas al control constitucional.

En las garantías jurisdiccionales, entendidas estas como el mecanismo por medio del cual los jueces y juezas controlan el ejercicio del poder por parte del legislativo, del ejecutivo e incluso de otros servidores judiciales, encontramos algunos artículos agudos que evalúan el funcionamiento y la utilidad del sistema judicial. Por un lado, podemos apreciar que existen serios déficits en la forma de diseñar y operar procesalmente la función judicial. ¿Cómo participa el niño o niña en un juicio? ¿Se viola los derechos de los niños, niñas y adolescentes en un procedimiento judicial? ¿Es eficaz el procedimiento para lograr, por ejemplo, el derecho al sustento (alimentos)? El balance no es muy bueno pero no por ello podemos dejar de pensar que el mecanismo jurisdiccional es vital en el diseño de un estado constitucional de derechos y justicia. Por otro lado, conviene conocer la experiencia de otros países en lo que se ha venido a conocer como litigio estratégico para poder aplicar estándares internacionales y desarrollar a escala nacional el contenido de los derechos.

Estamos seguros de que este libro aportará con nuevos elementos o refrescará los ya adquiridos sobre la doctrina, los derechos y las garantías. Esta colección está pensada en dar insumos a operadores de justicia y personas especialistas en el fenómeno jurídico. En última instancia, lo que nos interesa es que los niños y niñas sientan que son sujetos, ejerzan sus derechos y que, cuando se los vulnera, puedan ser exigidos eficazmente.

## Nota biográfica de autoras y autores

### **Roque Albuja**

Abogado quiteño Graduado de la Universidad San Francisco de Quito. Trabaja en el Estudio Jurídico Quevedo y Ponce. Miembro del Grupo Editorial de la Revista Futuros Abogados Latinoamericanos. Autor de *Indemnización Civil por muerte en el Ecuador*.

### **Ramiro Ávila Santamaría**

Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), máster en Derecho por Columbia University (New York), profesor de Constitucionalismo Contemporáneo y Teoría General de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), profesor de Filosofía de Derecho en la PUCE. Entre los libros que ha escrito y editado se encuentran *Ecuador y el Derecho Internacional Humanitario* (junto con Valencia Amores, CICR, 2006), *Neoconstitucionalismo y Sociedad* (MJDH, 2008), *Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis de doctrina y derecho comparado* (junto con Agustín Grijalva y Rubén Martínez, MJDH, 2008), *Desafíos Constitucionales, la Constitución Ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (MJDH, 2008), *Los derechos sociales y su exigibilidad social* (junto con Christian Curtis, MJDH, 2009), *El género en el derecho, Ensayos críticos* (junto con Judith Salgado y Lola Valladares, MJDH, 2009). Coordinó la Serie de Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad y actualmente se desempeña como docente de la UASB.

### **Mary Beloff**

Abogada, egresada de la Universidad de Buenos Aires. Es máster en Derecho, título que obtuvo en la Universidad de Harvard. En 1994 preparó y desde entonces tiene a su cargo el primer curso sobre justicia juvenil en el marco de la Convención sobre Derechos del Niño en una facultad de derecho Latinoamericana (UBA). Miembro del Comité Académico Consultivo Interdisciplinario del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde el año 2001. Ha participado activamente como experta de diferentes organismos internacionales en el

proceso de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a los sistemas penales de varios países latinoamericanos (El Salvador, Guatemala, Honduras, República Dominicana, Paraguay, Perú, México y Argentina).

**Juan Pablo Bustamante**

Oficial de Educación UNICEF-Ecuador.

**Eduardo Bustelo**

Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad Nacional de Cuyo, máster en Ciencia Política y Administración Pública por FLACSO y Master of Science en Política y Planificación Social en la London School of Economics and Political Science. Desde 1978 ha estado vinculado a Naciones Unidas en el área de política y desarrollo social como consultor de CEPAL y PNUD. Fue funcionario de UNICEF hasta 1997. Ha sido profesor en varias instituciones académicas en la Argentina y el extranjero. Ha sido director de la Maestría en Política Social de la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA. Actualmente dirige la Maestría en Política y Planificación Social de la Universidad Nacional de Cuyo. Se ha desempeñado como viceministro de Desarrollo Social y Medio Ambiente del gobierno nacional y es asesor en política social del gobierno de la provincia de San Juan.

**Miguel Cillero**

Licenciado en Derecho (U. Chile), candidato a Doctor (U. Pablo Olavide). Profesor Investigador Facultad de Derecho Universidad Diego Portales y Consultor de UNICEF.

