

# Introducción a una crítica de los derechos del niño

## *Introdução a uma crítica dos direitos das crianças*

Philippe de Dinechin\*

### Resumen

Las estadísticas sobre las condiciones de vida de los niños en América Latina han detallado su grave situación. En verdad, la situación real de los niños se halla en una zona de “no Derecho”. La discusión sobre la promulgación de la Convención de los Derechos del Niño ha sido muy productiva en el sentido de criticar si tal normativa de hecho sirve para promover mayor bienestar de los niños o su foco primordial está involucrado de modo exclusivo con los aspectos legales? Desde este punto de vista, la doctrina de los Derechos del Niño en América Latina, que se presenta como un sistema de pensamiento, deja preguntas sin respuesta. El choque entre las nuevas legislaciones, que supuestamente lo protege, y la realidad que nos muestra que se violan estas normas casi en todas partes, nos invita a cuestionar estas estrategias. En ese sentido, el presente estudio tiene como finalidad investigar si las normas legales realmente han garantido alguna mejora sustancial de la situación de los niños en el mundo y, en particular, en América Latina.

**Palavras claves:** Derechos del Niño. America Latina. Eficacia de los derechos del niño.

### Abstract

*The statistics on the living conditions of children in Latin America have detailed their plight. Indeed, the real situation of the children is in a zone of “no law”. The discussion on the adoption of the Convention on the Rights of the Child has been very productive in the sense of criticizing whether such legislation actually serves to promote greater well-being of children and their primary focus is exclusively concerned with the legal aspects? From this perspective, the doctrine of the Rights of the Child in Latin America, which presents itself as a*

---

\* Doutor em Direito pela Université de Paris 3. Professor no Institut des Hautes Études de l'Amérique latine (Université Sorbonne Nouvelle - Paris 3). Paris - França. Email: pdinechin@hotmail.com

*system of thought, leaves questions unanswered. The clash between the new legislation, which supposedly protects, and reality shows that these standards are violated almost everywhere, invites us to question these strategies. In that sense, this study aims to investigate whether laws have actually guaranteed any substantial improvement in the situation of children in the world and in particular in Latin America.*

**Keywords:** *Children's rights. Latin America. Effectiveness of children's rights. Introducción*

---

En América latina las tasas de repetición escolar siguen altas en varios países. Persisten fuertes inequidades en la conclusión de la primaria. La deserción escolar es más acentuada entre los más pobres. (CEPAL, 2006, p.4). El Comité de los Derechos del Niño (CDN) se preocupa ante la expulsión de adolescentes embarazadas (UNICEF, 2014) de los centros educativos chilenos. En México, en 2005, un niño de seis años fue expulsado del colegio porque era portador del virus del sida.<sup>1</sup> En Brasil, la UNESCO se lamenta de que cerca de medio millón de niños no hayan pisado nunca una escuela<sup>2</sup>. El listado de los notorios incumplimientos en materia educativa es largo.

¿Acaso se deben achacar todos estos problemas a la fatalidad? ¿Acaso el continente no dispone de recursos para educar a sus niños? Hoy en día estos incumplimientos violan el derecho fundamental de cada niño a la educación. Según estipula el artículo 28 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN),

Los Estados parte reconocen el derecho del niño a la educación». Sus carencias y sus necesidades se convierten en derechos reconocidos por los Estados que se comprometen a «adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otro tipo que sean necesarias para poner en práctica los derechos reconocidos por la presente Convención<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Comunicado de prensa, Agencia de Noticias sobre Diversidad Sexual, sep. 2005 (en línea) <http://anodis.com/nota/5657.asp>.

<sup>2</sup> Informe EPT, UNESCO, 2008.

<sup>3</sup> Artículo 4 de la CDN.

La CDN fue aprobada por aclamación el 20 de noviembre de 1989 y experimentó un éxito fulgurante y sin precedentes en los Estados miembros de las Naciones Unidas en cuanto a su ratificación.<sup>4</sup> Según el texto internacional, el niño tiene derecho a la vida, a la salud, a la educación y a una familia desde su nacimiento. También tiene derecho a ser protegido contra todas las formas de discriminación y de maltrato, contra la explotación laboral, contra la guerra. El niño tiene derecho a una identidad cultural y religiosa y a expresarse individual y colectivamente. Su responsabilidad penal está subordinada a una serie de garantías.

El tema de su aplicación es causa de controversia. En América Latina, la reforma de los derechos nacionales in la adopción de medidas concretas y cambios institucionales para aplicarlo no hasido suficientes como para hacer de la Convención un amparo eficaz para impedir de que un gran número de niños muera por enfermedades remediabes, trabaje en condiciones inhumanas o deserte tempranamente las escuelas. La Convención de New York define derechos que son, para algunos de ellos, poco o nada respetados.

La protección de la infancia se convierte en una preocupación internacional a finales del siglo diecinueve. De forma progresiva intelectuales, médicos, juristas y pedagogos han ido sensibilizando a la opinión pública para proteger a los más débiles. Los primeros Congresos<sup>5</sup> sobre la infancia tuvieron lugar en Europa a principios del siglo veinte y ya contaban con la presencia de delegados latinoamericanos.<sup>6</sup> Se sucedieron numerosos congresos regionales que llegaron progresivamente a una visión de la infancia centrada en la protección de los más débiles, los niños abandonados y en la represión de los

---

<sup>4</sup> Estados Unidos y Somalia firmaron la convención el 16 de febrero de 1995 y el 9 de mayo de 2002 respectivamente. Ninguno de los dos países la ha ratificado.

<sup>5</sup> Los primeros congresos se celebraron en 1905 en París, en 1907 en Bruselas, en 1909 en Washington y en 1910 en Buenos Aires. (IGLESIAS; VILLAGRA, 1992, p.389).

<sup>6</sup> Paulina Luisi fue la primera mujer en participar como representante oficial del gobierno de Uruguay en el Comité de Protección de la Infancia de la Sociedad de Naciones. Su trayectoria es una muestra del papel de las feministas y de las socialistas por la protección de la infancia a principios del siglo veinte.

niños con «comportamientos que se apartan de las normas» mediante su internamiento en un reformatorio.<sup>7</sup>

El movimiento de ideas sobre la infancia ha llevado a la creación de una legislación específica tanto en Estados Unidos como en Europa y, posteriormente, en América Latina. Nacidas a principios de siglo, estas leyes, conocidas como “tutelares”<sup>8</sup>, se fueron desarrollando hasta la proclamación de la CDN.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño se promulgó el año del Bicentenario de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo artículo primero estipula que « todos los hombres nacen libres e iguales en derechos<sup>9</sup> ». El preámbulo de la CDN confirma sin ambigüedad este vínculo con los Derechos Humanos al citar, entre otros textos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948. No obstante, la dilución de los Derechos del Niño en los Derechos Humanos pareció insuficiente para proteger a los primeros. Por esta razón, las Naciones Unidas desarrollaron instrumentos jurídicos específicos.<sup>10</sup> Para los promotores de la Convención se trataba de transformar los derechos del niño ya proclamados en 1959, en derechos jurídicamente vinculantes.

El conjunto de los países latinoamericanos ratificó la Convención a principios de los años noventa. En una segunda etapa, integraron las nuevas normas en sus derechos nacionales marcando así su voluntad de reforma. Recordemos que cuando se aprobó la Convención, esta entraba en una contradicción con la legislación anterior y con la práctica jurídica respecto a la infancia en América Latina. Un esfuerzo legislativo considerable a nivel regional y nacional, guiado por una concepción

---

<sup>7</sup> Se ha denunciado posteriormente la confusión en la protección y la represión.

<sup>8</sup> Del latín *tueri*: defender/proteger.

<sup>9</sup> La expresión « todos los hombres » incluye a la humanidad sin excepción, también al niño que nace.

<sup>10</sup> “Reglas mínimas de las Naciones Unidas relativas a la administración de la justicia para menores (Reglas de Beijing). Resolución 40/33 de la Asamblea General, 29 de noviembre de 1985”. Declaración sobre la protección de las mujeres y los niños en períodos de urgencia y de conflicto armado (resolución 3318 (XXIX) de la Asamblea General, 14 de diciembre de 1974. Estos instrumentos son citados en el preámbulo de la CDN.

propia del derecho de la infancia en el continente latinoamericano,<sup>11</sup> permitió el afianzamiento en diez años de un *Corpus Juris* de los Derechos del Niño. El nuevo Derecho de los Niños nace en América Latina en un contexto de transición a la democracia. Se impone en lugares en donde la violencia, las dictaduras militares y la inestabilidad política habían aniquilado el estado de derecho.

La CDN se convierte entonces en la «traducción, en el ámbito de la infancia, de la promoción de la filosofía de los Derechos Humanos » (DEKEUWER-DEFOSSEZ, 1991, p.5) y “se inscribe en la corriente más universal de la garantía y la protección de los Derechos Humanos”». (BRUÑOL, 1997, p.13).

Para algunos autores la Convención ocasionó un sismo jurídico. Las constituciones, las leyes nacionales o federales y los códigos posteriores reflejan esta ruptura y « cambio fundamental que determina una percepción de la infancia radicalmente novedosa». (MENDES, 1997, p.83). Así pues, la CDN marca la línea de división entre el antiguo derecho del niño construido en la primera parte del siglo veinte y el nuevo inspirado de la CDN.

Sin embargo, “la realidad se burla del Derecho”, proclama Eduardo Galeano (2011, p.11) en la introducción de su capítulo sobre la situación de los niños en América Latina. Los niños disputan los restos de comida con los buitres en México D.F.<sup>12</sup> (ALGAR, 2004), sirven de topes en las galerías de las minas de Perú,<sup>13</sup> cosechan café en Colombia,<sup>14</sup> son bañados en pesticidas en las plantaciones de algodón de Nicaragua

---

<sup>11</sup> Esta concepción es un esfuerzo pedagógico de reinterpretación de la CDN por parte de unos juristas latinoamericanos (ver párrafo 2).

<sup>12</sup> El autor señala los graves problemas de desnutrición de los niños mexicanos que « recogen desperdicios de alimentos en el mercado central.

<sup>13</sup> Un comunicado de la OIT del 5 de julio de 2004 precisa que basta con visitar cualquier mina artesanal para encontrar a niños de más de 12 años que trabajan en las galerías.

<sup>14</sup> Según el informe del CLADEHT, 25/29 de septiembre de 1995, en las regiones de Caldas y Risaralda donde se cultiva café, el porcentaje de niños trabajadores ocupados en actividades domésticas o agrícolas oscila entre el 73 y el 80%. La oficina de la UNICEF confirmó estas cifras en Colombia, que señalan que en la zona rural, se detecta que el 87% de los niños y el 50% de las niñas de diez a once años trabajan en el campo. Para la OIT, de los 15 millones de niños que trabajan en América Latina y en el Caribe, el 56% lo hacen en el sector agrícola y tienen entre cinco y siete años.

o en los platanales de Honduras<sup>15</sup>, venden fruta en los mercados de Bogotá, limpian parabrisas en Lima, Quito<sup>16</sup> o en El Salvador, son limpiabotas en Caracas, fabrican balones de fútbol en Haití, o son reclutados por el ejército o la guerrilla en Colombia<sup>17</sup> (LUCAS, 2003), venden su cuerpo en Brasil<sup>18</sup>... La lista de estos derechos burlados se desglosa en diferentes informes, tanto de organismos oficiales como de Organizaciones No Gubernamentales. Hemos escogido este corto retrato del escritor uruguayo para describirla, aunque esté ni completa ni científicamente fundamentada. Nos sirve, sin embargo, como muestra de estos derechos que no resisten la prueba de los hechos.

