



Derechos, reformas legislativas

El sentido real de la Convención sobre los Derechos de la Niñez

La educación y su papel como motor de cambio

Marvin Rabanales García¹

En 1989, el mundo fue testigo de un acontecimiento sin parangón en la historia jurídica de la infancia, ya que durante ese año los países civilizados y organizados, después de 10 años de discusión, consulta y análisis, aprobaron el texto de la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez*. Convenio que hasta el día de hoy lleva más de 190 ratificaciones, y que es, sin duda, el que más aceptación ha tenido a escala mundial. Dicha Convención puede definirse socialmente como el acuerdo al que llegaron varios Estados, en relación con la necesidad de proporcionar a la niñez un mínimo de satisfactores que les permitan vivir en condiciones de dignidad. Jurídicamente la *Convención sobre los Derechos de la Niñez* puede entenderse como la codificación de la dispersión normativa que, en materia de derechos humanos existe, y su materialización en derechos subjetivos para la infancia.

Su masiva aceptación, y como consecuencia el gran número de ratificaciones que ha tenido, responde en gran medida, a la valiente actitud de admitir que hoy día millones de niños y de niñas viven en condiciones sociales, económicas, culturales y jurídicas muy lamentables, y que de cara al nuevo milenio, resultan intolerables en muchos casos.

La ratificación de la "*Convención sobre los Derechos de la Niñez* por parte de los Estados trae aparejadas grandes responsabilidades² y compromisos para estos, toda vez que este instrumento, al superar la debilidad de las declaraciones de derechos, adquiere fuerza vinculante y

¹ Abogado, especialista en el código de la niñez en Guatemala, Asesor de derechos para UNICEF México y Guatemala.

² El artículo 4 de la "*Convención sobre los Derechos de la Niñez* dice: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. ..."



establece mecanismos de verificación ante su incumplimiento.³ Por lo tanto, cada uno de los Estados que la han ratificado tiene, entre otros, el compromiso de dar a conocer ampliamente sus principios y disposiciones, por medios eficaces y apropiados, tanto para adultos como para niños. (Art. 42, *Convención sobre los Derechos de la Niñez*).

Normalmente, la difusión de la *Convención sobre los Derechos de la Niñez* se ha realizado con la impresión de su texto y su distribución masiva; paralelamente, en algunos casos, su distribución ha sido acompañada con talleres o seminarios en los que se explica su naturaleza o filosofía. Estas actividades son necesarias, pero no las únicas, que se deben realizar.

Uno de los efectos producidos por dicha difusión ha sido que organizaciones nacionales e internacionales, tanto públicas como privadas, han comparado el "deber ser" positivizado en la norma internacional con la realidad social y jurídica de sus respectivos países, concluyendo tristemente que hay un abismo entre lo deontológico de la ley y lo que objetivamente viven los niños y las niñas. Por lo tanto, se presenta el reto, y a la vez el problema, de reformar la legislación nacional al tenor del contenido de la *Convención sobre los Derechos de la Niñez* y procurar alterar sus respectivas realidades.

Previamente a exponer algunas ideas sobre los procesos de reforma, es necesario tener un marco teórico que los fundamente, por lo que es importante recordar que la Convención, como instrumento jurídico, tiene una base conceptual en la que se apoya o desde la cual construye toda su normativa; en este caso, la *Convención sobre los Derechos de la Niñez* se fundamenta en la llamada "Doctrina de Protección Integral", la cual constituye el nuevo paradigma de la niñez a escala mundial, y que pretende sustituir a la vieja escuela de principios de siglo denominada de "Situación Irregular".

Según el maestro Emilio García Méndez, las leyes que inspira la Protección Integral deben tener los siguientes elementos:

³ Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la Convención, se establece un Comité de Derechos de la Niñez, al cual los Estados se comprometen a presentar informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos en ella reconocidos. (Artículos 43 y 44 de la *Convención sobre los Derechos de la Niñez*).