**Emilio García Méndez**

Abogado graduado en la Universidad de Buenos Aires (1974). PhD en Derecho, Universidad de Saarland, Alemania (1984). Profesor e Investigador del Instituto de Criminología de la Facultad de Derecho, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela (1975-1979). Becario Fundación Friedrich Naumann, Alemania. Asistente de Investigación, Instituto de Derecho y Filosofía Social de la Universidad del Saarland, Alemania (1980-1985). Experto de investigación del Instituto Interregional de Naciones Unidas para Investigaciones sobre el Delito y la Justicia (UNICRI, Roma, Italia, 1985-1990). Fundador de los proyectos Pibes Unidos (Argentina), Gurises Unidos (Uruguay, 1988). Oficial de Proyectos. Coordinador Nacional del Área Niños en Circunstancias Especialmente Difíciles, UNICEF – Brasil (1990 – 1993). Asesor Regional en Derechos del Niño, de la Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe (TACRO – Colombia, 1993 – 1999). Consultor independiente. Profesor titular regular Cátedra de Criminología, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires, Argentina (2000 - 2005). Profesor invitado postgrado de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos

Aires. Consultor del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, Costa Rica. Consultor de UNICER de las Oficinas de Chile, Uruguay, India y Angola. Presidente de la Comisión de Infancia del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Argentina; Presidente de la Fundación Sur-Argentina.

**Fernando García Serrano**

Máster en Antropología por la Universidad Iberoamericana México DF (1979). Profesor investigador en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Ecuador. Autor de varios artículos publicados en temas de interculturalidad.

**Sara Oviedo**

Licenciada y doctora en Sociología por la Universidad Central del Ecuador, Curso de postgrado en Políticas Económicas y Políticas Sociales, organizado por ILDIS-UNICEF Universidad Católica del Ecuador. Coordinadora General del Plan Decenal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia en el año 2003; secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, por dos períodos desde el 2004-2008 y desde el 2008 hasta la presente fecha, logrando la consolidación institucional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia.

**Luis Pásara**

Abogado y doctor en derecho, Fellow del Woodrow Wilson International Center for Scholars (Washington D.C.) y en la Universidad de Notre Dame. Fue consultor sobre sistemas de justicia en varios países de América Latina. Actualmente es investigador del Instituto de Estudios de Iberoamérica y Portugal y profesor de la Universidad de Salamanca (España).

**Ricardo C. Pérez Manrique**

Ministro del Tribunal de Apelaciones de Familia de Uruguay y docente de la Escuela Judicial del mismo país.

**Edson Sêda**

Procurador Federal, miembro de la Comisión Redactora del “Estatuto da Criança e do Adolescente” del Brasil. Premio “Criança e Paz” del UNICEF, de 1995. Consultor de UNICEF para la América Latina (1992/1998). Consultor especialista en temas de infancia.

**Farith Simon Campaña**

Profesor a tiempo completo de la Universidad San Francisco de Quito, doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, estudios de maestría



en “Derechos de infancia y adolescencia” en la Universidad Internacional de Andalucía, estudios de doctorado en “Nuevas tendencias del derecho civil” en la Universidad de Salamanca.

**Juan Vásconez**

Oficial de Salud UNICEF-Ecuador.

**Margarita Velasco A.**

Experta en políticas de salud, docente universitaria de las Universidades Central del Ecuador y Politécnica del Litoral; secretaria Técnica del Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Ha participado dirigiendo o integrando equipos de investigación de cerca de 30 investigaciones sobre las temáticas referidas al monitoreo y análisis del cumplimiento de los derechos de la niñez y adolescencia, así como del Estado y la salud. Ha publicado múltiples artículos y libros, entre ellos los más recientes: “La equidad en la mira: la salud pública en Ecuador en las últimas décadas, OPS-OMS, 2007” donde fue coordinadora y articulista, y “Veeduría ciudadana: Nuevas formas de la participación, ODNA-UNICEF, 2010”.

**Gayne Villagómez Weir**

Graduada en la Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia. Tiene dos diplomados en derechos humanos y género con la Universidad de Chile y de Lund, Suecia. Es militante del movimiento de mujeres y actualmente se desempeña como consultora en temas de mujer, derechos humanos y niñez y ha realizado algunas publicaciones en estas materias. Desde el 2005 es experta del Ecuador ante el Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.



Este Libro se terminó de  
imprimir en julio de 2010  
en la imprenta V&M Gráficas.  
Quito, Ecuador