

LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL Y LAS NORMAS JURÍDICAS VIGENTES EN RELACIÓN A LA FAMILIA *

Daniel O'Donnell

I. INTRODUCCIÓN

1. LA DOCTRINA DE PROTECCIÓN INTEGRAL

El concepto de protección integral de la infancia se esparció por América Latina durante la década de los noventa. El Código del Menor, adoptado por Colombia en 1989, se refiere a la atención integral, al desarrollo integral, a la formación integral y a la rehabilitación integral, pero no a la protección integral. El Estatuto da Criança y do Adolescente, adoptado por Brasil en 1990, no sólo emplea el concepto de protección integral sino que lo identifica como la finalidad única de la ley. El primer artículo del Estatuto reza:

Esta Ley dispone sobre la protección integral al niño y al adolescente.¹

* Esta ponencia fue publicada en el Anuario del XIX Congreso Panamericano del Niño, la cual fue presentada por el autor en el mes de octubre de 2004. Se publica con autorización de éste por la trascendencia que tiene con respecto a los temas que se analizaron durante el Seminario Internacional sobre los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Monterrey, Nuevo León, octubre de 2005. Su autor es Consultor Experto en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se puede consultar en Internet en www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/ponencia_conferencistas/daniel_o_donnell.

¹ La traducción al español de la Ley está disponible en el banco de datos jurídicos del IIN; *cf.* www.iin.oea.org/badaj/docs.

El Estatuto no contiene una definición, pero el Artículo 3 reza:

El niño y el adolescente gozan de todos los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, sin perjuicio de la protección integral de que trata esta Ley, asegurándoles, por ley o por otros medios, todas las oportunidades y facilidades, con el fin de facultarles el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad.

El Estatuto fue adoptado para armonizar la legislación brasileña con la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, así como con la nueva Constitución adoptada en 1988. El Artículo 3, en efecto, contiene una de las contribuciones más importantes de la Convención sobre los Derechos del Niño al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al confirmar que el niño es a la vez, objeto del derecho a protección especial y sujeto de todos los demás derechos que la normativa internacional consagra como derechos de toda persona. El reconocimiento de que no debe haber contradicción entre estas dos condiciones—objeto del derecho a la protección “que su condición de menor requiere”² y sujeto de los derechos humanos fundamentales inherentes a la persona humana— es la esencia de un nuevo paradigma, una nueva visión del lugar del niño en la sociedad, que quizás eventualmente será reconocido como una de las características más notables de nuestra era. Para enriquecer este concepto un poco árido, un poco legalista, el Artículo 3 hace referencia a otro concepto con profundo contenido humano, el del desarrollo integral del niño, es decir, un desarrollo que es a la vez físico, mental, moral, espiritual y social. Este concepto también deriva de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Estos tres conceptos incorporados en esta disposición del Estatuto brasileño de la niñez y adolescencia son, a mi criterio, tres de las bases sobre los cuales se construye la Doctrina de Protección Integral: el niño

² Esta expresión se emplea tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 24.1 como en el Pacto de San José, Art.19. La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho de los niños a “cuidados y asistencia especiales”, y la Declaración Americana, su “derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”. Artículos 25.2 y VII, respectivamente.

como sujeto de derechos, el derecho a la protección especial, y el derecho a condiciones de vida que permitan su desarrollo integral. El cuarto elemento esencial, como veremos, es el principio de la unidad de la familia y la corresponsabilidad de la familia, el Estado, y la comunidad en la protección de los derechos del niño.

El Estatuto brasileño hizo escuela. Bolivia y Ecuador adoptaron nuevos códigos sobre la niñez en 1992, Perú en 1993, la República Dominicana en 1994, Honduras en 1996, Costa Rica, Nicaragua y Venezuela en 1998, México en el año 2000, y Guatemala y Paraguay en 2003. Todos estos códigos se inspiraron en el concepto de la protección integral. El Código adoptado por Ecuador en 1992, por ejemplo, estableció: “La protección a los menores será integral y se ejercerá en todos sus periodos evolutivos, inclusive el prenatal”.³

Algunos de los primeros códigos de la niñez tenían lagunas importantes y, en algunos casos, fueron caracterizados por una incoherente mezcla de normas inspiradas en la Convención sobre los Derechos del Niño y normas represivas heredadas de la legislación tutelar. Con el desarrollo de la Doctrina de Protección Integral, varios de ellos han sido sustituidos por códigos nuevos. El Código del Menor de Bolivia de 1992 fue derogado por el Código del Niño, Niña y Adolescente de 1999; el Código de Menores de Ecuador de 1992, por el Código de la Niñez y Adolescencia de 2003; el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, adoptado por la República Dominicana en 1994, fue sustituido por el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes de 2003, y el Código de la Niñez y Adolescencia de Nicaragua de 1998, fue derogado por otro con el mismo título en 2003.

Esta ola de reformas ha sido marcada por un intenso intercambio de ideas entre los legisladores y otros protagonistas, proceso que recibió el apoyo de UNICEF y el respaldo del Comité de los Derechos del Niño, el órgano internacional establecido por la Convención para velar por el cumplimiento de la misma por los Estados partes. En 1993 el Comité felicitó a Bolivia por la adopción de Código del Menor de 1993, y comentó a su vez, que el entonces proyecto de Código de Familia de El Salvador era una iniciativa alentadora que serviría para mejorar la protección de

³ Art. 4. Este Código fue derogado por el Código de la Niñez y Adolescencia de 2003.

los derechos de los niños.⁴ Desde entonces, el Comité ha adoptado la práctica de recomendar a los Estados que adopten la 'legislación integrada' sobre los derechos del niño. Por su parte, UNICEF, cuya oficina nacional había apoyado el proceso de elaboración del Estatuto da Criança, consideró esta experiencia como un modelo que contribuiría a definir su rol frente al nuevo paradigma de los derechos del niño.

El intenso proceso de reforma legislativa en esta materia llevó a la transformación del concepto de protección integral en doctrina de protección integral. UNICEF reclutó a especialistas, quienes fomentaron el intercambio de experiencias e ideas a nivel continental, e hicieron contribuciones importantes. ONG'S con vínculos regionales ayudaron a dinamizar el proceso. Se adoptaron definiciones, cada vez más completas, de los conceptos plasmados en la Convención. Se elaboraron y se perfeccionaron mecanismos y procedimientos para la protección de estos derechos. Eventualmente, gracias al amplio diálogo entre especialistas de diferentes sectores, y entre éstos y activistas de los derechos del niño, se incorporaron en la normativa regional derechos que no figuran en la Convención misma, como el derecho a la educación preescolar, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a servicios de salud sexual. El concepto de protección integral se convirtió entonces en una idea que servía para promover la Convención como una doctrina nueva, con vida y contenido propios.

El Código de Familia adoptado por El Salvador en 1994, al cual el Comité de Derechos del Niño hizo mención, parece ser excepcional. Si bien varios Códigos de Familia han sido reformados para armonizarlos con la Convención sobre los Derechos del Niño, el de El Salvador parece ser el único adoptado en América Latina desde 1990 que otorga un lugar central a la protección integral del niño. Su Artículo 346, denominado Protección Integral, establece textualmente:

La protección del menor deberá ser integral en todos los periodos evolutivos de su vida, inclusive el prenatal y en los aspectos físico,

⁴ En sus observaciones acerca del Informe Inicial de Bolivia sobre las medidas tomadas con el fin de cumplir con las obligaciones establecidas por la Convención, el Comité comentó que "celebra la reciente aprobación y entrada en vigor del nuevo Código del Menor, que representa un progreso significativo encaminado a armonizar la legislación y la política con las disposiciones de la Convención, creando así el marco jurídico necesario para la aplicación de la Convención". CRC/C/15/Add.1, para. 4.

biológico, psicológico, moral, social y jurídico.