- a) Sin ignorar la existencia de profundas diferencias sociales, las nuevas leyes se proponen como un instrumento para el conjunto de la categoría infancia, y no sólo para aquellos en circunstancias particularmente difíciles.
- b) Jerarquizar la función judicial, devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica. En las legislaciones de este tipo más avanzadas, no sólo se prevé la presencia obligatoria del abogado, sino que además se otorga al Ministerio Público una función importantísima de control y contrapeso.
- c) Desvincular las situaciones de mayor riesgo, de patologías de carácter individual, posibilitando que las deficiencias más agudas sean percibidas como omisiones de las políticas sociales básicas. No es más el niño, la niña o el adolescente que se encuentran en situación irregular, sino la persona o institución responsable por la acción u omisión.
- d) Asegurar jurídicamente el principio básico de igualdad ante la ley. En el tratamiento de casos de naturaleza penal, se sustituye el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia.
- e) Eliminar las internaciones no vinculadas a la comisión, debidamente comprobada, de delitos o contravenciones.
- f) Considerar a la infancia como sujeto pleno de derechos.
- g) Incorporación explícita de los principios constitucionales relativos a la seguridad de la persona, así como los principios básicos del derecho contenidos en la Convención Internacional.
- h) Tendencia creciente a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares, reconociendo explícitamente que la internación o la ubicación institucional (sólo para dar dos ejemplos), según consta en las Reglas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad, constituye una verdadera y formal privación de libertad.⁴

Por lo que las principales diferencias entre las leyes basadas en la Doctrina de "Situación Irregular", con aquellas que se fundamentan en la de Protección Integral son:

⁴ García Méndez, Emilio (1997). *Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina*, Ediciones Forum Pacis, Colombia, pp. 27-28.



- a) La Protección Integral establece que las leyes para la niñez y la juventud deben estar dirigidas a todos los niños, las niñas y los jóvenes; por el contrario, para la "Situación Irregular", las leyes de menores están dirigidas a todos aquellos que se encuentran en Situación Irregular, es decir, los abandonados, los expósitos o los delincuentes, dejando de lado a aquellos con sus necesidades básicas insatisfechas.
- b) Para la Protección Integral todos los niños, las niñas y los jóvenes son "Sujetos de Derecho", es decir, son entes capaces de gozar derechos y deberes humanos, teniendo como límites la autoridad de sus padres, tutores o responsables, las buenas costumbres y la ley. Por el contrario, para la "Situación Irregular", los menores son objetos de protección y tutela a quienes no le asisten todos los derechos y deberes humanos.
- c) Por último, para la Protección Integral, la eficacia de los derechos humanos de la niñez y la juventud requiere de dos estrategias, una social y otra jurídica, la social por medio de la formulación de políticas públicas, entendidas como todas aquellas acciones, proyectos, planes, programas, etc., dirigidos a la satisfacción de las necesidades básicas de éstos; y la jurídica, por el respeto de las normas, los principios y las garantías del debido proceso, a todos aquellos niños, niñas y jóvenes que se encuentren sujetos a la administración de justicia, ya sea por ser víctimas o victimarios. Por el contrario, para la "Situación Irregular" los "menores" son objeto de las políticas asistenciales y caritativas del Estado y de procesos de readaptación social que no les respeta como seres humanos.

Es importante mencionar que todo proceso de reforma legislativa, con base en los principios o postulados de normas internacionales sobre derechos humanos, que pretende modificar sustancialmente el *status quo* de la infancia, debe tomar en cuenta varios elementos, por ejemplo: el tipo de país y su gobierno, su división política y administrativa y el rango que constitucionalmente se le da a los convenios sobre derechos humanos que ratifica.

Todo proceso de reforma, además de contar con bases conceptuales y constitucionales bien claras y sólidas, debe de ser impulsado por un ente responsable, comprometido con la niñez y con espíritu democrático, que



durante el proceso se inspire en principios como la tolerancia, la diversidad, el consenso, etcétera.