Nunca en la historia de la infancia tantas estadísticas han detallado su situación. A falta de encontrar soluciones duraderas, las Naciones Unidas han demostrado su talento en el arte de teorizar y de contar. Nunca entregaron una visión tan completa y detallada sobre las condiciones de vida de los niños. Sin embargo, entre los abusos y los incumplimientos, la situación real de los niños se halla en una zona de “no Derecho”.

Reinterpretar la Convención de los Derechos del Niño es una actitud peligrosa, porque, especialmente en América latina, la temática encierra una visión maniqueísta de la cual es difícil extraerse.

Las voces críticas, poco escuchadas, tras la promulgación de la Convención, tienen su fundamento. Para muchos de ellas, no se trata de cuestionar el objetivo perseguido, que es el mayor bienestar de los niños, sino la focalización exclusiva en los aspectos legales? de Derechos del Niño para alcanzarlo. Desde este punto de vista, la doctrina de los

---

<sup>15</sup> En Honduras, según la OIT, el 56% de los 356 000 niños que trabajan lo hacen en el sector agrícola. Instituto Nacional de Estadísticas, Encuesta Permanente de Hogares de Propósitos Múltiples, Módulo de Trabajo Infantil, 2002. Los porcentajes estadísticos son los mismos para Nicaragua, con 253 000 niños.

<sup>16</sup> En Ecuador, hay 1.200.000 niños que trabajan en las grandes ciudades como limpiabotas, vendedores de chicles o de flores, limpiando parabrisas o simplemente pidiendo limosna. La Hora, Quito, Ecuador, 25 de octubre de 2004.

<sup>17</sup> El autor precisa que en Colombia 14 000 niños participan en las hostilidades.

<sup>18</sup> Según un estudio de UNICEF, más de 800 000 menores serían prostituidas en Brasil, Crónica El Mundo, 3 de marzo de 2002.

Derechos del Niño en América Latina, que se presenta como un sistema de pensamiento, deja preguntas sin respuesta.

El choque entre las nuevas legislaciones, que visten al niño de una armadura jurídica que supuestamente lo protege, y la realidad que nos muestra que se violan estas normas casi en todas partes, nos invita a cuestionar estas estrategias?, a preguntarnos si son realmente la garantía, al menos mínima, o suficiente, de una mejora sustancial de la situación de los niños en el mundo y, en particular, en América Latina.

## 2 El éxito “performativo” de la llamada “doctrina de la protección integral”

Las expresiones « situación irregular » y « protección integral » fueron difundidas gracias a los trabajos del Instituto Interamericano del Niño. La primera deriva del término « niño en situación irregular » que fue muy empleado en las primeras legislaciones sobre la infancia a partir 1920; la segunda se propaga a partir de los años noventa.<sup>19</sup> Es importante señalar que, en un sentido estricto hablar de “doctrina” en ambos casos es jurídicamente discutible. Uno de los promotores de este enfoque escribe refiriéndose a la “doctrina de la situación irregular” que “se trata en realidad, de una doctrina jurídica, que poco tiene de doctrina y nada de jurídica”<sup>20</sup>. Por otro lado, la “doctrina de la protección integral” se parece más a un esfuerzo pedagógico de reinterpretación de la CDN.<sup>21</sup>

Los defensores de los Derechos del Niño han adoptado un razonamiento simple y pedagógico que se puede resumir así: hay que reformar el conjunto de las legislaciones latinoamericanas sobre la

---

<sup>19</sup> La expresión “protección integral” está incluida en las declaraciones del X Congreso Panamericano del Niño, que tuvo lugar en 1955 en Panamá.

<sup>20</sup> Autor. **La legislación de “menores” en América latina**: una doctrina en situación irregular en derecho de la infancia/adolescencia en América latina: de la situación irregular a la protección integral. 2. ed. Santafé de Bogotá: Forum-Pacis, 1997.

<sup>21</sup> Utilizamos sin embargo ambos términos por su comodidad y su aceptación generalizada. Ver en tal sentido Beloff (1997).

infancia anteriores a la llegada de la CDN. Las nuevas normas tendrán un impacto sobre la realidad. El primer propósito tuvo un éxito notable.

Algunos juristas latinoamericanos<sup>22</sup> hicieron la distinción entre el viejo derecho del nuevo. Según ellos, el viejo derecho corresponde a la “doctrina de la situación irregular” y el nuevo a la “doctrina de la protección integral”. La primera,<sup>23</sup> motivada por un espíritu de defensa social ante la peligrosidad juvenil, se basa en la diferenciación entre menores y niños. Se trata de una “doctrina tutelar”<sup>24</sup> que implica la judicialización de los problemas sociales, la criminalización de la pobreza, la institucionalización y la segregación de los menores.

Esta justicia es arbitraria y la figura del juez de menores omnipotente. El juez debe actuar « como un buen padre de familia », lo que a menudo se traduce en una visión de compasión del menor abandonado y de represión del menor delincuente. Las penas privativas de libertad no están determinadas y el menor pocas veces es representado por un abogado. Difundido por el Instituto Interamericano del Niño (IIN), el término de « situación irregular » (VILLARROEL, 1993) refiere al derecho de los menores anterior la CDN. La expresión designa el « contexto de problemas » que rodea al menor. La “doctrina de la situación irregular” es resultado de las primeras leyes sobre la infancia, que en su época, conviene recordarlo, se consideraron como un progreso en relación a la falta de diferenciación entre el niño y el adulto existente hasta ese momento.

La segunda doctrina llamada “de la protección integral” se propone desarrollar y detallar el alcance de los nuevos derechos incluidos en la CDN. Es la doctrina del derecho proyectivo, del derecho utópico, del derecho bello. La “doctrina de la protección integral” aborda el derecho como debe ser. Contribuye a la construcción del edificio de los Derechos

---

<sup>22</sup> El eje de reinterpretación de la CDN en América Latina procede de los trabajos de los juristas latinoamericanos comprometidos con la problemática de la infancia: los argentinos Emilio García Méndez y Mary Beloff, el chileno Miguel Cillero Bruñol y los brasileños Edson Seda con el pedagogo Antonio Carlos Gómez da Costa, entre otros.

<sup>23</sup> Podemos encontrar una buena descripción de la doctrina en Beloff (1997).

<sup>24</sup> Aquí el término tutelar está utilizado en un sentido peyorativo de control arbitrario.



del Niño con el fin de influir sobre las constituciones, las leyes, las políticas públicas de infancia y la práctica de los tribunales.

## 2.1 Borrar el «antiguo Derecho»

Los juristas comprometidos con esta reflexión tienen como objetivo orientar el proceso de reformas y eliminar los restos del «antiguo Derecho», fundamentado en la mencionada “doctrina de la situación irregular”. Se trata para ellos de una estrategia de la adecuación del derecho nacional a las normas de la CDN. Por lo tanto, los Estados son evaluados y clasificados<sup>25</sup> según su capacidad para cambiar su legislación y para presentar un conjunto de reglas adecuadas en su totalidad a los principios de la CDN.

El análisis de la situación de los niños y de las mujeres en los códigos penales de América Latina realizado por la jurista mexicana Laura Salinas Beristein (2002) ilustra este esfuerzo pedagógico. Su trabajo consiste en revisar en « qué medida estos códigos (de la niñez) respetan el principio de igualdad de todas las personas como debe suceder en un Estado de Derecho democrático ». (BERISTEIN, 2002, p.25). El tercer capítulo de la obra citada, el más importante, consiste en un análisis de las infracciones penales y en un recuento de los incumplimientos del principio de igualdad. Ningún código sale ileso de esta prueba. Salinas Beristein (2002, p.343) habla de un factor sociológico que describe como « connotaciones » discriminatorias que influyen la reflexión legislativa cuando se interesa por las mujeres y por los niños. Ella concluye sobre la esencia de la estrategia voluntarista de la adecuación jurídica que el cambio de la norma jurídica (la llegada de la derechos del niño) permite a las concepciones discriminatorias retirar uno de sus apoyos conceptuales e institucionales. (BERISTEIN, 2002, p.352). En este proceso hay resistencias.

---

<sup>25</sup> Ver Beloff (1997).

Las nuevas normas se topan con una visión y de una práctica secular.

Esto no es así. De hecho la OC 17 discute estos enfoques en particular el voto del Juez García Ramírez. Se podría decir que la CIDH, el comité y las legislaciones incorporan el enfoque del corpus juris de derechos humanos y en ese sentido: la ley cambió. Pero no porque hubieran adoptado expresamente el enfoque de los dos modelos de forma tan categórica como aquí se afirma.

En parte gracias a los esfuerzos de los “doctrinarios de la protección integral”, la totalidad de los países implicados emprendió una reforma profunda del Derecho de la Infancia. Se trata de un cambio que, en tan sólo diez años, ha influido sobre el Derecho Penal de los menores, sobre el Derecho de Familia y sobre las políticas públicas para la infancia en el conjunto de los países latinoamericanos. Así pues, se han construido los cimientos legales. La CDN integra las nuevas constituciones integran, ya sea de manera explícita o no. Se han votado nuevas leyes y se promulgaron nuevos códigos del niño. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos promueve y da apoyo al corpus juris de protección de derechos humanos del niño: la era de los derechos del niño ha llegado al continente latinoamericano.

## *2.2 Emergencia de la retórica de los derechos del niño*

Este discurso pedagógico sobre los Derechos del Niño es eficaz. Hoy en día, en toda la región, numerosas instituciones públicas o privadas se lo han apropiado. La referencia a la doctrina se halla en la práctica totalidad de las páginas web ministeriales latinoamericanas (Venezuela, Brasil, Argentina, Chile, Paraguay, Uruguay...). Muchos textos sobre políticas públicas dirigidas a la infancia se refieren también a la doctrina de la protección integral. Asimismo, su difusión también es importante en el sector privado de las ONG dedicadas a la infancia. Todas o casi todas se inspiran en la doctrina, que hace de sello de legitimidad para cualquier acción dirigida a los niños.

Se trata, como vimos, de librarse del antiguo Derecho de los menores que, lejos de verse como la fuente o como una de las raíces del nuevo Derecho de los Niños, es considerado como un derecho nefasto. Desde este punto de vista, promover los Derechos de los Niños es una manera de dar la espalda al período autoritario anterior. El proceso de integración de los Derechos Humanos se muestra como irreversible, no sólo en la cultura jurídica, sino también en la sociedad. De este modo, la reflexión jurídica acerca del alcance y de las limitaciones de los derechos del niño paso a un segundo plano. El reto para estos juristas era incorporar la discusión de los derechos del niño en una discusión más amplia, la de la redemocratización del continente. (MÉNDEZ, 1997). Eso explica en parte la creación de una visión absolutista de los Derechos del Niño en América Latina que no deja espacio para la reflexión crítica.

El maniqueísmo es omnipresente en todas las obras de algunos de los teóricos de la llamada “protección integral” y contrapone palabra a palabra las leyes: « Si las antiguas leyes de los menores eran resultado de pequeñas comisiones secretas de expertos, las nuevas leyes de la infancia/adolescencia inspiradas en la CDN son el resultado de un trabajo colectivo fruto de la participación popular ». (MÉNDEZ, 1997, p.237). También contrapone los períodos históricos : « Tras más de 70 años de hegemonía jurídica y cultural absoluta de las leyes de menores fundamentadas en la doctrina de la situación irregular, la CDN produce la transformación más profunda y radical que se recuerda en este campo específico ». (MÉNDEZ, 1997, p.245). Ambas “doctrinas” son de un cierto modo víctimas de este maniqueísmo.