El afecto, la seguridad emocional, la formación moral y espiritual, los cuidados que el desarrollo evolutivo del menor demanden, el ambiente adecuado y la recreación, son aspectos esenciales de la protección integral.

Otra característica excepcional del Código de El Salvador también es un artículo dedicado a “Los Derechos Fundamentales de los Menores”, el que tiene no menos de 28 párrafos.⁵ El Artículo 4 del Código enumera los principios rectores que lo inspiran. En esta disposición, el concepto de protección integral se aplica no sólo a los niños, sino también a la familia en la cual la madre es la única responsable del hogar. La ampliación del concepto de protección integral a esta categoría de familia con necesidades especiales constituye un ilustración interesante del desarrollo de la doctrina de la protección integral.

Principios rectores

La unidad de la familia, la igualdad de derechos del hombre y de la mujer, la igualdad de derechos de los hijos, la protección integral de los menores y demás incapaces, de las personas de la tercera edad y de la madre cuando fuere la única responsable del hogar, son los principios que especialmente inspiran las disposiciones del presente Código (Código de Familia de El Salvador, Art. 4.).

En los países del Caribe que pertenecen al Derecho Común, el proceso de reformas legislativas destinadas a armonizar el derecho interno con la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) se desarrolla en forma más lenta. El primer código que pretende reformular la parte del derecho de familia relativa a la niñez, a la luz de la CDN, es *the Families and Children Act*, adoptado por Belice en 1998. Hasta la fecha, ésta sigue siendo la única ley adoptada en el Caribe que integra la CDN al derecho interno. En el año 2000, Trinidad y Tobago adoptó un paquete legislativo inspirado en la CDN, que efectúa extensas modificaciones al Derecho de Familia vigente.⁶ En 2004, Jamaica adoptó *The Child Care and*

⁵ Artículo 351.

⁶ El paquete incluye *the Children's Authority Act*, No. 64 of 2000; *the Children's Community Residences, Foster Homes and Nurseries Act*, No. 65 of 2000; *the Miscellaneous Provisions*

Protection Act, que pretende armonizar la legislación sobre la niñez y adolescencia con la CDN. Otros países pertenecientes a esta sistema de derecho han adoptados leyes nuevas de alcance más limitado, o han reformado su legislación en ciertos aspectos.⁷ No obstante estas reformas, creo que sería prematuro hablar de la penetración de la doctrina de protección integral en los países del Caribe, con cultura jurídica del *Common Law*.

2. LA FAMILIA COMO SUJETO DE DERECHOS Y DEBERES EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Algunos políticos y comentaristas han considerado la Convención sobre los Derechos del Niño como un instrumento que debilita a la familia como institución social. Yo creo que, al contrario, es un instrumento que no concibe al niño como ser autónomo desvinculado del entorno familiar, sino que insiste sobre la importancia que la familia tiene para éste. Uno de los aspectos menos comentados de la Convención es su contribución al desarrollo de los derechos fundamentales de la familia, frente a la sociedad y al Estado. Vale la pena detenernos en este tema un momento, antes de pasar a considerar otras consecuencias de la doctrina de protección integral en la legislación sobre la familia.

Antes de la Convención, la normativa regional e internacional sobre derechos humanos reconocía a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad [que] tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.⁸ Esta normativa, cabe señalar, considera a la familia como uno de los pocos sujetos colectivos del derecho internacional de los derechos humanos. No obstante, el contenido de tal derecho –al igual que el concepto del derecho del niño a una protección especial– ha sido muy poco desarrollado por la normativa internacional. Una disposición de la Declaración Universal reconocía en efecto el derecho de la familia a una existencia digna, derecho que en principio ha de

(*Children*) Act, No. 66 of 2000; *the Children (Amendment) Act*, No 68 of 2000 y *the Adoption of Children Act*, 2000.

⁷ Entre ellos, cabe citar *the Child Protection Act*, adoptado por Grenada en 1998.

⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos Art.16.3; véase también la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. VI.

materializarse en la remuneración equitativa y adecuada de las personas que tienen un empleo “complementada, en caso necesario, por... otros medios de protección social”.⁹

Se consideró también a la familia como sujeto de obligaciones. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [sic], por ejemplo, reconoce el deber de los padres y madres a “asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad”.¹⁰ La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 reconoce la importancia de la familia para el niño en una conocida y elocuente frase que reza:

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.¹¹

Por último, la normativa internacional en materia de derechos humanos reconoce desde hace tiempo la importancia para la familia del derecho a la intimidad o a la privacidad. Si bien la familia como tal no es reconocida como sujeto de este derecho, la normativa señala expresamente que el contenido del derecho del individuo a la intimidad o a la privacidad comprende el derecho a protección contra ingerencias arbitrarias en su familia.¹²

Este panorama se transforma con la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la cual la dinámica entre la familia, el Estado y el niño ocupa un lugar central. El tema de la familia y sus relaciones con el Estado y el niño tiene tres ejes: los deberes del Estado hacia el niño, los deberes de la familia hacia los niños y las obligaciones del Estado hacia la familia. Vale decir, los derechos del niño con respecto al trato que recibe en la familia, los derechos del niño frente a la sociedad y las instituciones y autoridades públicas, y los derechos de la familia frente al Estado.

⁹ Artículo 23.3.

¹⁰ Artículo XXX.

¹¹ Principio 6. El preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño da eco a dicho principio en una frase que reconoce “que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

¹² Véase, por ejemplo, el Artículo 12 de la Declaración Universal y V de la Declaración Americana.

¿Qué dice la Convención con respecto a las responsabilidades de la familia? Los Artículos 18 y 27 de la Convención contienen elementos claves de la doctrina que hoy se conoce como la Doctrina de Protección Integral. El primer párrafo del Artículo 18 establece que:

Incumbirá a los padres... la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

En seguida, el segundo párrafo define la responsabilidad del Estado en estos términos:

A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres... para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño...

El concepto de *crianza* parece referirse principalmente a las obligaciones de los padres sobre el sano desarrollo de la personalidad de sus hijos, pues otro artículo de la Convención consagra el mismo principio con respecto a las necesidades materiales de los niños y niñas. El Artículo 27 reconoce en su primer párrafo “el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”. El segundo párrafo atribuye a los padres “la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”. El tercer párrafo establece la obligación del Estado de adoptar “medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

Quedan muy claros, entonces, tanto las responsabilidades de la familia como la obligación que tiene cada Estado Parte de prestar a la familia la ayuda y asistencia que ésta pueda necesitar, para cumplir cabalmente con sus obligaciones con respecto a las necesidades materiales y de otra índole del niño. Se establece un régimen de corresponsabilidad, en el cual la familia tiene la responsabilidad principal de proteger los

derechos del niño, y el Estado la de coadyuvar a la familia, en la medida en que ésta no pueda garantizar con recursos propios todos los derechos elementales del niño.