El ente impulsor de la reforma debe buscar la participación, en primera instancia, de aquellos grupos o instituciones públicas y privadas de cierta representatividad nacional o local, para que se integren en un frente amplio de trabajo, en el cual se analice la realidad social, económica, cultural y jurídica de la niñez, y se comience la construcción de lo que se considere necesario, de acuerdo con la realidad nacional, para dar efectividad o desarrollar en leyes ordinarias los postulados de la *Convención sobre los Derechos de la Niñez* y la Doctrina de Protección Integral.

Ahora bien, dentro del espíritu democrático que debe de privar en cualquier manifestación racional, todos aquellos proyectos que abarquen a grandes sectores de población deben ser legitimados, precisamente por medio de la articulación social; quizá por ello el ya fallecido Director General de UNICEF, señor James P. Grant, sostenía que: *La niñez es buena para la Democracia*, porque su reconocimiento como sujetos sociales, de derechos y deberes humanos, desencadena una empatía sin igual entre la sociedad, lo que provoca que personas e instituciones con mística de trabajo se den a la tarea de realizar cualquier tipo de acciones, para que esa bella poesía que resulta la declaración de derechos humanos se convierta en una realidad que altere sustancialmente la vida de los niños y las niñas, especialmente la de los más pobres.

Esa articulación o coordinación interinstitucional o social que se pueda producir, y que tiene como objetivo la readecuación legislativa nacional a la luz de la Convención, debe producir grandes consensos con todos los entes sociales que se interesen en la problemática de la niñez, y también con aquellos sectores conservadores, que con posiciones válidas, desean de igual forma su bienestar. Esta tarea no es fácil, pero es vital si luego se desea contar con el aval político necesario para que el anteproyecto de ley se convierta en proyecto y luego en ley aprobada y vigente.

Todo movimiento social que pretende un reconocimiento político, para lograrlo requiere de una base social amplia, definida y con claridad en los objetivos por los que lucha, ya que a cualquier político, en cualquier parte del mundo, le interesa saber y sentir que su trabajo como legislador cuenta con el reconocimiento de sus representados y con su simpatía, lo que indefectiblemente la población le compensará en las próximas elecciones. Por lo tanto, si se quiere tener incidencia en la vida nacional, se debe de contar con



una base social representativa de grandes colectividades que hagan la suficiente presión para que los entes políticos den su venia a cualquier proceso que afecte positivamente la vida de un país.

Paralelamente a lo anterior, es importante buscar el apoyo de los medios masivos de comunicación, ya que en estos procesos ellos pueden jugar un doble papel. En primer lugar, formando una opinión pública, positiva o negativa, sobre la nueva visión de infancia que se quiere promover; recordemos que con la vigencia de la Convención, al mundo se le presenta un nuevo paradigma en relación con los derechos de la niñez y de la juventud, que pretende destruir el asistencial y el tutelar. Por lo tanto, es muy delicado e importante formar a comunicadores sociales sobre esta temática, para que con conocimiento de causa y fundamento conceptual, realicen su tarea noble de formar opinión. En segundo lugar, los medios de comunicación pueden llegar a ejercer la suficiente presión, que estimule a los gobernantes a la realización de acciones de beneficio colectivo, de cara al costo político que puede existir ante su indiferencia. En este esfuerzo, no hay que discriminar a ninguno, todos los medios son importantes.

La experiencia de proyectos de reforma legislativa en varios países latinoamericanos es riquísima, interesante pero difícil en algunos. En varios países, especialmente en aquellos cuyas sociedades son muy conservadoras, la oposición que ha generado el reconocimiento de la niñez como sujetos de derechos y deberes humanos ha sido fuerte, se ha argumentado que dichos proyectos atentan contra la unidad familiar, que son comunistas, fascistas, promovidos por homosexuales, satánicos, estatistas, hasta se ha llegado a decir que es la forma en que la burocracia internacional se puede mantener vigente. Ha existido oposición corporativa, colectiva e individual, especialmente se visualizan como enemigos así declarados de la humanización de la infancia, los gremios de abogados más radicales, tradicionalistas y civilistas, los que se dedican a Adopciones Internacionales. También se ha encontrado resistencia en empresarios que utilizan mano de obra infantil, y por ende, barata y no organizada, hay oposición de Iglesias fundamentalistas y hasta de evangélicos y católicos ultra conservadores.