Se presenta a la “doctrina de la protección integral” como parte del derecho, concretamente del derecho de los niños, para llegar a un auténtico proyecto de sociedad democrática. La Convención inaugura, según esta posición, «*un nuevo tipo de derecho constitucional*». (MÉNDEZ, 1997, p.26). Se tratade «*una nueva reformulación del pacto social*» segura «*estar convencido de que la importancia de la nueva refundación del concepto de ciudadanía no se podrá subestimar*». La fuerza de la motivación de los autores comprometidos con esta lucha

es meritoria. No se trata solamente de intentar mejorar la suerte de los niños haciendo respetar sus derechos, sino también (¿o sobre todo?) apoyarse en los principios de la CDN para reformular la relación entre el Estado y los ciudadanos. Mediante el respeto de los Derechos Humanos, que implicaría tanto un trabajo de memoria sobre el pasado y un trabajo de prevención para el futuro, la sociedad debería construirse para que « nunca más » puedan imponerse regímenes autoritarios.

A través de la reconciliación del niños con el mundo adulto, uno de estos autores también ve la reconciliación histórica de las sociedades latinoamericanas. Para éste está claro que los Derechos del Niño no pueden aplicarse sin refundar la sociedad. Otra autora establece un paralelismo entre la Revolución Francesa<sup>26</sup> y la revolución que aporta la CDN, que da a los niños lo que la Declaración de 1789 aporta a los hombres, por lo que el sentido de esta gran reforma de los Derechos del Niño es «*otorgar la ciudadanía a dos tercios de la población de América Latina*». Ella concluye que se trata de luchar para «*extender y consolidar nuestras todavía jóvenes democracias*». Su conferencia titulada «abolir el Derecho que supimos conseguir» se dictó en 1993, poco después del proceso de ratificación de la CDN en América Latina. (BELOFF, 1993). Los escritos posteriores de Beloff (1993) no son tan radicales. No obstante, en ellos podemos encontrar el eje principal de los juristas latinoamericanos<sup>27</sup>: la CDN debe servir para construir un Estado de Derecho. Es así que, progresivamente, un discurso jurídico pensado en su inicio exclusivamente por los menores de dieciocho años se transformó en un discurso político absorbido sin reticencia por los gobiernos.

---

<sup>26</sup> García Méndez (1998, p.27) establece el mismo acercamiento entre la CDN y la Revolución Francesa.

<sup>27</sup> Conviene citar, como ejemplo de lo contrario, el artículo de Mary Beloff (2007, p. 253-295) que aporta una visión crítica sobre los límites de la doctrina de la protección integral: Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina.

### 2.3 Límites de la retórica

Algunos de estos ideólogos reconocen que los cimientos de los Derechos del Niño presenta grietas: a veces las leyes están incompletas y los jueces tienen problemas para abstraerse del antiguo sistema. Nacen las incompatibilidades entre el nuevo Derecho de la Infancia y las resoluciones de los tribunales. Las mentalidades cambian a un ritmo más lento que la ley. La “doctrina de la situación irregular” no acaba de enterrarse y la “doctrina de la protección integral” no acaba de imponerse completamente. Según la expresión de uno de ellos se trata del nacimiento de un «derecho esquizofrénico». No obstante, el autor sostiene que la utopía es necesaria, que «es preciso creer en ella» para que el niño pueda por fin ser un verdadero sujeto de Derecho y que estos derechos sean exigibles y respetados.

Este autor subraya, para no entrar en un debate sobre los fundamentos de los Derechos Humanos, que no se trata de interrogarse sobre los postulados del nuevo Derecho de la Infancia, sino de hacer todo lo posible para que se aplique. Para ilustrar su tesis, cita al filósofo italiano Norberto Bobbio (1990, p.16) que, refiriéndose a la Convención de 1948, escribió: «*La Convención nos obliga a trabajar por la protección de los derechos normativos, abandonando las discusiones bizantinas sobre su justificación*». Es cierto que Bobbio (1991, p.75), en su obra «*El tiempo de los derechos*», insiste en que no es importante encontrar justificaciones a los Derechos Humanos, sino protegerlos.<sup>28</sup>

No obstante, añade al final de su artículo que la dificultad de las condiciones del ejercicio de los Derechos Humanos depende del desarrollo de la sociedad estudiada. Esta cuestión, escribe, «*desafía incluso a la Constitución más avanzada y supone un problema incluso para el mecanismo más perfecto de garantía jurídica*». (BOBBIO, 1991,

---

<sup>28</sup> En la misma línea, Nigel Cantwell, fundador de la ONG Defense Child International, escribe: « No se trata tanto de llenar las lagunas o de emitir críticas al detalle, sino de actuar de manera que las disposiciones existentes se apliquen de la forma más eficaz posible ». Lettre de l'IDEF, Convención Especial Internacional de los Derechos del Niño (1989, p.6).

p.82). Bobbio (1991) precisa que los países en vías de desarrollo no pueden garantizar la mayoría de los derechos sociales. Entonces, el debate se centra en el derecho al desarrollo y se convierte en tautológico. Así cabría preguntarse: ¿deben centrarse los esfuerzos en la evolución y el perfeccionamiento del derecho de la infancia o bien en el desarrollo de una sociedad determinada?

El éxito de la CDN en América Latina ilustra este hecho de manera ambigua, ya que su principal reto no es el más visible necesariamente. A lo largo del debate jurídico sobre la infancia en América Latina se perfila el imperativo de la coherencia y de la consolidación de los frágiles Estados de Derecho. El reto de la CDN iría así más allá del ámbito de la infancia y se convertiría en uno de los pilares de la propia democracia.

Citas de Baratta y el director ejecutivo de unicef: la democracia es buena para los niños – los niños son buenos para la democracia. No es original de los “juristas latinoamericanos”.

Sin duda, por esta razón, se han esfumado las críticas, en pro de la defensa y de la promoción monolítica de los Derechos del Niño.

Hay que recordar de nuevo que aplicación del nuevo instrumento jurídico se topa de bruces con los hechos. A día de hoy, ¿Las normas del nuevo Derecho de la Infancia protegen realmente a los niños latinoamericanos de la explotación, del abandono escolar, del alistamiento en milicias o en guerrillas? Esta una de las preguntas que rehúyen los teóricos de la “doctrina de la protección integral” al reivindicar la importancia de un derecho utópico como ideal que hay que alcanzar. Asimismo, exigir al Derecho que dé una solución definitiva a los abusos que padecen los niños y al mismo tiempo pedirle que sea una herramienta de la reconstrucción democrática es mucho pedir.

La paradoja entre el desarrollo de los Derechos del Niño y el desarrollo de la miseria de los niños parece irreconciliable. ¿Significa esto que la estrategia desarrollada por los abogados latinoamericanos es inútil o incluso contraproducente? No, en absoluto. Esta estrategia actúa al margen de la paradoja: ni la explica, ni la resuelve.

Sin lugar a dudas, deconstruir hoy el discurso oficial y hegemónico sobre los Derechos del Niño en América Latina es la mejor manera de exigir que la precisión del texto sirva para realmente lograr que los niños vivan en un clima de « felicidad, amor y comprensión », como pretende la CDN en su preámbulo.

### 3 Miradas críticas

Esta introducción a una crítica de los Derechos del Niño persigue un objetivo: aportar instrumentos de reflexión a los que luchan por la efectividad de estos derechos. Las siguientes críticas pretenden trazar los límites del discurso retórico legalista sobre los Derechos del Niño. Estas críticas se proponen para ser criticadas a su vez. De este modo, la visión dogmática se sustituye por una visión crítica que busca acabar con la ilusión de que la promoción de los Derechos del Niño sólo a través de reformas legales? es la única respuesta a las situaciones de injusticia y de miseria que padecen.

#### 3.1 Los derechos de los niños son ilusorios

Una de las críticas más valientes y hoy olvidada sobre el alcance de los Derechos Humanos surge de la filosofía del derecho. Para el filósofo del derecho Michel Villey (1990), los derechos de 1789 son irrealizables<sup>29</sup>, contradictorios e ilusorios. Reconoce que «*estos derechos contradictorios son operatorios*», lo que significa que un abogado obra bien al utilizarlos para defender y proteger a su cliente. (VILLEY, 1983, p.14). Tampoco cuestiona la igualdad ontológica del hombre, pero si la definición del Derecho a partir de un individuo aislado o de un grupo determinado, al margen de su relación con los otros. Villey (1983) escribe que estos derechos nacen como un «antídoto», (VILLEY,1983,

---

<sup>29</sup> «No obstante, en primer lugar, permítanme señalar que estos pretendidos derechos (los Derechos Humanos), en la manera en la que están definidos, son irrealizables». (VILLEY, 1983, t.1, p. 145).

p.9) como un remedio contra la opresión. De hecho, Los instrumentos principales de defensa de los Derechos Humanos nacieron del combate contra el soberano (1789) o de la indignación ante los horrores de la guerra (1948). La CDN nace de la emoción que genera la situación de los niños en el mundo.

Para el filósofo, otorgar derechos-libertades a algunas categorías de la población conduce a cometer grandes injusticias, en ocasiones peores de las que se quería combatir. Michel Villey (1983, p.13) da muestras de su sentido del humor cuando procede a una enumeración contradictoria de los «derechos-libertad»: « *el derecho a la vida no se lleva bien con el aborto libre, ni el derecho al matrimonio con el derecho al divorcio, ni el derecho de la mujer o del marido a trabajar con el derecho del niño a la educación*<sup>30</sup>[...]».

La consecuencia de la multiplicación de los Derechos Humanos «decepciona y amarga a las personas», (VILLEY, 1983, p.146) ante la imposibilidad de verlos satisfechos. Asimismo, escribe Villey (1983, p.149) «*la justicia se ve reducida al interés individual*». En este sentido, los derechos subjetivos crean una ilusión: la ilusión de que todo es posible para todos, en nombre de los Derechos Humanos. Ciertamente, es útil releer esta crítica, en lo que se refiere a los Derechos del Niño. ¿Son irrealizables, como demuestra Villey? Sin duda, sería necesario retomar la distinción entre los derechos-creencias y los derechos-libertades. Desde luego, el derecho a un nombre es mucho más fácil de obtener que el derecho a la educación. Por otra parte, la realización parcial o total de algunos derechos matiza las propuestas del filósofo. Se trata de la parte « positiva » de la CDN, que está integrada en el Derecho mediante la ley, y que se aplica. Sin embargo, la irrupción de nuevos derechos como el derecho a la salud o a la educación va en el mismo sentido que apuntaba Villey. La imposibilidad de aplicarlos tal

---

<sup>30</sup> En la línea de Villey, ver Bergel (1985, p.38). «Ante la ausencia de interés y de voluntad del titular del derecho, ante la ausencia de una protección organizada por el Derecho Positivo, o ante la ausencia de oponibilidad al derecho ajeno, los derechos subjetivos no son sino espejismos».



cual esconde el riesgo de convertirse en una frustración a la altura de las esperanzas suscitadas.

Irène Thèry (1992, p.28), profesora de derecho, va más lejos que Villey denunciando la ideología de los derechos del niño como un factor que refuerza una de las tendencias más inquietante de nuestras democracias: sustituir al derecho que piensa las relaciones mutuas unos derechos que fomentan categorías particulares que se oponen a las demás.

### *3.2 Los derechos que dependen de la opinión no son derechos*

La elaboración del Estatuto del niño y del adolescente en Brazil lo ilustra. La Constitución de Brasil de 1988 ha sido analizada desde el punto de vista de los derechos del niño como “una verdadera ruptura con la tradición anterior”<sup>31</sup> (MÉNDEZ, 1997, p.29). debido en parte, a la importante movilización social que la precedió. Para la socióloga brasileña Inaia Maria Moreira de Carvalho (s.d.), es la acción del movimiento social a favor de los derechos del niño que ha permitido la adopción de textos que han producido un cambio en la consideración jurídica de la infancia brasileña.