Otra disposición de la Convención de gran relevancia para la dinámica entre el niño, la familia y el Estado es el Artículo 5, que establece el principio siguiente:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Los padres, y la familia en general, tienen una doble obligación hacia sus hijos: la de proporcionar dirección y orientación, y la de permitirles ejercer sus derechos. Tanto el autoritarismo como la permisividad son contrarios a este principio. La familia no debe negarle al niño o a la niña el goce y ejercicio de sus derechos legítimos, ni fomentar la falsa idea que los derechos no conllevan límites y responsabilidades. Hay que buscar el medio justo entre los dos extremos, tomando en cuenta la edad y madurez del niño.

Frente a esta dinámica entre el niño y la familia ¿cuál es el rol del Estado? En la medida que los padres cumplen razonablemente bien con la obligación antes descrita, el deber del Estado, de acuerdo con el Artículo 5, es respetar esta dinámica natural entre la familia y el niño. En la medida que los padres no tienen los conocimientos o la aptitud necesaria para cumplir cabalmente con este derecho y deber, la obligación del Estado es la que señala el Artículo 18, es decir, proporcionarles la asistencia que necesitan para enfrentar esta tarea con éxito. Otra disposición de la Convención precisa que dicha asistencia puede comprender programas educativos y sociales, así como medidas de prevención y protección eficaces que proporcionen “la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él...”¹³

¹³ Artículo 19.2.

Existen, obviamente, situaciones y casos extremos en los cuales los padres por un motivo u otro, no tienen las cualidades necesarias para garantizarles a sus hijos “condiciones adecuadas para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”. Estas circunstancias extremas se rigen principalmente por los Artículo 9 y 19 de la Convención. El Artículo 19 reconoce el derecho de los niños y niñas a la protección “contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras... se encuentre bajo la custodia de los padres...”. El Artículo 9, por su parte, reglamenta la separación del niño de su familia para efectos de protección. Su primer párrafo reza textualmente:

Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

El concepto de corresponsabilidad es recogido con entusiasmo por los autores de los nuevos códigos y los defensores de la Doctrina de Protección Integral. El concepto de protección integral implica un rechazo del concepto tutelar de protección, en el cual la principal medida de protección era la separación del niño de su entorno familiar, por considerar a los padres como amenaza para el bienestar del niño. Es el rechazo de un sistema de protección desprovisto de garantías, porque éstas se consideraban innecesarias y hasta inconvenientes, puesto que se entendía que todo lo que se hacía, era para el bien del niño. Un sistema que, en vez de ayudar al niño a recuperar su autoestima y desarrollar un proyecto de vida, le privaba de la libertad y vulneraba su dignidad, preparándoles para una vida de marginalización y violencia. El concepto de corresponsabilidad, en vez de culpar a las familias que no podían ofrecerles a sus hijos condiciones dignas de vida, reconoce su derecho a programas y políticas sociales que les permitan cumplir con sus deberes hacia sus hijos.

Responsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado

La familia es la principal responsable de la protección del menor, por constituir el medio natural e idóneo que favorece el normal desarrollo de su personalidad; la sociedad y el Estado asumirán subsidiariamente la responsabilidad, cuando aquella no le garantice una adecuada protección. Para garantizar los derechos del menor que [aquí] se establecen, el Estado deberá prestar asistencia adecuada a los padres para el desempeño de sus funciones (Código de Familia de El Salvador, Art. 347).

II. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO
Y LA LEGISLACIÓN RELATIVA A LA FAMILIA

¿Cuáles son las implicaciones de la Doctrina de Protección Integral para la legislación vigente sobre la familia? La Doctrina de Protección Integral, como se ha dicho, nace como una síntesis de los derechos y principios consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño. Si bien es una síntesis dinámica que hoy día tiene un contenido propio que rebasa los requisitos mínimos de la CDN, quizá convendría enfocar principalmente los elementos de la Doctrina de Protección Integral asentados en la Convención. En la segunda parte de esta presentación se analizan once derechos y principios estrechamente vinculados al Derecho de Familia, así como ejemplos de disposiciones legislativas incompatibles con estos derechos y principios, y de reformas inspiradas en la Convención y la Doctrina de Protección Integral.

1. LOS DEBERES DEL PADRE Y DE LA MADRE
CON RESPECTO AL NIÑO

De la CDN se desprende una lista de obligaciones de los padres y madres hacia sus hijos siendo una de las principales, como se dijo antes, la de proporcionar condiciones de vida que permitan el sano desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del niño. Esto incluye, en primer lugar, condiciones materiales adecuadas, tales como vivienda, nutrición, agua, vestuario, higiene y un ambiente seguro y saludable. Los

niños tienen derecho a la salud y a la atención médica, y resulta evidente que los padres y madres tienen responsabilidades importantes en esta materia, especialmente con respecto a la atención prenatal y a la inmunización de niños de corta edad. Asimismo, tienen el deber de colaborar en la temprana identificación de deficiencias físicas y mentales, y la pronta inserción de niños con tales condiciones en los programas de atención y educación idóneas.

Los niños tienen derecho a la educación y en este campo también resulta evidente la corresponsabilidad del Estado y los padres y madres. Casi tan importante como la educación es el derecho del niño “al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas”.¹⁴ La estimulación del niño durante los primeros meses y años de vida es vital para el desarrollo de sus capacidades intelectuales y afectivas. Más tarde, es vital para su desarrollo social. Aquí también resulta evidente que incumbe en primer lugar a la familia velar por el goce efectivo de este derecho.

El Artículo 19 de la Convención consagra el derecho del niño a estar libre de “toda forma de abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación” en su hogar. El Comité de los Derechos del Niño señala que este derecho conlleva la obligación de eliminar los castigos corporales como medida disciplinaria, tanto en la familia como en la escuela y los hogares infantiles.¹⁵ El Artículo 12 consagra el derecho del niño a opinar libremente en todos los asuntos que le afecten, así como el derecho a que su opinión sea tomada en cuenta. Y el Artículo 5, ya citado, consagra la “responsabilidad, derecho y deber” del padre y la madre a proporcionarle al niño “dirección y orientación” en el ejercicio de sus derechos.

En cuanto a los derechos civiles del niño, cabe destacar la obligación de las madres y los padres de registrar el nacimiento del niño, con el fin de salvaguardar su derecho a la identidad y a la personalidad jurídica.

Por último, ningún decálogo de los deberes de las madres y los padres hacia sus hijos puede hacer caso omiso de un principio que ocupa un lugar central en la estructura de la CDN, que es la primacía de los intereses del niño. El Artículo 18.1 de la CDN subraya la relevancia de este principio al interior de la familia, al declarar que la “preocupación

¹⁴ Art. 31.1.

¹⁵ Principios generales sobre la violencia contra los niños en la familia y la escuela, 2001, paras. 3 y 6.

fundamental” de las madres y los padres en la crianza de sus hijos será “el interés superior” de éstos.

Estos no son más que algunos de los deberes básicos que pueden atribuirse a las madres y los padres, a la luz de la CDN. Los códigos de familia suelen contener un artículo sobre los deberes de las madres y los padres, mucho más escueto que lo que sería un listado basado en todos los derechos reconocidos hoy día como derechos fundamentales del niño y la niña. En contraste, muchos de los códigos sobre la infancia y la adolescencia contienen un decálogo de los deberes de los padres y las madres más completo y moderno, inspirado en la normativa internacional en la materia.