Esta oposición, legítima en algunos casos, hace de la negociación política en el ámbito de los Congresos o Senados, una tarea básica, que requiere de los apoyos ya mencionados, tales como base social, concertación, movilización, articulación, comunicación, etcétera.



A pesar de lo expuesto, en la mayoría de países se ha tenido éxito en la reforma; en algunos, las leyes reproducen con excelencia los principios de la doctrina de protección integral, desarrollan de manera brillante el espíritu democrático de nuestras culturas y positivizan la construcción de Estados sociales de derecho. Sin embargo, en otros los resultados no han sido tan satisfactorios y se han aprobado leyes que mezclan instituciones de la situación irregular con las del nuevo paradigma, situación que los ha obligado a iniciar procesos de reforma de las leyes aprobadas.

Independientemente de lo participativo y consensado que pueda resultar cualquier proceso de reforma legislativa, no basta la sola vigencia de la ley para que ésta alcance sus objetivos. Para que se cumpla, para que sea derecho vigente y positivo, se requiere de mucho más, esto en la Teoría General del Derecho se conoce como el Problema de la Eficacia de la Ley.

La positividad de la ley es una preocupación de muchos juristas, sociólogos y estadistas, es un fenómeno filosófico y jurídico con implicaciones sociales y políticas. Mucho se ha dicho sobre: ¿Por qué una ley no se cumple?, ¿por qué no alcanza sus objetivos? Especialmente cuando se refiere al derecho internacional, que dentro de los Estados es poco conocido, incluso por los que están llamados a aplicarlo. Por ello se afirma que la no observancia del derecho vigente es un tema que debe ser prioritario y abordado con seriedad, y analizado desde diversos campos, no sólo el estrictamente jurídico.

La no eficacia de la ley provoca en muchas sociedades, insatisfacción y desaliento, especialmente cuando la inobservancia se produce dentro de las instituciones públicas; esto ha provocado movimientos muy fuertes, y hasta ha sido una de las razones para el derrocamiento de algunos gobiernos. Políticamente, muchas instituciones se deslegitiman al no cumplir con la razón de ser, que se plasma en la letra muerta de la ley.

Por lo que, concluido todo proceso de reforma e incluso antes de su término, se debe cuidar que dentro de la sociedad se den ciertas garantías a las cuales hace referencia la doctora mexicana Leticia Bonifaz Alfonso, que en su tesis doctoral explica cuáles pueden ser las garantías que dentro de una sociedad deben de producirse para que la ley se cumpla. Ella, citando al maestro George Jellinek, hace referencia a cuatro, entre las que se encuentran las sociales, las políticas, las económicas y las psicológicas.

En este momento me interesa resaltar que una de las más importantes garantías que se deben producir en el seno de una sociedad para que ésta cumpla la ley y exija su cumplimiento es la psicológica, entendida como



aquellas circunstancias que le permiten al individuo conocer la ley, entenderla en su sentido gramatical y en sus alcances, para luego vivirla e internalizarla al punto que, como un acto reflejo, la acate y se convierta ante su violación en un paladín que vela por su imperio.

Por lo tanto, un primer paso que se debe dar para que una ley, nacional o internacional, se cumpla es, sin duda, darla a conocer en todo nivel; es decir, a las grandes masas populares que serán los sujetos pasivos de la misma, así como a los intelectuales que se ocuparán de su operacionalización. Para ambos sectores se deben desarrollar estrategias precisas, quizá la introducción de cátedras en las escuelas de derecho, seminarios, talleres, conferencias, pregrados, etc., para niveles superiores, y para las mayorías, desarrollar estrategias de educación popular. Sólo así podremos pensar que una sociedad se convierta en amante de la legalidad y enemiga de la arbitrariedad.

Por último deseo plantear que sólo por medio del respeto y fomento de la dignidad humana, materializada en derechos humanos exigibles y por el establecimiento de Estados democráticos, sociales y de derechos, podremos asegurar el desarrollo y la paz en el mundo. Los niños y las niñas son un buen pretexto para comenzar.