En un primer lugar, conviene matizar el tema de la participación. Esta idea se encuentra en la tesis del doctorado de María Livia de Tommasi (1997, p.360) que culmina con la entrevista de un militante de los derechos del niño:

Si tú verás verdaderamente cuál ha sido la movilización social, tu verás que ella no era tan grande: es que habían personas muy estratégicas, y estas personas han logrado formar una impresión que ha sido extremadamente útil. Y yo en general, para el medio exterior, digo siempre que esto ha sido una enorme movilización.

---

<sup>31</sup> Referente a la tradición anterior, ver Herzog (1951). La tradición anterior basada en la doctrina de la situación irregular se resume con estas palabras: “Nuestra legislación, escribe el presidente de la Comisión encargada de la revisión del Código de Menores, no hace ninguna distinción entre el niño delincuente y el niño abandonado”.

La mayoría de las publicaciones de estos autores aparecen en publicaciones dirigidas o apoyadas por el UNICEF y son difundidas por el poderoso sitio Internet de la organización internacional. Desde esta perspectiva, el rol de Internet contribuyó en la difusión de la “doctrina”. Las fuentes de información son homogéneas y provienen de algunos sitios de organizaciones poderosas y jerárquicas consagradas a la llamada “doctrina de la protección integral”. Una pequeña red de expertos, altamente especializados, encuentra en Internet un instrumento impresionante de difusión de sus ideas, más que una fuente de alimentación de un debate. (POULIGNY, 2001, p.8)<sup>32</sup>. La producción y sobretodo la difusión de ideas críticas son inexistentes.

Existe un vínculo establecido entre la doctrina, los doctrinarios y el UNICEF. Se trata aquí de una voluntad del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia que ha considerado a la llamada “doctrina de la protección integral” como el relevo teórico de la CDN en el continente. Daniel O’Donnell (2004, p.3), abogado y también consultor de la UNICEF, explica que “el UNICEF ha contratado especialistas que han promovido el intercambio de experiencias e ideas a nivel internacional”. La “doctrina de la protección integral” que ha inspirado a la legislación latinoamericana, es por lo tanto fruto de una comisión de expertos funcionarios o consultores del UNICEF. Con relación a este tema es interesante constatar que uno de estos expertos echaba en cara al derecho anterior a la CDN de ser la obra de un pequeño número de expertos: “Tradicionalmente - escribe García Méndez (1997, p.29) -, las leyes relativas a menores constituyen en América Latina el resultado del trabajo técnico de pequeñas comisiones de expertos”. “Las leyes actuales” – prosigue -, “son el fruto de un extenso debate y de una participación popular”.

Las leyes actuales, para la mayoría, han seguramente conocido una participación de la sociedad civil importante, pero no la “doctrina” que las inspira, que, ella, sí es el fruto “de una pequeña comisión de

---

<sup>32</sup> El autor explica apoyándose en el ejemplo de la campaña de las minas antipersonal que “se observa un proceso muy controlado por un número limitado de individuos, al frente de las organizaciones, y muy jerarquizado, con una débil interactividad en los hechos”. El lobby de los derechos del niño ha seguido un proceso idéntico.

expertos”. Ellos han producido un discurso exitoso sobre los derechos del niño.

En un segundo lugar, es importante, en materia de derecho, cuestionar «la importancia creciente del papel de la opinión» (DUPUY, 2000), como si ésta tuviera como objetivo suplir la ausencia de mecanismos eficaces para hacer respetar estos derechos. Son sorprendentes estos derechos que dependen de la opinión para existir. La importancia de la opinión a la hora de reclamar los derechos del niño es una muestra de que su aplicación no es tan evidente.

Para el Derecho Internacional, la cuestión de la efectividad de las normas es el criterio controvertido pero central de las convenciones internacionales. De este punto de vista, la aplicación de la CDN se fundamenta únicamente en la supuesta buena voluntad de los países signatarios. El profesor Pierre Marie Dupuy (2000) hace hincapié en la precariedad de los procedimientos de garantía de los Derechos Humanos al señalar la escasez de los controles jurisdiccionales y el limitado alcance de los controles administrativos. (DUPUY, 2000, p.223-234). Asimismo, el incesante trabajo de presión jurídica de los promotores de la CDN y de la UNICEF para «imponer» en América Latina y en el mundo los Derechos del Niño es una señal de la debilidad de estos mismos derechos. La insistencia en la participación y en los métodos «nuevos» de producción del Derecho pueden entonces ser interpretados a la inversa, como una marca de su impotencia. Sería necesario monopolizar la atención sobre este derecho para que se reconozca. Hay que leer en estas críticas unos factores explicativos a la falta de justiciabilidad de los derechos del niño. Los derechos así vistos funcionan más como una moral política que depende más de la movilización de la opinión que de los tribunales para prosperar. Y lo peor es que no prosperan. En tal sentido se puede recordar el ejemplo de Brazil que tiene

unas de las leyes más avanzadas a nivel mundial, en materia de protección infantil<sup>33</sup> según la Corte Interamericana

---

<sup>33</sup> OEA/Ser.L/V/II.97 Doc.29 rev.1, 29 de septiembre de 1997, Original: Portugués, “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA 1997 (Capítulo 5).

de derechos humanos. Ya en 1997, Juan Miguel Petit<sup>34</sup>, responsable de una misión especial en Brasil sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía señalaba sin equívoco 'el incumplimiento del Estatuto del Niño y del Adolescente'.

Su conclusión fue retomada por el Comité de los Derechos del Niño (2004, *online*):

En el sector de educación, solamente el 10,29% de los niños que terminan sus estudios están en condiciones de leer correctamente [...]; el 27% de los alumnos de cuarto año trabajan [...]. El informe denuncia también la sobrepoblación de los centros de detención para jóvenes delincuentes [...]. Para terminar, revela la tasa de violencia contra los niños y los adolescentes en Brasil. Desde 1988 a 1990, puntualiza, 4.661 personas menores de 17 años fueron asesinadas, lo que significa alrededor de cuatro asesinatos por día. En la década siguiente, el número de homicidios de jóvenes ascendió a un 77% según un estudio de la UNESCO. (WAISENFISZ, 2002).

En otros términos, la severidad de la situación de los niños en Brasil es denunciada sin cesar no solamente por los organismos especializados, sino también por la cinematografía brasileña<sup>35</sup> a tal punto que se ha podido evocar respecto a niños de la calle, un Estado de no-derecho (de incumplimiento). (POTEL, 2005).

El estatuto brasileño refleja el desafío que plantea la CDN. ¿De qué sirve si no se cumple? Los promotores de los derechos del niño continúan haciendo oídos sordos a este tipo de críticas. Forcemos sobre

---

<sup>34</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, 60° Período de Sesiones. Tema 13 del programa provisional, Los Derechos del Niño, Informe presentado por J.M. Petit, Relator Especial del Secretario General sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

<sup>35</sup> En cinematografía poniendo en escena a niños ver: Pixote, la ley del más débil (1980) de H. Banbenko, Central de Brasil (1998) de W. Salles. La Ciudad de Dios (2002) de F. Mireilles extraído de la novela de Paulo Lins se basa en hechos reales.

la ley, expresan ellos, y los hechos terminarán sucumbiendo. Eso en realidad es lo contrario que se perfila.

### *3.3 Los peligrosos derechos subjetivos del niño*

Si consideramos como Villey que estos derechos subjetivos son discutibles y dependientes de la opinión y de los grupos de presión, entonces su multiplicación nos lleva a la confusión. Jean Carbonnier, sociólogo del derecho, menciona, al respeto, la “explosión o la proliferación de los derechos subjetivos”.

El movimiento de desarrollo de los derechos subjetivos es doble: estos derechos se imponen y se ramifican. Las posibilidades de actuación de los grupos poseedores de derechos subjetivos aumentan y se distinguen. La consecuencia más amenazadora, según Carbonnier (1996, p.121), puede ser el retroceso de los valores colectivos fundadores del Estado de Derecho: «En el discurso ideológico, la exaltación permanente de los Derechos Humanos venía acompañada de un cierto retroceso de los valores colectivos (el pueblo, la democracia, la república)». Conforme Carbonnier (1996, p.122), estos derechos corren el riesgo de entrar en contradicción con los de los padres, la familia o la comunidad. Antes, los valores colectivos dependían del sentimiento de pertenencia al colectivo. Ahora, los esfuerzos se centran en reforzar el sentimiento de pertenencia a un grupo (mujeres, niños...) y conllevan el riesgo de alejar a los titulares de derechos específicos del colectivo en general.

Para él, no se trata de negar la legitimidad de tal o cual derecho, sino de tomar conciencia del efecto perverso de esta proliferación de derechos subjetivos sobre el conjunto del Derecho. Para Carbonnier (1996, p.232), la CDN forma parte del «desenfreno universal de los derechos subjetivos».

Carbonnier (1996, p.159) denuncia la filosofía individualista que se halla tras esta «exaltación del derecho subjetivo». «Detrás de cada norma se esconde un interés que a veces se opone al interés general”.

Irène Théry (1992) ha retomado la argumentación teórica de Carbonnier (1996, p.159):

La actitud que consiste en ver exclusivamente al niño parece muy noble, pero no estoy segura de que para él sea la más favorable [...]. Según ella, 'esta tendencia conlleva la renuncia a pensar en este vínculo, en beneficio de la organización de la desconfianza'.

De este modo, nos encontramos ante la siguiente paradoja: el reconocimiento de los Derechos del Niño como derecho subjetivo supondría un peligro para el propio niño. Siguiendo esta lógica, el niño es visto a partir de sí mismo y no en relación con los otros. No es cierto que el niño resulte vencedor en la confrontación entre los derechos subjetivos.

### *3.4 La preocupante multiplicación de los Derechos del Niño*

La proliferación de la que habla Carbonnier (1996) está muy lejos de haber terminado en lo que concierne a los Derechos del Niño. Como en una especie de partenogénesis, se multiplican apenas nacidos, se reproducen a partir de sí mismos. El asunto se complica cuando el sujeto de estos derechos forma parte de diversos grupos titulares de derechos subjetivos. De este modo, una joven guaraní de Paraguay podría hacer prevalecer sus derechos como niña, como mujer, como joven o como indígena según los intereses en juego.

Cabe recordar que los Derechos de los Niños forman una rama específica de los Derechos Humanos, como pueden serlo los derechos de la mujer, los derechos de las minorías indígenas... Esta rama específica se va complicando. De hecho, en la doctrina latinoamericana y en los textos legislativos aparece con más frecuencia una distinción entre los derechos de los niños y los derechos de los adolescentes<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> La terminología que distingue al niño del adolescente ha sido recogida, entre otros, en el Estatuto brasileño (1989), en los códigos de Bolivia (1999), de Perú (2000), de Costa Rica (1998), de México (200), de Nicaragua (1998), de Honduras (1996), de Paraguay (2001) o de Venezuela (1998). Por regla general, el niño tiene menos de doce años y se le atribuyen unos derechos específicos.

También, comienza a imponerse una distinción entre niños y niñas. El lenguaje se adapta a esta ramificación y ya es ahora habitual referirse a los Derechos del Niño, de la Niña y del Adolescente. La IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) hizo hincapié en las violaciones específicas de los derechos de las niñas y de su discriminación como uno de los doce puntos de preocupación que se incluían en el informe final.