La reforma de la Ley de la Niñez, adoptada por Trinidad y Tobago en el año 2000, contiene una nómina de las obligaciones de los padres y las madres, así como una nómina de los derechos de los niños. Dichas obligaciones incluyen las de:

- registrar el nacimiento del niño;
- asegurar las condiciones de vida adecuadas al desarrollo físico, mental, espiritual y moral del niño;
- asegurar que el niño asista a la escuela;
- proporcionarle al niño dirección y orientación “sin empleo de cualquier castigo cruel, inhumano o humillante”;
- asegurarle al niño tiempo para el descanso, las actividades recreativas, la expresión creativa y el juego;
- respetar la intimidad del niño;
- protegerle contra toda violencia física ilegal así como todo abuso físico o mental, abandono, maltrato o explotación, incluso el abuso sexual;
- asegurar que el niño reciba atención adecuada en ausencia de sus padres; y
- asegurar que el niño menor de 12 años de edad no trabaje.¹⁶

El texto establece que la lista no es taxativa, y que estos deberes incumben a toda persona que se encuentre en *loco parentis*.

¹⁶ *The Children (Amendment) Act*, No. 68 of 2000, Second Schedule, Part ‘B’.

2. IGUALDAD DE DERECHOS Y DEBERES DEL PADRE Y LA MADRE

La CDN consagra el principio según el cual las madres y los padres tienen “obligaciones comunes” con respecto a la crianza de sus hijos. Esta disposición refleja un principio más amplio, el de la igualdad del hombre y la mujer en términos generales, y en particular con respecto al matrimonio. Tan importante es este principio, que está consagrado no sólo por la normativa en materia de derechos humanos, sino también es recogido en la Carta de la ONU y de la OEA.¹⁷ El Pacto de San José consagra este principio con respecto a la familia al establecer:

Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo...¹⁸

La Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer confirmó que este principio no se limita a las familias constituidas con base en el matrimonio, al consagrar la obligación del Estado de adoptar medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurar condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial...¹⁹

La discriminación contra la mujer en esta materia no sólo atenta contra su dignidad, sino que tiene consecuencias importantes para los niños, especialmente los que viven en hogares en donde el padre está ausente, los cuales constituyen un alto porcentaje de la población más afectada por la pobreza. Si bien esta vulnerabilidad tiene muchas causas, una de

¹⁷ Carta de la ONU, Artículos 1(3), 13(b) y 55(4); Carta de la OEA, Artículos 3 j) y 43 a).

¹⁸ Art. 17.4.

¹⁹ Art. 16.1 (f).

ellas es la legislación que no protege adecuadamente los intereses económicos de la mujer en caso de disolución del matrimonio, especialmente tratándose de una unión de facto.

Hoy día, el principio de la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, o del padre y la madre de un niño, es ampliamente consagrado por las constituciones y la legislación de los países de la región. La Constitución de Colombia adoptada en 1991, por ejemplo, contiene un artículo extenso sobre la familia. Uno de sus párrafos reza : “Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes”.²⁰ El Código de Familia de El Salvador consagra la igualdad de los cónyuges como principio rector, y precisa que “El trabajo del hogar y el cuidado de los hijos, serán responsabilidad de ambos cónyuges” y que “El ejercicio de la autoridad parental corresponde al padre y a la madre conjuntamente...”.²¹

No obstante, muchas veces la legislación contiene disposiciones que contradicen este principio general, discriminando contra la mujer. Por ejemplo, en 1999 el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer felicitó a Chile por las reformas a la Constitución y al Código Civil que reconocían el principio de la igualdad de los cónyuges, pero también manifestó su preocupación por “la desprotección de las mujeres en materia de derecho de familia, el cual limita, entre otras cosas, la capacidad de la mujer para administrar sus propios bienes o los bienes poseídos en común... [así como] la inexistencia de disposiciones relativas a la disolución del vínculo matrimonial”. “Estos aspectos” concluye el Comité “resultan gravemente discriminatorios para la mujer...”.²²

También hay –y es importante reconocerlo– normas que discriminan contra los padres. En los países del Caribe en que rige el *Common Law*, los padres de hijos nacidos fuera del matrimonio casi no tienen derecho a participar en la crianza de sus hijos. Existe hoy en día un movimiento importante para la reforma del Derecho de Familia en dicha región, y las mujeres que lideran tal movimiento abogan en favor del

²⁰ Art. 44.

²¹ Arts. 39 y 207.

²² Informe del Comité a la Asamblea General de la ONU, A/54/38, Aspectos positivos, párr.1 y Principales esferas de preocupación y recomendaciones, párr. 1. El Comité es el órgano internacional establecido por la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, con el fin de velar por el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes.

reconocimiento de los derechos de los padres biológicos, pues se considera que el desconocimiento del derecho del padre a tener contacto con sus hijos y participar en la crianza de éstos contribuye a perpetuar una cultura de irresponsabilidad paterna.²³

En el año 2000, Trinidad y Tobago abrogó una disposición de su legislación que permitía a una mujer sin pareja adoptar, pero no así a un hombre sin pareja, por considerar dicha norma discriminatoria.²⁴

3. EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y LA FILIACIÓN

La Convención sobre los Derechos del Niño es el primer instrumento internacional que reconoce el concepto de derecho a la identidad, como tal. Esta innovación se debe, en gran parte, a la participación en el proceso de redacción de la Convención de unas ONG'S argentinas, profundamente preocupadas por la suerte de cientos de niños víctimas de la represión que fueron despojados de dicho derecho durante la época de la llamada "guerra sucia".

Este derecho comprende, según el Artículo 8 de la Convención, el derecho a un nombre, a una nacionalidad y a "las relaciones familiares". El Artículo 7 precisa que el niño tiene derecho "a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos", en la medida de lo posible.

En muchos países, la legislación dificulta todavía el reconocimiento de la paternidad. No se permite, por ejemplo, a una madre soltera registrar el nombre del presunto padre en el acta de nacimiento, se establecen plazos para el inicio de procedimientos de filiación, o se imponen costos que limitan el acceso a este procedimiento. Tales obstáculos existen para proteger intereses que en definitiva no son los del niño, que es privado del derecho de conocer la identidad de su padre biológico. Como tal, aún si consideramos legítimos los bienes jurídicos tutelados por disposiciones de esta naturaleza, constituyen ejemplos de normas que no respetan el principio de la primacía de los intereses del niño.

²³ Zanifa McDowell. "Birth Status, Domestic Law and the United Nations Convention on the Rights of the Child", in C. Barrow, Ed. *Children's Rights Caribbean Realities*, Ian Randle Publishers, Kingston, 2001; Tracy Robinson. *Family Law and Domestic Violence in the OECS: Considerations for Law Reform*, U.W.I. Faculty of Law, CEPAL-UNICEF-NCH, 2003, p. 6.

²⁴ *The Adoption Act*, 2000, Explanatory Note, p. 2.

Algunos países de la región han modificado su legislación en la materia para mejorar la protección del derecho a la identidad de niños nacidos fuera del matrimonio. En 1998, Belice adoptó una ley denominada *Families and Children Act*, que contiene un capítulo sobre la filiación. Esta ley reconoce el *locus standi* del niño para iniciar el procedimiento de filiación, así como su capacidad para dar un muestra de su sangre para la ejecución de las pruebas forenses pertinentes.²⁵

El nuevo Código de Familia de El Salvador reconoce el derecho del niño a “Saber quiénes son sus padres, ser reconocido por éstos y llevar sus apellidos”.²⁶ El derecho a “investigar quiénes son sus progenitores” es imprescriptible; se reconoce al hijo no reconocido el derecho a iniciar los procedimientos de reconocimiento de paternidad, aplicándose en tales procedimientos el principio de prueba libre.²⁷ Otros Códigos, como el Código Civil de Chile, también han sido modificados con el fin de permitir la libre investigación de la paternidad.