Para las Naciones Unidas, la niña se convierten en un sujeto de derecho distinto del niño y que requiere, más que este último, una protección oficial<sup>37</sup>. Asimismo, la 1ª Convención sobre los Derechos de la Juventud fue firmada en octubre de 2005 por diecisiete países pertenecientes a la Comunidad Iberoamericana, que celebraron su decimoquinta cumbre en Salamanca. El artículo primero de esta nueva Convención determina que el joven es una persona de 15 a 25 años. Este mismo artículo insiste en la complementariedad entre la nueva Convención y la CDN. En el texto se incluyen, entre otros derechos, el derecho a la vida, a la paz, a la integridad personal, a la libertad de conciencia, a la justicia, al honor, a la intimidad, así como el derecho al trabajo.<sup>38</sup>

No obstante, no existe ninguna prueba de que la creación de una figura jurídica distinta aporte por sí sola una mejor protección. El ejemplo de los derechos de los adolescentes ilustra la cuestión del mismo modo que los derechos de la niña. Se ha impulsado diversas iniciativas para crear Declaraciones específicas según el sexo o la edad<sup>39</sup>. Los redactores de la CDN no tuvieron en cuenta esta división de la infancia y se limitaron a fijar un umbral (18 años). De esta manera, los Derechos del Niño se enfrentan a otra contradicción. La única forma de dirigirse hacia la efectividad de estos derechos es precisarlos cada vez más,

---

<sup>37</sup> Naciones Unidas, A/RES/50/154, 15 de febrero de 1996.

<sup>38</sup> Se puede imaginar las polémicas académicas entre el derecho a trabajar del joven de quince años versus el niño trabajador de quince años.

<sup>39</sup> “La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres” ha dado lugar a estudios específicos para proteger los Derechos de las Niñas.

pero la precisión implica tal complejidad que conduce en ocasiones a una inaplicabilidad. La escasez de derechos es más fácil de gestionar que la abundancia. Esta creación de sujetos jurídicos diferentes unos de otros complica de forma exponencial la cuestión de los Derechos del Niño. Multiplica de tal manera los derechos exigibles que existen subdivisiones en el interior de la categoría niño, entendida como ser humano de menos de 18 años.

La estrategia de las Naciones Unidas, que se preocupa por proteger lo más eficazmente posible a los que considera como los más débiles, se ve sustituida rápidamente tanto por los organismos privados que se encargan de la infancia, como por las propias legislaciones. La idea general que inspira esta política presupone en que el hecho de dirigirse a un grupo preciso, por ejemplo a los niños de 12 a 14 años, permite acercarse más a las aspiraciones específicas como grupo y que por lo tanto favorece el respeto de sus derechos.

Ya en la Grecia Clásica, o en el Imperio Romano, pasando por las sociedades occidentales o tribales, los niños adquieren derechos o prerrogativas nuevas a medida que crecen; lo que difiere de una sociedad a otra es la cesura y el papel que se atribuye tanto al sexo como a la edad del niño, junto con otros parámetros culturales, sociológicos y psicológicos. Existe en esta proliferación un riesgo de llegar a una cacofonía jurídica, provocar una pérdida de sustancia de los Derechos del Niño y ocasionar conflictos entre leyes de categorías tan definidas.

Desde este punto de vista, la proliferación de derechos particulares conduce al debilitamiento de los Derechos Humanos. El ejercicio de estos derechos, opuestos y exigibles, se vuelve complejo debido a los conflictos que pueden suscitar y de la desaparición de la reciprocidad entre derechos y deberes. Igualmente, la ramificación de los Derechos del Niño también supone un límite al universalismo del que presume la CDN.

El juez de menores Jean Zermatten (1997), elegido en mayo de 2005 como miembro del Comité de los Derechos del Niño de Ginebra, se refiere a los Derechos del Niño como «un verdadero laberinto». «[...]



En dos décadas en este ámbito han aparecido más de un centenar de documentos de alcance internacional sin que se conozca de forma precisa la importancia de tal tratado en relación a tal otro y, sobre todo, sin que nadie se haya preocupado de aclarar la articulación de estas disposiciones entre sí». Tocqueville en su tiempo veía en la « red de pequeñas reglas complejas, minuciosas y uniformes» la consolidación del poder del soberano y la degradación del pueblo.

A causa de esta multiplicación de las normas, de las instancias y de los procedimientos, el Derecho no sólo se ha vuelto más complejo sino que se ha convertido en un verdadero embrollo. ¿Quién puede a día de hoy comprender de forma exhaustiva el Derecho de los Niños? Esta complejidad a su vez implica comprensión y especialización. Surge una nueva categoría de experto jurídico en infancia. Después de los jueces, los abogados se especializan. En las universidades, las clases de Derecho de Familia se subdividen para darle una mayor importancia a los Derechos del Niño. La declinación de los Derechos Humanos en derechos específicos se materializa en la diversidad de los productos universitarios. En la lógica del mercado jurídico, las obras y los cursos especializados sobre los Derechos de los Niños se multiplican. El IIN y las grandes universidades latinoamericanas han desarrollado módulos de formación a distancia sobre el Derecho de los Niños. Para los juristas la comprensión de este ámbito no siempre es fácil y esta comprensión es todavía más ardua para los principales poseedores de estos derechos: los niños. Esta complejidad de las normas hace que nadie llegue a dominar realmente el tema.

### **3.5 Derechos del Niño: ¿más protección o más control?**

Se intuye ahora que la llegada de nuevas normas en el campo de la niñez no aportaron cambios radicales en sus condiciones de vida. En otros términos, queda por demostrar que el cambio de la ley por si solo tiene un impacto sobre la realidad. Lo mismo pasa con el tema de la autonomía de niño.

Un estudio inglés<sup>40</sup> (LANSDOWN, 1991) demuestra que, en veinte años, de 1971 a 1990, en el Reino Unido, la edad a la que los padres dejaban a sus hijos coger solos el autobús había aumentado considerablemente. En otras palabras, la autonomía del niño occidental ha disminuido en el siglo veinte en algunos aspectos: ir solo al colegio, estar con otros niños, trabajar, jugar fuera de casa... El profesor de Ciencias de la Educación, Gilles Brougière (1999), menciona la «paradoja entre la enunciación de derechos abstractos sobre la autonomía y la reducción real de esta autonomía con el pretexto de la protección<sup>41</sup>».

Es decir, de manera general, el impacto social que ha provocado la CDN en el ámbito de la protección de la infancia en las sociedades occidentales no ha provocado un cambio hacia más autonomía en el niño. Más bien al contrario: el Derecho ha seguido la idea de una mayor protección de la infancia. Se traduce jurídicamente en la exigencia de protección de la sociedad respecto a los niños y mutuamente, que a su vez se concreta en un mayor control de sus movimientos. Los derechos del niño moderno aumentan a medida que su libertad para ir y venir disminuye. No se trata simplemente de una limitación de movimientos para protegerlo, sino también de su libertad de pensamiento truncada por las introspecciones permanentes de las que es objeto.<sup>42</sup> De este modo, el niño paga su reciente incremento de atención a cambio de un mayor control.

El historiador Cunningham muestra en su «Historia de la Infancia» que el mundo «de fuera» se presenta cada vez más como un peligro al mismo tiempo que la autoridad del adulto se debilita<sup>43</sup>, lo que implica que el niño no puede recibir la protección prometida.

---

<sup>40</sup> En 1971, el 80% de los niños de siete/ocho años podían coger solos el autobús. En 1990 no eran más que un 9%.

<sup>41</sup> El sociólogo Alain Touraine demuestra que el niño actual posee una independencia jurídica, psicológica y moral más precoz pero que se incorpora más tarde a la vida profesional. Colectivo, « el Derecho y la pasión por crecer », Revue Autrement n°123, septiembre de 1991, p.175.

<sup>42</sup> La psicología también interpreta la CDN como un «elemento de desvinculación» entre el niño y su familia por dos razones. La primera es que acarrea una confusión entre las necesidades de los niños y los derechos. Las necesidades se convierten en «derechos a...»

<sup>43</sup> Asimismo, véase la crítica de Hannah Arendt

El niño se vuelve un producto que es necesario “conservar” porque resulta útil y porque -demografía obliga -, son menos. La familia abandona la calle y la plaza pública para refugiarse en sí misma. En el momento en que el Estado aumenta su control sobre los niños, éstos no ven otros horizontes más que el de su propia familia. La historia de la infancia,<sup>44</sup> nos dice Donzelot, es la historia de su control. Coincide en esto con Michel Foucault (1987, p.143) que hablará del colegio como un lugar de encierro: “existió el gran encierro de los vagabundos y de los miserables; han habido otros más discretos, pero insidiosos y eficaces”.

### 3.6 Los Derechos del Niño niegan el Derecho a la Infancia

El Derecho de los Niños es un derecho de adultos, pensado por adultos y aplicado por adultos<sup>45</sup>, incluso si se toma en cuenta el espacio (controlado) para la participación de los niños. En Francia, desde que entró en vigor la CDN, se alzaron voces críticas, rompiendo con el consenso sobre el texto internacional. Una de ellas resume la principal razón de oposición al texto de las Naciones Unidas. En un corto artículo publicado en el periódico *Le Monde* el filósofo Alain Finkelkraut (1990) denuncia una comprensión literal de los Derechos del Niño. «Ver en él (el niño) una persona formada y no una persona en potencia, supone,

---

<sup>44</sup> Escribir la historia de la infancia es una tarea complicada G. Salazar, “Infancia en Chile durante los siglos XIX y XX”, Conferencia para las Instituciones vinculadas a la Infancia en la Quinta región de Chile, San Felipe, Chile, 28 y 29 de junio de 2001. Para el historiador chileno, “los niños no dejan muchas marcas para reproducir su historia. Los niños no hacen las cosas que hacen los grandes. No hacen golpes de Estado, no establecen políticas públicas [...]. Hacer la historia de los niños es muy complicada”. De hecho, el niño es parte de la historia cuando se hace adulto. Esta dificultad de hacer la historia del niño es a menudo evocada, ver: M.V. Alzate Piedrahita, “El descubrimiento de la infancia: historia de un sentimiento”, Revista de ciencias humanas, n° 30, Universidad Tecnológica de Pereira, Colombia, diciembre de 2002. Para el autor, la historia de la infancia se inicia con Ariès (1973) que ha mostrado justamente el carácter invisible de las concepciones de la infancia. En este sentido, R. Salinas Meza (2001, p.11). “La presencia del niño en la historia ha sido una auténtica presencia oculta lo que hace difícil la tarea del historiador cuando quiere identificar estos rasgos porque ellos se confunden casi siempre con aquéllos de la vida de los adultos”.

<sup>45</sup> En este sentido, J. Ennew, «History of Children's Rights: Whose Story», en *Rethinking Childhood, Cultural Survival Quarterly*, Cambridge, 1999. La historia de los Derechos de los Niños es la historia de las acciones de los adultos.

bajo la apariencia del más generoso liberalismo, negarle de manera feroz la ligereza, la despreocupación o la irresponsabilidad que son sus principales privilegios, para exponerlos, mientras se encuentra indefenso, a todos los condicionamientos y a todas las codicias». Esta crítica - citada más de una vez<sup>46</sup> -, se apoya en el supuesto espíritu de la CDN y no en artículos precisos sobre las obligaciones de los Estados con respecto a ellos. Finkelkraut denuncia la ideología de los Derechos del Niño. El filósofo contrapone los Derechos del Niño con el derecho a ser niño<sup>47</sup>. Según él, habría una incompatibilidad entre ambos en nombre de una ciudadanía que es imposible para un ser en desarrollo que no puede ser considerado como ciudadano. Para Finkelkraut, la infancia debe ser tiempo de despreocupación y de irresponsabilidad. Obligar al niño a convertirse en ciudadano, a través del reconocimiento de sus derechos, supone un abuso de poder que el niño no ha pedido. Escribe en otro artículo que asistimos a «la infantilización generalizada de la sociedad<sup>48</sup>». Finkelkraut reclama la incapacidad del niño en razón a su derecho a la irresponsabilidad.