En el año 2000, Costa Rica adoptó la Ley de Paternidad Responsable, que establece la obligación de la madre de indicar la identidad del padre de su hijo al registrar el nacimiento del niño.²⁸ Si la persona señalada contesta la paternidad, debe someterse a una prueba de ADN. Este sistema es sin duda el que más garantiza el derecho del niño a conocer la identidad de su padre.

4. LA IGUALDAD DE LOS HIJOS

La Convención sobre los Derechos del Niño prohíbe toda discriminación, en particular aquella basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, o el nacimiento del niño o de sus padres.

Tradicionalmente, la legislación sobre la familia contenía normas discriminatorias con respecto a los niños nacidos fuera del matrimonio. Muchos países han adoptado normas destinadas a eliminar esta forma

²⁵ Secciones 40 (1)(a) y 42 (2).

²⁶ Art. 203.1.

²⁷ Arts. 139, 146 y 148.

²⁸ Ley 8101 de 27 de marzo de 2001.

de discriminación. El Código Civil de Chile, por ejemplo, fue reformado en 1991 con el fin de eliminar disposiciones que discriminaban contra los hijos “ilegítimos”. En realidad, las normas de carácter general que prohíben la discriminación con base en el nacimiento muchas veces no logran eliminarla, debido en parte a las consecuencias de la legislación, que dificulta el reconocimiento de la paternidad.²⁹

Ciertas leyes también discriminan contra los hijos adoptivos. La Constitución adoptada por Colombia en 1991 consagra la igualdad de todos los hijos, incluso los adoptivos.³⁰ El nuevo Código de Familia de El Salvador establece que “Todos los hijos, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, tienen los mismos derechos y deberes familiares”.³¹

Muchas de las leyes sobre la niñez adoptadas después de 1990 contienen disposiciones amplias sobre la discriminación. El Código de El Salvador, por ejemplo, contiene un capítulo sobre los derechos fundamentales de los niños y niñas que prohíbe toda discriminación basada en el sexo, la raza, el idioma, la religión o nacionalidad del niño, o por una discapacidad.³² Llama la atención el hecho de que, con cierta frecuencia, las disposiciones que prohíben la discriminación contra los niños y adolescentes hacen caso omiso de la discriminación basada en la opinión. Otro ejemplo es la ley sobre la niñez adoptada por Trinidad y Tobago en 2000, que prohíbe la discriminación contra el niño basada en las opiniones de sus padres, pero no la basada en las opiniones del mismo niño.³³

Los códigos inspirados en la Doctrina de Protección Integral suelen tener disposiciones que prohíben expresamente casi todas las formas de discriminación prohibidas por la CDN. Algunos, incluso, contienen disposiciones más completas que el Artículo 2 de la Convención. Por ejemplo, el Código de los Niños y Adolescentes de Perú, de 1993, y el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, de 2002, prohíben la

²⁹ Robinson, *supra*, p.10; véase también McDowell, *supra*.

³⁰ El Artículo 44 dispone textualmente: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

³¹ Art. 202.

³² Art. 349.

³³ *The Children (Amendment) Act*, No. 68 of 2000, Second Schedule, Part C., sections 3 and 4.

discriminación basada en la nacionalidad, y el de Ecuador también la basada en la orientación sexual.³⁴

5. LA PENSIÓN ALIMENTICIA

El Artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño trata sobre el derecho de todo niño a gozar de condiciones de vida adecuadas. Este artículo contiene un párrafo dedicado al tema de las pensiones alimenticias, cuya parte medular dispone:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero.

El derecho a la pensión alimenticia es sin duda uno de los más ampliamente reconocidos por las legislaciones de los países y menos respetado en la práctica.

En muchos países del Caribe la legislación establece dos sistemas para el reclamo de la pensión alimenticia. Los tribunales civiles ordinarios tienen competencia para casos en los cuales el derecho a una pensión se basa en el matrimonio, y en algunos países también en relaciones estables que cumplen con los requisitos legislativos pertinentes, mientras que los demás casos en los cuales los padres nunca estuvieron casados ni formaron una pareja legalmente reconocida, son ventilados ante juzgados ‘inferiores’ equivalentes a un juez de paz. Este último es, en efecto, un sistema de justicia para los pobres y marginados –en realidad, las pobres y marginalizadas– caracterizado por procedimientos menos eficaces, con un ambiente humillante para los litigantes.³⁵ Las diferencias entre la forma en que el sistema de administración de justicia responde a las demandas sobre la protección del derecho fundamental a la pensión alimenticia, pueden considerarse como discriminación contra los niños nacidos fuera de matrimonio, o por lo menos de aquéllos fruto

³⁴ Art. IV y 4, respectivamente.

³⁵ Robinson, *supra*, p. 7.

de relaciones transitorias o adulterinas. Hoy en día hay en el Caribe un movimiento que reclama la creación de tribunales de familia, con el fin de garantizar el derecho de acceso a una justicia especializada, digna y eficaz para todas las cuestiones de esta naturaleza, sin discriminación.³⁶ Fueron establecidos tribunales de familia en St. Vincent en 1992 y en St. Lucía en 1995, dotados de equipos de trabajadores sociales, lo que representa un avance, aunque carecen de los recursos necesarios para resolver de forma eficaz el gran número de casos presentados.³⁷

En América Latina también se han tomado medidas para mejorar la eficacia de los sistemas para la protección de este derecho. En Argentina, por ejemplo, la ciudad de Buenos Aires adoptó en 1999 una ley que establece un registro de personas atrasadas en el pago de alimentos. Desde entonces, varias provincias han establecido también tales registros.³⁸

Con el aumento de la migración internacional, la participación en convenios internacionales destinados a facilitar la ejecución de órdenes de pensión alimenticia en países de destino de emigrantes cobra cada vez más importancia. La CDN contiene incluso una disposición expresa sobre la materia, que obliga a los Estados Parte a promover la concertación y la adhesión a los convenios internacionales en la materia. La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, adoptada el mismo año que la Convención sobre los Derechos del Niño, responde precisamente a este fin y cuenta actualmente con once Estados Parte.³⁹

³⁶ Hay, además, un importante proyecto que pretende actualizar el Derecho de Familia y armonizarlo con la CDN y la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, patrocinado por la *Organization of Eastern Caribbean States*, que cuenta con el apoyo de UNICEF, CEPAL, el Secretariado del Commonwealth, CIDA y *National Children's Homes* (NCH), una ONG.

³⁷ Robinson, *op. cit.*, p. 16.

³⁸ Fueron ocho provincias, cuando Argentina elaboró su quinto informe al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en 2001. *Op. cit.*, p. 66.

³⁹ Estos son: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay y Uruguay. Colombia, Haití, Perú y Venezuela son signatarios.

6. EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y LOS NIÑOS SEPARADOS DE UN PARIENTE

El derecho a la identidad comprende, como se ha visto, el derecho del niño a “preservar... las relaciones familiares”.⁴⁰ Asimismo, el padre y la madre –así como, eventualmente, otros miembros de la familia– tienen el derecho y deber de participar en la crianza del niño.⁴¹ Este complejo de derechos y deberes corresponde, esencialmente, a la institución conocida en el Derecho de Familia como *patria potestad* o autoridad paterna. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se emplea con frecuencia el concepto más amplio de la unidad de la familia para referirse a la preservación de los vínculos de toda índole entre cónyuges, padres e hijos, hermanos y otros parientes.

La CDN contiene una serie de disposiciones que reglamentan esta cuestión. Algunas de ellas –como las que se refieren a personas detenidas, presas, desaparecidas, exiliadas o desplazadas– no forman parte de la rama del derecho que hoy nos ocupa.⁴² Pero otras sí guardan estrecha relación con la legislación sobre la familia. La regla general está enunciada en el tercer párrafo del Artículo 9 de la Convención, que establece que el niño “que esté separado de uno o de ambos padres” tiene derecho “a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

El primer párrafo de este artículo reglamenta la problemática de los niños que no conviven con sus padres o que viven con uno de ellos, o sea, la separación de un niño del hogar familiar contra la voluntad de sus padres o uno de ellos. En realidad la redacción de esta disposición es un tanto confusa, pues se aplica a dos situaciones con características distintas. La primera parte establece que el niño no será “separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”, mientras que la segunda agrega que “Tal determinación puede ser necesaria... por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando

⁴⁰ Art.8.1 de la CDN.

⁴¹ Arts. 5 y 18.1 de la CDN.

⁴² Véase, en particular, los Artículos 9.4, 10 y 22.2 de la CDN.

éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”. En términos del Derecho de Familia, la primera hipótesis corresponde a la suspensión o derogación de la autoridad paterna, entiendo yo, mientras que la segunda corresponde a la asignación de custodia. El tema de la remoción de los niños de su hogar para su propia protección será abordado más adelante, ahora nos ocupamos del tema de la relación del niño con sus padres cuando se encuentre separado de ellos, o de uno de ellos, por motivos de otra naturaleza, y especialmente por divorcio, separación o abandono.

La primera regla, antes citada, es clara: que todo niño tiene derecho “a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. Es una regla bastante general y categórica, es decir, no está condicionada por el tipo de filiación, ni por la naturaleza específica de las relaciones legales que existen entre el progenitor y su hijo, o entre éste y otras personas. Es un derecho limitado exclusivamente por el interés superior del niño en cuestión; puede ser reglamentado con el fin de acomodar los intereses legítimos de otras personas, como, por ejemplo, la persona que tiene la guarda, pero no puede ser denegado en consideración a los intereses de cualquier otra persona o institución.

A primer vista, el precepto de que el niño no debe ser separado de su madre o padre contra su voluntad, a menos que las autoridades competentes hayan determinado que dicha separación es “necesaria en el interés superior del niño”, parece aplicable exclusivamente a la imposición de medidas de protección. En casos de separación del padre y la madre, la separación de los niños de uno de ellos parece ser la inevitable consecuencia de la decisión de los padres a no mantener un hogar común. Si bien el interés superior del niño es relevante para determinar a quién corresponde la guarda, el concepto de “necesidad de separación” no parece atinente. Sin embargo, si interpretamos el concepto de separación de forma amplia es posible darle un sentido a esta cláusula. Si por separación entendemos la suspensión del derecho a participar en la crianza del niño, esta cláusula puede interpretarse como una norma que prescribe la participación de ambos padres en la crianza de sus hijos, aún en caso de divorcio o separación, a menos que otro arreglo sea necesario en consideración del mejor interés de los hijos. En esta hipótesis, el padre o la madre que no convive con los niños tendrá no sólo el derecho de

mantener contacto con sus hijos y el deber de contribuir a su manutención, sino el derecho y deber de coadyuvar y participar en el cumplimiento de todas las responsabilidades que tienen las madres y padres con respecto a sus hijos. La idea de que el divorcio o separación de los padres normalmente no debe significar la derogación o suspensión de las obligaciones de cada uno de ellos hacia sus hijos parece coherente con los valores y propósitos que inspiran la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Derecho de Familia parece todavía concebir los derechos y deberes de los padres que no cohabitan con sus hijos principalmente en términos de obligaciones alimenticias y derecho de visita. Conceptos como el de custodia compartida no parecen muy aceptados. El Código de El Salvador ilustra cierta aceptación de este nuevo enfoque al establecer, en primer lugar, que:

Cuando los padres no hicieren vida en común, se separaren o divorciaren, el cuidado personal de los hijos lo tendrá cualquiera de ellos [...] De no mediar acuerdo entre los padres o ser éste atentatorio al interés del hijo, el juez confiará su cuidado personal al padre o madre que mejor garantice su bienestar, tomando en cuenta su edad y las circunstancias de índole moral, afectiva, familiar, ambiental y económica que concurran en cada caso.⁴³

No obstante, el artículo siguiente agrega:

El padre y la madre, aunque no convivieren con su hijo, deberán mantener con él las relaciones afectivas y el trato personal que favorezca el normal desarrollo de su personalidad. Cuando sea necesario, el juez podrá regular el tiempo, modo y lugar que para ello se requiera [...] Quien tuviere el cuidado personal del hijo no podrá impedir tales relaciones y trato, a no ser que a criterio del juez se estimaren contrarios al interés del hijo.

El Código salvadoreño también recoge la idea que la unidad de la familia no se limita a la familia nuclear, estableciendo al respecto: “También

⁴³ Art. 216.

tienen derecho de comunicación con el hijo los abuelos, los parientes y otras personas que demuestren un interés legítimo, siempre que esto no resultare perjudicial a la salud física y mental del menor”.⁴⁴

La CDN establece que los Estados Parte deberán respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

7. LA EDAD MÍNIMA PARA EL MATRIMONIO

Curiosamente, la parece CDN no establece una edad mínima para el matrimonio. Ni siquiera reafirma el principio de que el matrimonio debe estar basado en la libre voluntad de los futuros cónyuges, quienes deben tener la edad adecuada para este efecto, principio reconocido en numerosos instrumentos internacionales, entre ellos el Pacto de San José, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y la Convención contra Toda Forma de Discriminación contra la Mujer.⁴⁵ Llama la atención que la Carta Africana de los Derechos y Bienestar del Niño de 1990 sí establece expresamente la edad de 18 años como edad mínima para el matrimonio.⁴⁶

La doctrina llena esta laguna. El Comité de los Derechos del Niño ha declarado al respecto: “El Comité recomienda firmemente que los

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ En el Pacto de San José, estos principios están plasmados en el Artículo 17, dedicado a “la Protección de la Familia”, que reza en la parte pertinente lo siguiente:

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

Disposiciones similares se encuentran plasmadas en los párrafos 2 y 3 del Artículo 23 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, la Convención contra Toda Forma de Discriminación contra la Mujer establece en su Artículo 16.1 b), que el Estado debe garantizarles al hombre y la mujer “El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento”.

⁴⁶ Artículo 21.2.