Así pues, se ha contrapuesto el Derecho a la Infancia a los Derechos del Niño. Aquéllos que, como Alain Finkelkraut, preconizan el primero en contra del segundo, serían los « proteccionistas » o tradicionalistas que ven en el niño un objeto de derecho que « proteger ». Defienden el Derecho a la Infancia siguiendo el espíritu de las Declaraciones de 1924 y de 1959 que ponen énfasis en la protección del niño. Otros, los liberacionistas<sup>49</sup>, de inspiración anglosajona, interpretan la CDN como el texto fundador de la liberación de los niños a través del ejercicio de sus derechos. (THÉRY, 1992).

---

<sup>46</sup> En particular en Renaut (2002, p. 343).

<sup>47</sup> En el mismo sentido: Louis Roussel, *L'enfance oubliée* [La infancia olvidada]. París, Odile Jacob, 2001. El sociólogo concluye que es preciso « devolver la niñez al niño ». Asimismo, Louis Hauser acabó el coloquio consagrado al niño y a las Convenciones Internacionales con estas palabras « Tengamos cuidado con que un día, uno de nosotros pueda decir: me has robado mi infancia porque creías demasiado en el Derecho ». (RUBELLIN-DEVICHI; RAINIER, 1996, p. 497).

<sup>48</sup> Colectivo, « Le droit et la passion de grandir » [«El Derecho y la pasión por crecer»], *Revue Autrement* n°123, septiembre de 1991, p.177.

<sup>49</sup> La distinción es de Dominique Youf.

Conviene aquí recordar las reflexiones de Hannah Arendt (1989, p.127) sobre la autoridad. Sin hacer referencia explícita a los derechos de la infancia, ya denunciaba los métodos modernos en materia de educación que “realmente han intentado llevar a la práctica este absurdo que consiste en tratar los niños como unos menores oprimidos que tiene necesidad de liberarse”. Para ella, el problema de la educación infantil - el capítulo sobre la crisis de la cultura se refiere a la infancia de los Estados Unidos en los años cincuenta - es un tema de autoridad. Abolirla, es “negarse a asumir la responsabilidad del mundo en el cual han puesto los niños”. Para que el niño se apropie el mundo y pueda transformarlo, hay que enseñárselo. Como lo expresa la psicóloga canadiense Marie-Claude Blais (2002, p.143) “las reglas de la vida social no le son dadas con su venida al mundo”. El análisis de Arendt (1989, p.127) va más allá de las reglas sociales. Para enseñar el mundo a los niños, hay que creer en él. Esta transmisión del mundo es una tarea educativa que desborda ampliamente el marco estrecho de los derechos del niño.

Los temas de autoridad y de autonomía quedan bastante ocultados en el debate sobre derechos del niño. Profundizarlos permitiría a la pedagogía asumir su papel curiosamente postergado en la reflexión sobre los derechos del niño.

En América Latina - por las razones que hemos señalado - este debate casi no existe. Una hipótesis atrevida consistiría en reconsiderar los aportes del tutelarismo desde el punto de vista etimológico.

### *3.7 Los Derechos del Niño han sido pensados para los niños pobres*

Investigando sobre los niños pobres del siglo XVII Hugh Cunningham (1991) se preguntaba: « ¿Qué sucedió con los hijos de los pobres cuando tuvieron un tipo de infancia que había sido construida para los hijos de la clase media?». Para Cunningham (1991) la distinción no desapareció rápidamente. Hasta tal punto que el Derecho de Menores fue ideado para los «hijos de pobres », que inspiraban al mismo tiempo miedo y simpatía. El autor argentino García Méndez se refiere a la represión y a la compasión. Para él, la llegada de los Derechos

del Niño marcaría en el Derecho el fin de la distinción de derechos de niños de sociedades diferentes. Como Cunningham (1991), podríamos preguntarnos: ¿qué sucede hoy con los niños latinoamericanos una vez que tienen acceso a derechos pensados a partir de la realidad de la infancia occidental? Paradójicamente y a primera vista el debate sobre derechos del niño en Europa no tiene la misma carga ideológica que en América latina.

Volvemos de nuevo a una antigua crítica de los Derechos Humanos. Desde este punto de vista, el análisis marxista es esclarecedor y tiene hoy algo de picardía. Hacer referencia a la visión de Marx sobre los Derechos Humanos tiene un particular interés por porque Marx se interesó especialmente por la producción de los Derechos Humanos. No es así. Ninguno tenía formación marxista ni militancia en agrupaciones de izquierda.

Para Marx, los Derechos Humanos son fruto del pensamiento dominante, y por lo tanto, están hechos para los pobres. En el marco de un proyecto innovador de investigación<sup>50</sup>, se interroga sobre el hecho de que la “doctrina de la protección integral” y sus proyecciones constituyan una ideología en el sentido marxista del término. Es decir, según ella, un conjunto de ideas en relación con una realidad, no para explicarla ni transformarla, sino para justificarla de una forma imaginaria. En otras palabras, la “doctrina de la protección integral” sería un discurso seductor, sin verdadera relación con una minuciosa aplicación de los Derechos del Niño.

En América Latina, los promotores de los Derechos del Niño no está comprobado ni hay datos que permitan concluir esto. No consideraron conveniente señalar la historia crítica de los Derechos Humanos a la que se dedicó Marx (1843, p.37-39). Escribió sobre los Derechos Humanos:

---

<sup>50</sup> G. Magistris, F. e Ortiz Luna y V. Reinoso (2004/2005) han tenido la amabilidad de facilitarme su proyecto de investigación. Este grupo de investigación se caracteriza por defender los derechos del niño a partir de una visión crítica de la CDN, tendencia lo suficientemente peculiar en América Latina como para ser señalada.

*«Ninguno de los supuestos Derechos Humanos va más allá del hombre egoísta, el hombre como miembro de la sociedad burguesa, es decir, un individuo separado de la comunidad, encerrado en sí mismo, preocupado únicamente por su interés personal y que no obedece sino a su privada arbitrariedad».*

Desde este enfoque, el análisis marxista se acerca al de Jean Carbonnier que, en el desarrollo de los derechos subjetivos, ve un retroceso de los valores colectivos.

Marx continúa el análisis centrándose en el estudio de cuatro derechos reconocidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793: « la igualdad, la libertad, la seguridad y la propiedad ». Concluye: *«como el hombre no se liberó de la religión, obtuvo la libertad de culto; como no se liberó de la propiedad, obtuvo la libertad de la propiedad; como no se liberó del egoísmo del trabajo, obtuvo la libertad de trabajo »*. Diríamos siguiendo Marx: los niños no tuvieron educación de calidad, obtuvieron el derecho a la educación. Para él, la distinción entre el hombre y el ciudadano limita la verdadera liberación de éste último.

Siguiendo esta lógica, podemos preguntarnos si el discurso sobre los Derechos del Niño es un medio para perpetuar en los hechos lo que ha sido abolido en el Derecho. Karl Marx (1947, p.42) denunció el escándalo de los niños trabajadores y también el discurso vigente sobre la infancia:

*«Las declamaciones burguesas sobre la familia y la educación, sobre los dulces vínculos que unen al niño con sus padres, cada vez son más repugnantes, a medida que la gran industria destruye todo vínculo familiar para el proletario y transforma a los niños en simples artículos de comercio, en simples instrumentos de trabajo.»*

El filósofo alemán denuncia en un capítulo de *El Capital* las condiciones de trabajo de los niños: *«¡Hagamos trabajar a las mujeres y a los niños! –es lo que se dijo el capital cuando comenzó a utilizar*

*máquinas*<sup>51</sup>». (MARX, 1965, p.78). Para Marx (1965), el «*capital*» es el responsable de los fenómenos de dislocación de la familia. Las madres, obligadas a trabajar en la industria, ya no podían ocuparse de sus hijos : «*Como algunas funciones de la familia, como el cuidado o la lactancia de los hijos, no podían suprimirse totalmente, las madres confiscadas por el capital se vieron más o menos forzadas a alquilar sustitutas*». Para Marx, el trabajo de los niños y de las mujeres no es una fatalidad, sino más bien una necesidad de la industria en expansión.

Entonces, la pregunta es: la CDN, que se dirige a todos los niños del mundo, ¿*realmente* reduce esta fractura o más bien induce a un discurso engañoso sobre la infancia?, ¿*escondería* esta igualdad en derechos una iniquidad en los hechos?

Si estudiamos el mapa de las flagrantes y masivas violaciones de los Derechos del Niño, nos damos cuenta de que se superpone al mapa de reparto de riquezas en el mundo. Por esta precisa razón, el análisis marxista no puede ser apartado de un manotazo, ya que da cuenta de una debilidad en el discurso sobre los Derechos del Niño. En un sistema económico similar, las soluciones jurídicas son homogéneas, lo que nos hace introducir de nuevo la idea de que el nuevo discurso sobre los Derechos del Niño no es sino una justificación intelectual de la violación de estos derechos. Si el cambio en las normas jurídicas y, en especial, la aprobación de la CDN y su integración más o menos completa en los derechos internos no provoca una mejora significativa de los derechos del niño, entonces. Reiteramos la pregunta: ¿cuál es su utilidad?

La crítica latinoamericana de las leyes sobre la infancia anteriores a la Convención se refiere justamente a esta cuestión. Las legislaciones se dirigían *únicamente* a los niños pobres, los niños abandonados, los niños delincuentes. La considerable aportación de la nueva legislación supone, siempre según los ideólogos, que se dirige a todos los niños.

---

<sup>51</sup> MARX, Karl. El Capital, Edición popular, por Julien Berchardt. Texto francés de J.-P. Samson, 1919, PUF, París 1965, p. 78. En general, el capítulo « Apropiación de las fuerzas de trabajo suplementarias. Trabajo de las mujeres y los niños ».



No obstante, el nuevo discurso sobre los derechos del niño no reduce esta diferencia existente entre los niños «*económica y socialmente favorecidos*» y los otros. Al o sumo, aporta una argumentación, un sustrato jurídico, incluso ideológico, para combatirla. Este es el postulado de los defensores de los Derechos del Niño. Según ellos, la aplicación real de la CDN permitiría la igualdad de los niños a través de sus derechos. En general, los ideólogos de los Derechos del Niño reivindican la utopía contenida en este razonamiento: mediante los Derechos del Niño, se pasaría de la alienación del niño, causada por el antiguo Derecho, a su liberación gracias al nuevo.

Según uno de estos autores en América Latina vemos cómo se desarrolla el concepto de un derecho utópico destinado a cambiar las estructuras sociales, un derecho que permite fijar objetivos para mejorar la suerte de los niños. Esta tesis es peligrosa intelectualmente y, en cierto modo, daría la razón a Marx, ya que la promesa de un futuro mejor convertiría entonces al presente en aceptable. Esta crítica no se sitúa *únicamente* en el plano teórico: precisamente esta diferencia entre los Derechos del Niño y su falta de aplicación supone un problema. En este sentido, los Derechos de los Niños convierten en aceptable una situación que de hecho no lo es. Los Derechos del Niño, elaborados jurídicamente, enmascaran la realidad del niño pobre latinoamericano, especialmente maltratado. Así pues, la ideología cumpliría su función de ocultar el hecho socialmente inaceptable mediante una teoría «*utópica*» que promete un mundo mejor para la infancia del continente, pero en un momento más o menos lejano.

### 3.8 ¿A quién beneficia el derecho?

Desde su creación se ha criticado la Convención, al considerarla una visión occidental sobre el niño. El niño occidental idealizado en los trabajos preparatorios de la CDN se convertiría en el niño internacional a través del Derecho Internacional, es decir, en un niño que se beneficia de unas reglas comunes, independientemente de su cultura. En los trabajos preparatorios, durante la 35ª sesión de la Comisión de los

Derechos Humanos (1979) no estaban presentes más de 30 países en el grupo de trabajo: 30 países en los que los Estados occidentales y las ONG internacionales estaban sobre representados. Nigel Cantwell, observador privilegiado de los trabajos preparatorios, insiste en la inspiración occidental del texto con estas palabras « los *peligros de que las conclusiones (de los trabajos preparatorios) se traduzcan en un texto excesivamente influenciado por el Norte eran amplias y estaban justificadas* »<sup>52</sup>. (DELER; FAURÉ; PIVETEAU; ROCA, 1988, p.23).

Así pues se debe estudiar la CDN teniendo en cuenta las circunstancias que la originaron, captar no sólo las necesidades que la justifican (la situación de los niños) sino también la política a la que va asociada. En otras palabras, limitarse a exigir la aplicación de la CDN de forma profética<sup>53</sup> o angelical<sup>54</sup> sin considerar las «estructuras» que la acompañan, constituye más que un riesgo de una mala interpretación jurídica, un error en cuanto a la eficacia del objetivo final y unánimemente compartido: el mayor bienestar de los niños. La simultaneidad y la homogeneidad de las reformas que acompañaron a la Convención de Nueva York dan lugar a cuestionarse la existencia de «la mano invisible» que las guía. Por más que explícitamente no «quiera» transmitir una visión del niño, el Occidente traslada sus ideas y conceptos tanto en el ámbito cultural como en el jurídico, marcando el imaginario colectivo e influyendo en la vida cotidiana. De hecho, el «*American way of life*» es el sueño de gran parte de los jóvenes latinoamericanos. De esta manera, progresivamente, se impone una visión particular del niño, fuertemente impregnada por la corriente anglosajona « liberacionista ». (ARIÈS, 1989, p.128).

Los Derechos Humanos nacieron en occidente. Sospechoso nacimiento que, para muchos, deja caer una duda sobre su finalidad:

---

<sup>52</sup> Asimismo consultar Pilotti (2001, p.13).

<sup>53</sup> véase García Méndez (1997).

<sup>54</sup> ONG que trabajan con niños.

¿los Derechos Humanos servirían a los intereses de los países que los han creado? Sobre esta cuestión, la politóloga Béatrice Pouligny-Morgan afirma que

*«una importante forma de dominación de los Estados reside en la propia referencia a la universalidad de los Derechos Humanos [...] que puede, al menos en algunos casos, constituir una forma hábil de disfrazar los intereses de los Estados del Norte».*

Dezalay y Garth (2002) han llamado la atención sobre el fenómeno de importación y de exportación del Derecho, y en particular de los Derechos Humanos, hacia América Latina. La difusión de nuevas ideas - concluyen los autores - tras un buen análisis de las redes de poder, viene a reforzar, en el continente latinoamericano, la hegemonía política norteamericana. Esta tesis polémica dota de un nuevo sentido a las Convenciones Internacionales de los Derechos Humanos que, comprendidas de manera literal, tienen por finalidad proteger al hombre pisoteado. Asimismo, serían portadoras de un proyecto de sociedad y de una visión del hombre que una segunda lectura hace más evidente. Para Dezalay y Barth (2002, p.30),

*«el mayor reto de estas repetidas batallas es la descalificación del modelo de un Estado fuerte, capaz de orquestar el desarrollo nacional, en beneficio de un Estado reducido mediante una política de desregulación conforme a las exigencias del mercado internacional y a los preceptos de la ideología neoliberal».*

Los autores ilustran este análisis con dos ejemplos que son, por un lado, la progresiva instalación en el continente de políticas neoliberales, cuyo modelo estaría influenciado por los «Chicago boys» en el Chile de Pinochet; y, por otro lado, el desarrollo de los Derechos Humanos que, al oponerse a las dictaduras, acompaña y «refuerza» el proyecto de sociedad liberal. La producción del Derecho es obra de unos actores precisos, identificados, pero cuya estrategia no es fácil de entender. La regla del Derecho, ya sea la ley nacional o la Convención Internacional, es obra de poderes particulares, nacionales o internacionales, que

responden, al producir derechos, a unas necesidades y a unas políticas determinadas. Dezalay y Barth (2002, p.26) o resumen con esta frase: *«las concepciones, los saberes y los usos del Derecho son indisolubles de la estructura de campo del poder estatal en la que se incluyen y que refuerzan»*.

Esta exportación hacia América Latina entra dentro de una lógica de exportación de los Derechos Humanos. Con un estilo decididamente polémico, Dezalay y Barth (2002, p.27) recuerdan que *« el Derecho y los juristas siempre han sido instrumentos privilegiados de las políticas coloniales»*. Para lograr su implantación en América Latina, la CDN tuvo que apoyarse en los relevos locales, en concreto en aquellos que formularon la llamada *«doctrina de protección integral»*. Se trataría de los *« agradecidos intermediarios entre los intereses locales y los de la potencia hegemónica»*. (DEZALAY; BARTH, 2002, p.27). Hipótesis atrevida que merece ser analizada. Entonces: ¿La “doctrina de la protección integral” es una producción jurídica propia de América Latina o una producción asignada a América Latina?

Los inventores de la doctrina - ya sean abogados o profesores de Derecho - tienen en común alguna relación directa o indirecta con UNICEF. La Organización de las Naciones Unidas para la Infancia - ausente al inicio de los trabajos sobre la CDN - convirtió luego esta Convención en su *« punta de lanza »*, apoyada por numerosos juristas y militantes, cuya principal aportación fue teorizar la CDN en el continente latinoamericano.

En América Latina, la agencia de la ONU tiene influencia sobre las políticas públicas en materia de infancia. La financiación viene siempre acompañada de ideas. El Derecho se exporta, y con él, un proyecto de sociedad. En este sentido, la exportación de los Derechos de los Niños es una de las pocas influencias aceptadas mayoritariamente por los sectores más diversos de la sociedad latinoamericana. Rara vez se sospecha de esta hegemonía. Todavía queda por hacer un estudio crítico de la política de la UNICEF.

En manos de estos juristas, la CDN se convierte en una herramienta que busca un replanteamiento de la infancia y de su lugar en la sociedad, para servir como estrategia de democratización en la que los niños serían los beneficiarios y el pretexto al mismo tiempo. Obviamente no cuestionamos la preocupación de estos intelectuales por los niños latinoamericanos sino que cuestionamos esta especie de ceguera teórica que pretende hacer de la CDN un instrumento de política interna cuando no lo es. Entonces, si los objetivos de los trabajos son políticos (y las líneas de García Méndez (1997) sobre la participación de los niños dan lugar a esta interpretación), debemos situarnos en el terreno político en vez de en el jurídico.

### 3.9 *El niño y la democracia*

Los ideólogos presentan la CDN como la única vía posible para el desarrollo de los Derechos del Niño. Al denunciar la legislación tutelar anterior, se manifiesta un doble objetivo: por una parte, un mejor trato para los niños; por otra parte, la posibilidad de fortalecer la democracia mediante la promoción de los Derechos del Niño. (MENDEZ, 1997). En la medida en que el niño se convierte en un sujeto, debe ser tratado como tal. Desde esta perspectiva, por un lado la CDN reintegra al niño en el Derecho (principio de legalidad), y por otro lado, le otorga una protección especial según sus características.

Si se aplican la CDN y los instrumentos jurídicos que la acompañan, se cumple el primer objetivo de los ideólogos. Así pues, los abusos contra los niños, más allá de la inquietud que conllevan, encuentran un sustrato jurídico útil para racionalizar y canalizar esta inquietud. El segundo objetivo, expresado más de una vez en la literatura sobre los Derechos del Niño, consiste en fortalecer la democracia mediante el respeto de los adultos a los Derechos del Niño y mediante el aprendizaje de los propios niños de estos derechos.

Desde el preciso momento en que el interés político entra en juego, éste adquiere más importancia que los Derechos de los Niños. El profesor Daniel Pecaut (2001, *online*) señaló, de forma provocadora,

pero no por ello carente de interés, que a menudo este tipo de derechos ha tenido una función decorativa ante las lógicas de poder. Existe entonces un efecto perverso que consiste en suponer que la promoción de los derechos del niño conllevaría un plus de democracia *ipso facto*.

De hecho, esta «estrategia democrática» ha sido utilizada también por otros grupos particulares: los indígenas<sup>55</sup>, las mujeres, los discapacitados. Cada uno ve la construcción de la democracia a partir del respeto de sus propios derechos. El postulado es el siguiente: lo que es bueno para los niños, para las mujeres o para los indígenas, es bueno para la democracia. Esto conduce a la multiplicación de los derechos y de las reivindicaciones particulares que pueden convertirse en un obstáculo para el Derecho general por los motivos que ya hemos señalado anteriormente.

Sin duda, querer compensar las desigualdades reales de cada grupo humano es un comportamiento que responde a un ideal de Democracia. No obstante, al forzar su análisis, existe el riesgo de que cada grupo se convierta en sospechoso con respecto al otro: los Derechos del Niño contra los Derechos de las Mujeres, por ejemplo. Por otra parte, estos ideales particulares sólo pueden realizarse en detrimento de un ideal común a toda la especie humana; de esta manera se contraponen los derechos individuales a los derechos colectivos. Asimismo, cabe señalar que la definición de los grupos dignos de derechos no es evidente.

Una vez más, como los niños no tienen de verdad derecho a elegir, no está claro que salgan beneficiados de los posibles enfrentamientos. Pensar de nuevo la política a partir de una categoría precisa de individuos (los niños) implica entonces una dimisión de lo Político. Este fenómeno puede conducir al debilitamiento de los derechos. En seguida, se interpreta cualquier oposición a la expresión de estos derechos como

---

<sup>55</sup> En la misma línea, el derecho a la tierra (ancestral) entra en conflicto con el derecho de propiedad.

un regreso al autoritarismo aborrecido. Por lo tanto, los ideólogos de la protección integral agitan constantemente el espectro del autoritarismo tutelar.

Convertir los Derechos del Niño en un eje de redefinición del Estado se inscribe en una corriente mayoritaria de promoción de los Derechos Humanos, que pretende convertirlos en «el alma de cualquier política<sup>56</sup>». El filósofo Marcel Gauchet (1980, p.20) denunció esta preeminencia de los Derechos Humanos en un artículo ahora famoso. Veinte años después, escribe que *«convertir a los Derechos Humanos en política, conlleva la promesa de una impotencia colectiva.*

Demuestra el poder ideológico de los Derechos Humanos que progresivamente se van convirtiendo en «la brújula de la acción histórica». «El Derecho, bajo la forma de los Derechos Humanos, añade Gauchet, (1980, p.273) se alza como la verdad exclusiva de la Democracia ». Sin embargo, y aquí reside su crítica principal, no ofrecen los medios necesarios para cambiar el estado de las cosas y «descalifican incluso la propia idea de buscar explicaciones». Después de leer al filósofo, se entiende por qué los ideólogos latinoamericanos zanjaron de golpe la discusión sobre los fundamentos de los Derechos del Niño y por qué se refugian tras una interpretación parcial del pensamiento político de Norberto Bobbio para acabar con cualquier debate.

De forma más general, la «convivencia» que tiene como objetivo reunir a los grupos y a los individuos en torno a un proyecto común, no puede basarse en una visión exclusivamente fundamentada en la protección de derechos de grupos e individuos. Esta visión no nos aporta nada sobre la manera de actuar (lograr la convivencia). Siguiendo a Gauchet diríamos sin correr el riesgo de equivocarnos: « los Derechos del Niño no son una política ». Paradójicamente, al querer convertirlos en tal, se oculta el debate político, reduciéndolo a la búsqueda de la improbable adecuación entre los Derechos Humanos y el Derecho y, aún

---

<sup>56</sup> La expresión es de Marcel Gauchet (1980).

más difícil, entre el hecho y los Derechos Humanos, lo que constituye una fuente permanente de disputa.