Estados Partes examinen y, cuando sea necesario, reformen sus leyes y prácticas para aumentar la edad mínima para el matrimonio, con o sin acuerdo de los padres, a los 18 años tanto para las chicas como para los chicos”.⁴⁷ Esta observación ratifica una recomendación del Comité contra la Discriminación contra la Mujer, adoptada casi una década antes, según la cual:

[...] el Comité considera que la edad mínima para contraer matrimonio debe ser de 18 años tanto para el hombre como para la mujer. Al casarse, ambos asumen importantes obligaciones. En consecuencia, no debería permitirse el matrimonio antes de que hayan alcanzado la madurez y la capacidad de obrar plenas.⁴⁸

No obstante, la legislación de varios países del continente permite todavía el matrimonio de personas menores de 18 años de edad. En Argentina, el Código Civil establece la edad de 16 años para la adolescente y 18 para el joven. El Código de Guatemala permitía el matrimonio a la edad de 14 años para mujeres adolescentes y 16 para el varón adolescente, con el consentimiento de los padres.⁴⁹

La legislación de varios países del continente permite el matrimonio de personas con apenas 14 años de edad, cuando hay embarazo o un hijo. Incluso, los nuevos códigos de familia de El Salvador y Panamá contienen disposiciones de esta índole. El Comité de los Derechos del Niño no considera el embarazo ni la paternidad o maternidad razón suficiente para permitir el matrimonio de adolescentes y ha solicitado a estos países eliminar esta excepción a la edad mínima general.⁵⁰ El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha instado a los países de la región a eliminar disposiciones de sus Códigos que permiten a las mujeres casarse antes de los 18 años de edad, precisando que disposiciones de esta índole son discriminatorias.⁵¹

⁴⁷ Observación general No.4, 2003, para. 20.

⁴⁸ Observación general No.21, para. 36.

⁴⁹ Informe Inicial de Guatemala al Comité de los Derechos del Niño, 1995, para. 98.

⁵⁰ Observación Final sobre el segundo Informe de El Salvador, y el segundo informe de Panamá, 2004, para. 21-22.

⁵¹ Véanse, por ejemplo, las observaciones del Comité sobre un informe de Uruguay, 2002, para. 204-205.

8. LA PROTECCIÓN DEL NIÑO CONTRA EL ABUSO, EL ABANDONO Y LA EXPLOTACIÓN DENTRO DEL ENTORNO FAMILIAR

El Artículo 19 de la Convención reconoce el derecho de todo niño a la protección contra el abuso, el maltrato y la explotación a manos de sus padres u otras personas que estén *in loco parentis*. El primer párrafo de dicho artículo dispone textualmente lo siguiente:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

Este derecho es, en cierta forma, un corolario del derecho de todo niño a crecer en condiciones de vida “adecuad[as] para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social” o, a tenor de la Declaración de 1959, en “un ambiente de afecto y de seguridad moral y material”.⁵²

El segundo párrafo del Artículo 19 contiene una nomina de las medidas que los Estados deben tomar para hacer efectiva la protección contra dichos abusos, entre ellos están los programas sociales de prevención y asistencia dirigidos a los padres; las medidas de identificación, la notificación e investigación de casos concretos; los programas de tratamiento y “según corresponda, la intervención judicial”. Esta disposición se completa con el Artículo 39, que reconoce el derecho de las víctimas a recibir rehabilitación física y psicológica, así como a la reintegración social. En otras palabras, la CDN hace hincapié en la necesidad de un enfoque holístico o integral frente a este problema.

La prevención del maltrato y la rehabilitación de las víctimas dependen principalmente de medidas de carácter programático, mientras que la represión de los abusos más graves se rige por el Derecho Penal. Entre estos extremos el Derecho de Familia ocupa un lugar clave, en

⁵² Artículo 28.1 de la CDN; Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

particular con respecto a la cuestión de saber qué tipo de medidas pueden servir para evitar la reincidencia una vez que algún tipo de maltrato ha sido detectado y cuándo es necesario remover a la víctima de su hogar para garantizar su protección contra los abusos perpetrados por un familiar. Sobre esta cuestión la regla medular es, como se ha señalado arriba, la establecida por el Artículo 9.1 de la Convención; a saber, que el niño no debe ser removido de su hogar a menos que esta medida sea “necesaria” para la protección del “interés superior” del niño. La decisión de remover a un niño de su hogar debe tomarse de conformidad con criterios y procedimientos establecidos por la ley y, en caso de que la decisión sea tomada por una autoridad administrativa, debe estar sujeta a una revisión judicial, debiendo oírse a todas las partes interesadas.

La normativa sobre esta problemática se completa con el Artículo 20.1, que reconoce el derecho de “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, ... a la protección y asistencia especiales del Estado”. Este derecho puede materializarse con la colocación del niño en familia sustituta. La institucionalización no debe emplearse sino como último recurso.⁵³

Estos preceptos y principios pueden resumirse en las siguientes reglas:

- el niño víctima de abuso o maltrato (y eventualmente otros niños residentes en el mismo hogar) no debe ser removido de su hogar, a menos que se considere que otras medidas no serán susceptibles de solucionar los problemas subyacentes y evitar la reincidencia en el maltrato.
- cuando para su protección sea necesario remover a un niño de su hogar, la medida debe ser temporaria, a menos que se considere o se determine que, en el caso concreto, las causas del maltrato no son susceptibles de solución a corto o mediano plazo.
- el abandono nunca debe declararse con base en la pobreza; cuando los padres carecen de los recursos necesarios para cuidar de sus niños de forma adecuada, deben recibir el apoyo necesario para cumplir con este deber.

⁵³ Artículo 20.3.

Hay avances en el reconocimiento de estos principios y reglas en el derecho relativo a la familia. El Código de Familia de Costa Rica, por ejemplo, fue reformado en 1995 para incorporar una norma que establece expresamente que la pobreza de la familia no constituye por sí misma motivo para declarar el estado de abandono.⁵⁴ El Código de familia de El Salvador establece que, en caso de una crisis familiar, el juez que conoce el caso debe confiar temporalmente los hijos ‘desamparados’ a un abuelo u otro pariente cuando sea posible, y sólo como último recurso entregarlos a una entidad de atención a la niñez.⁵⁵

La experiencia demuestra que, con cierta frecuencia, el autor de abusos dentro de una familia no es el padre o la madre de la víctima, sino otro pariente o una persona que convive o tiene una relación con la madre o el padre de la víctima. Algunas leyes nuevas, sobre todo la legislación contra la violencia doméstica, prevén ordenes que obligan al victimario a dejar el hogar, como alternativa a la remoción de la víctima.

No obstante, en este aspecto queda un largo camino por recorrer. Tradicionalmente, la legislación señalaba una serie de supuestos que permitían llevar un caso de maltrato, explotación o descuido ante las autoridades competentes, quienes tenían una amplísima discreción con respecto a las medidas que convenía adoptar para garantizar el bienestar de la víctima. Aún muchas legislaciones no han incorporado expresamente el criterio de necesidad o último recurso con respecto a la separación de un niño de su familia.

9. LA ADOPCIÓN

La adopción es una de las opciones previstas expresamente por la CDN para materializar el derecho de los niños sin familia, o privados de su entorno familiar, a “la protección y asistencia especiales”. La adopción ocupa un lugar especial dentro de la gama de soluciones previstas, pues es la solución ideal para los niños privados de los cuidados de su familia biológica de forma permanente. El hogar sustituto, en contraste, es la solución ideal para los niños privados de los cuidados de su familia

⁵⁴ Artículo 175.

⁵⁵ Artículo 219.

biológica de forma transitoria, y la institucionalización es reconocida expresamente, como se señala arriba, como último recurso.

No obstante, los riesgos de la adopción han sido notorios. Si bien la viabilidad de esta institución requiere la existencia de una población deseosa de entablar una relación de parentesco con niños abandonados o sin familia, la satisfacción de esta demanda no puede ser el objetivo principal de la institución. De ser así, la adopción deja de ser un medio para realizar el derecho del niño que carece de familia a obtener una, y se convierte en un negocio orientado a buscar niños para adultos deseosos de establecer una familia. Esta orientación inevitablemente lleva a abusos que erosionan la integridad de las familias, especialmente de las familias necesitadas. En consecuencia, la CDN precisa que el interés superior del niño ha de ser “la consideración primordial” que oriente todo sistema de adopción e implica el respeto de una serie de salvaguardias y garantías, dentro de las que están:

- que toda adopción debe ser autorizada por las autoridades competentes, con arreglo a las normas sustantivas y procesales establecidas por ley;
- que la adopción sólo procede cuando dichas autoridades determinen que los padres o otras personas interesadas hayan dado consentimiento a la adopción con conocimiento de causa, o cuando determinen que su consentimiento no es necesario por razones tales como el abandono.