### 3.10 ¿Hacia el debilitamiento del Estado de Derecho?

Hay que añadir un elemento de debate relativamente nuevo: la mutación del Estado de Derecho en la Sociedad de Derechos. Ahora, el Estado no es el único actor responsable de satisfacer los derechos, aunque se le exija que sea el principal responsable de su realización. La doctrina de la protección integral reivindica el pluralismo jurídico cuando consiste en favorecer la producción del Derecho al margen del Estado.

El fenómeno del pluralismo jurídico altera los principios en los cuales se fundamenta su acción. Emerge entonces un derecho de la infancia, original, que escapa a las clasificaciones tradicionales. El concepto de sociedad de derechos nos ayuda para comprender los nuevos desafíos planteados por la CDN en América Latina. Para Jean Michel Blanquer, (1999, p.10) la noción puede ser definida “como una instrumentación por las personas morales (o jurídica) y físicas, de los mecanismos y contenidos de los diferentes niveles de derecho [...] en el marco de estrategias específicas de defensa de sus intereses”.

El concepto está estrechamente ligado al del pluralismo jurídico comprendido como “la sujeción simultánea del individuo a varios derechos<sup>57</sup>”. El individuo puede por lo tanto, elegir según sus intereses y según el ofrecimiento de derechos.

El sociólogo de derecho, García Villegas<sup>58</sup> (2002, p.23), ve en el pluralismo jurídico una de las características históricas del derecho latinoamericano. El pluralismo sería entonces no solamente la coexistencia de preceptos normativos en un mismo Estado, sino también la coexistencia de códigos de conductas que derivan de una cultura híbrida. Con la ineficacia de las leyes, el pluralismo jurídico

---

<sup>57</sup> La definición es de Vanderlinden (2002, p. 11-36).

<sup>58</sup> El desarrollo que sigue se inspira del artículo de Villegas (2002, p. 13-48).



es un factor explicativo de la falta de cumplimiento del derecho en el continente, afirma el jurista. Esto “crea una brecha, casi insuperable entre los derechos escritos y la práctica”.

García Villegas (2002), de la misma manera que Carbonnier en Francia, procura una clave de comprensión de los límites a la aplicación del derecho internacional. La brecha se explicaría, respecto a los derechos del niño, por la prontitud de los gobiernos en adoptar el discurso sobre derechos que se opondría a una mala voluntad para llevarlos a la práctica. Prestan al derecho una función política. Los Estados obtienen efectivamente, un beneficio directo a través del reconocimiento formal de los derechos del niño. Este logro de legitimidad es alcanzado en conocimiento de causa y pese a la dificultad previsible de una aplicación improbable.

Esta doctrina ¿de protección integral? es portadora, desde este punto de vista, de una visión antiestatal. Paradójicamente, la doctrina todavía persiste en su objetivo principal: la consolidación del Estado de Derecho. La cuestión de la democracia está omnipresente en la obra de los teóricos; al actuar como un grupo de presión, entran en el juego democrático con su ciencia jurídica y con una actitud de constantes propuestas. En este sentido, no se le puede achacar a la doctrina ninguna nostalgia autoritaria. La búsqueda de la democracia es obsesiva y utiliza como herramienta una amplia comprensión del Derecho de los Niños para servir a esta finalidad. No obstante, el efecto colateral de este trabajo supone una creciente complejidad del Derecho, la multiplicación de las normas. Entonces, asistimos al debilitamiento involuntario del Estado de Derecho. Como señala Jean Michel Blanquer (2001, p.46; 2000),

*«en nombre del Estado de Derecho (oficialmente consagrado en todas las constituciones), que supone una enumeración clara de los derechos y un sistema jurídico piramidal coherente, llegamos, de hecho, a una Sociedad de Derechos», que es, como señala en otro artículo, «el niño parricida del Estado de Derecho», ya que «niega la dimensión piramidal del orden normativo».*

En este sentido, la Sociedad de Derechos es democráticamente seductora, ya que deja mucho espacio a la participación de los ciudadanos organizados (Existen muchos ejemplos en el ámbito de las normas sobre la infancia en las que la participación suele estar integrada en la ley). Además, la multiplicación de las instancias convierte en activa esta participación. En cambio, a veces se sustituye a un principio unificador, garante de la efectividad de derechos. Así pues, ¿qué cabe esperar de esta tendencia al pluralismo cada vez más marcada en lo que se refiere a los Derechos del Niño?

## Conclusión

No pasa ni un día en el que los telediarios no informen sobre niños maltratados, abandonados, asesinados, desesperados, violentos... Se culpa a las catástrofes naturales, a las carencias del Estado, a los malos padres, a los docentes, a los otros niños, al azar o a la fatalidad. Estas noticias, en el mejor de los casos, son insoportables y, en el peor, suscitan indiferencia. El espectáculo de la infancia al descubierto dice poco o nada sobre lo que está en juego y, sobre todo, sobre las causas de estos sufrimientos.

Igual que el niño indígena nace con un alma dotada de rasgos particulares, el niño moderno nace con derechos destinados a liberarlo. ¿Liberarlo de qué y para ir hacia dónde? La indeterminación ante un proyecto político vuelve particularmente ardua la definición del proyecto para los niños. La sociedad de derechos sigue queriendo otorgar derechos a sus pequeños sin saber en verdad por qué.

La responsabilidad, la autoridad se vuelven sospechosas, y esto es más cierto en una América Latina nacida de una violación de civilización. Los españoles evocaron un mundo nuevo, los revolucionarios latinoamericanos un hombre nuevo, los juristas de la protección integral un niño nuevo. Esta búsqueda de la novedad incorpora la visión de un mundo mejor. Esta visión utópica y moralista debe leerse hoy en relación con las lógicas de poder, sin duda menos engañosas que los conceptos

teóricos, más dados a manipulación. A falta de una explicación global que satisfaga a todos, cabe limitar el debate sobre el papel de los Derechos del Niño a su objetivo inicial: una mayor protección de los niños.

Hay que constatar que a pesar de los duraderos esfuerzos de la comunidad internacional, a pesar de las interpretaciones de los juristas, filósofos e intelectuales, muchos niños siguen al margen, maltratados u olvidados. La situación de los niños no puede reducirse a sus derechos, sino que es el producto de una larga marcha de las sociedades y que engloba numerosas cuestiones a las que el Derecho no ha respondido. La tarea que le ha sido confiada es desmesurada.

Aumenta la diferencia entre el niño protegido de la clase media y el niño trabajador de las clases desfavorecidas. Coexisten infancias que para el Derecho son difíciles de reunificar.

La preocupación de principios de siglo ante las desgracias que sufre el niño se ha transformado en un debate pasional. La pasión actual por el niño no es más que la traducción de una inquietud que acompaña a la globalización. Sin recursos operativos para comprender el mundo, el niño se convierte en el refugio de lo proyectivo. Del mismo modo, el Derecho se proyecta, se vuelve complejo y se subjetiviza.

Según la CDN, la finalidad del Derecho es velar por la felicidad de los niños. En cuanto a los derechos económicos y sociales, se trata de permitir el acceso a los servicios educativos y sanitarios, y en cuanto a los derechos civiles, se trata de evitar las arbitrariedades.

Al promover sin precaución la noción del niño como sujeto de derecho, los teóricos latinoamericanos de la infancia corren el riesgo de enfrentarse a situaciones en las que el niño-víctima encontrará como única respuesta de la sociedad el ejercicio de un derecho que es incapaz de aplicar. Ha llegado la hora de que el debate latinoamericano salga de este maniqueísmo ideológico en el cual se encuentra sumergido y que le impide releer de forma crítica la Convención de los Derechos del Niño.

Queda abierto el debate. La propia esencia de la democracia consiste en favorecerlo.

## Referências

ALGAR, G. Los pepenadores de Mexico DF. **Agencia de información solidaria**, 24 jun. 2004.

ARENDT, H. La crise de la culture (La crisis de la cultura). **Folio ensayos**, París, 1972.

ARIÈS, Paul. L'enfant, nouveau sujet de droit: el niño, nuevo sujeto de derecho. **Encyclopédie Universalis**. Paris: P.U.F, 1989. p.127.

BELOFF, Mary. La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los derechos del niño en el ámbito interno. En: ABREGU, Martín; COURTIS, Christian (Comp.). **La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: CELS/ Editores del Puerto, 1997. p. 47-56.

BELOFF, Mary. Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina. En: **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007. p. 253-295.

BERGEL, J. L. **Théorie générale du droit: teoría general del derecho**. París: Dalloz, 1985.

BOBBIO, N. **L'Età dei diritti**. Turín: Einaudi, 1990.

\_\_\_\_\_. **El tiempo de los derechos**. Madrid: Sistema, 1991.

BLANQUER, J.M. Consolidation démocratique? Pour une approche constitutionnelle. **Revue Pouvoirs**, Paris, n. 98, p. 46, 2001.

BLANQUER, J. M. Bon, vrai et beau droit, réflexions sur le rapport entre droit et esthétique. [«Bueno, verdadero y bello derecho: reflexiones sobre la relación entre el Derecho y la Estética »]. **Raisons Politiques**, n.3, p. 39-49, 2000.

CARVALHO, Inaia M. Moreira de. Derechos legales y derechos efectivos: niños, adolescentes y ciudadanía en Brasil. **Cahiers des Amériques Latines** , París, n. 22, p.7, 1997.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). UNICEF. El derecho a la educación: Una tarea pendiente para América Latina y el Caribe. **Desafíos**, Santiago de Chile, n.3, p.4, ago. 2006.

DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. **Les droits de l'enfant** - Los derechos del niño. París: Puf, 1991.

HERZOG, J-B. **La protección jurídica y social del niño en Brasil**. [s.l]: Agen, 1951.

IGLESIAS, H. S.; VILLAGRA, L. Barrios. Un viaje a través de los espejos de los congresos panamericanos de niños. En: UNICEF/UNICRI/ILANUD. **Del revés al derecho: la condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa**. Buenos Aires: Galerna, 1992, p.389.

GALEANO, E. **Patás arriba: la escuela del mundo al revés**. 6. ed. México: Siglo XXI de España, 2001.

GAUCHET, M. Les droits de l'homme ne sont pas une politique [Los derechos humanos no son una política]. **Le Débat**, Paris, n. 3, p. 3-21, jul.-ago.1980.

GAUCHET, M. Quand les droits de l'homme deviennent une politique. **Le Débat**, Madrid, n. 110, p. 260, mayo-ago. 2000.

LUCAS, Juan. Los niños soldados, un crimen de guerra. **Agencia de información solidaria**, Madrid, 20 nov. 2003.

MÉNDEZ, E. García. **La Convención Internacional de los Derechos del Niño: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos**. 1997.

FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA - UNICEF. **Compilación de observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina (1993-2004)**. Santiago: UNICEF, OHCHR, 2004. p.130, párrafo 45.

VANDERLINDEN, J. Redes, pirámide y pluralismo o miradas sobre el encuentro de dos aspirantes-paradigmas de la ciencia jurídica. **Revista**

**interdisciplinaria de estudios jurídicos**, Bruselas, n. 49, p. 11-36, 2002.

VILLARROEL, M. Medina de. **Situación irregular del menor**. Caracas: Livrosca, 1993.

VILLEY, M. **Le droit et les droits de l'homme**: el derecho y los derechos humanos. París: PUF, 1990.

\_\_\_\_\_. **Filosofía del Derecho**. Madrid: Scire Universitaria , 2003