La CDN establece algunos requisitos adicionales para la adopción internacional, o sea, la adopción de un niño por personas provenientes de un país que no es el del niño. Las razones de estos requisitos son dos: el respeto del origen étnico, religioso, cultural y lingüístico del niño, y las dificultades que afectan el control de las adopciones transnacionales. Por tanto, se aplica a esta solución la regla del último recurso, es decir, que este tipo de adopción sólo procede para el niño que “no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen”.⁵⁶ Se establecen, además, dos requisitos adicionales: que se controlen estrictamente los costos cobrados

⁵⁶ Artículo 21 (b).

por los servicios relacionados con la adopción y que el país de los potenciales padres adoptivos ofrezca al niño derechos y garantías equivalentes a los que goza en su país de origen.

Al ratificar la CDN, mucho de los países de América Latina dieron prioridad a la armonización de su legislación con las disposiciones de la Convención en esta materia. Chile y Paraguay adoptaron leyes sobre adopción en 1999 y 1997, respectivamente. Costa Rica efectuó reformas extensas al Capítulo VI de su Código de Familia en 1995, y Panamá reformó algunas disposiciones en la materia de su Código de Familia en 2001. En Argentina, una ley sobre adopción, aprobada en 1997, representa uno de los pocos avances realizados hasta la fecha, en armonización con la CDN, sobre la legislación relativa a la familia.

El Comité de los Derechos del Niño considera la Convención de la Haya, relativa a la Adopción Internacional, una forma idónea de cumplir con los requisitos de la CDN sobre el tema, para los países que la permiten. Esta Convención, adoptada en 1993, ha sido ratificada por 14 países de América Latina.⁵⁷

10. EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO

El Comité de los Derechos del Niño considera como principio fundamental el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta. La principal fuente de este derecho o principio es el Artículo 12 de la CDN, que contiene dos partes. Una parte general reconoce el derecho del niño a “expresar su opinión libremente en todos los asuntos que [le] afectan...”. Las opiniones del niño deben tenerse “debidamente en cuenta”, habida cuenta de su edad y madurez. El niño goza de este derecho desde que “esté en condiciones de formarse un juicio propio...”.

El segundo párrafo del Artículo 12 confirma la aplicabilidad de este principio a procedimientos legales o administrativos, precisando que es menester proporcionar al niño “oportunidad de ser escuchado... ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano

⁵⁷ Esos países son Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. También son partes Canadá y Estados Unidos.

apropiado”. El Artículo 9.2 establece que en procedimientos relativos a la custodia de un niño, o la suspensión o pérdida de autoridad paterna, “se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones”. El niño afectado, obviamente, pertenece a esta categoría de ‘partes interesadas’.

El nuevo Código de Familia de El Salvador reconoce el derecho del niño, a partir de 12 años de edad, a ser oído en determinados procedimientos.⁵⁸ El establecimiento de un límite de edad a partir del cual se reconoce el derecho del niño a ser oído no es coherente con el Artículo 12 de la CDN, y mucho menos a una edad tan avanzada. Resulta evidente que los niños adquieren la capacidad de formar opiniones mucho antes de llegar a la adolescencia. El sabio principio de que las autoridades que escuchan la opinión de un niño deben determinar qué peso merece, habida cuenta de la edad y madurez del sujeto, hace innecesario establecer para este efecto límites inflexibles de edad.

La mayoría de los códigos de la niñez reconocen este derecho en términos generales.⁵⁹ El Código de Nicaragua de 1998 estableció que “La inobservancia del presente derecho causará nulidad absoluta de todo lo actuado...”.⁶⁰ El Código de Venezuela reglamenta éste en forma relativamente detallada. El Artículo 80.1 establece:

Se garantiza a todos los niños y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente, en todo procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que afecte sus derechos, garantías e intereses, sin más límites que los derivados de su interés superior.

Otros párrafos de este artículo reconocen el derecho del niño con necesidades especiales a la asistencia de personas de su confianza que le ayuden a expresar sus opiniones, así como el derecho a no expresar su opinión, si así lo desea.⁶¹

Los códigos de la niñez que no reconocen este derecho en términos generales, lo reconocen para efectos de determinados procedimientos.

⁵⁸ Arts. 174 (adopción) y 208 (tutela).

⁵⁹ Código de Nicaragua, Art.17.

⁶⁰ Art. 17.

⁶¹ Art. 80, párrafos 2 y 4.

El Estatuto brasileño, por ejemplo, establece el derecho del niño a ser oído en audiencias relativas a guarda, tutela y adopción.⁶² El Estatuto no precisa una edad mínima para tal efecto, pero para la adopción requiere el consentimiento del niño a partir de la edad de 12 años.⁶³

11. PRIMACÍA DE LOS INTERESES SUPERIORES DEL NIÑO

El principio que podemos denominar la primacía de los intereses del niño es, quizás, el más importante de los consagrados por la CDN. La Convención contiene reiteradas referencias a este principio. El más general se encuentra plasmado en el primer párrafo del Artículo 3, que reza:

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

La importancia de este principio para la familia se desprende del primer párrafo del Artículo 18 que declara:

Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Otras disposiciones subrayan la relevancia de este principio para cuestiones vinculadas al Derecho de Familia. El Artículo 9, como se ha señalado arriba, establece que ningún niño puede ser separado de su familia, a menos que esta medida sea necesaria para la protección del interés superior del niño. Asimismo, señala el interés superior del niño como criterio para determinar cuándo se justifica la suspensión del derecho del niño a mantener comunicación con sus padres.⁶⁴ El Artículo 21 dispone que el

⁶² Art. 28.1.

⁶³ Art. 45.2.

⁶⁴ Art. 9.3.

interés superior del niño debe ser “la consideración primordial” en todo lo que se refiere a la adopción.⁶⁵

El Código de Familia de El Salvador reconoce la importancia de este principio en términos muy coherente con el lugar que ocupa en la CDN. El Artículo 350 del Código establece lo siguiente:

Interes superior del menor

En la interpretación y aplicación de este régimen prevalecerá el interés superior del menor.

Se entiende por interés superior del menor todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.

Con base en ese interés, el menor tendrá prioridad para recibir protección y socorro en toda circunstancia.

Los códigos del niño también reconocen este principio, así como su lugar central en la normativa y las políticas relativas a la niñez y adolescencia. Algunos lo reconocen de forma más categórica que la Convención, señalando que debe ser *la* consideración primordial. El Código del Menor de Colombia, por ejemplo, adoptado días después de la misma CDN, establece lo siguiente:

Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor.⁶⁶

Algunos especialistas consideran este peligroso principio, por ser un concepto abierto que otorga a las autoridades un margen de discreción que, en última instancia, sirve para limitar o negar los derechos de los niños. En realidad, la mayor parte de los códigos contienen definiciones del concepto del ‘interés superior’ del niño. El Código adoptado por Nicaragua en 1998 establece:

⁶⁵ Cabe destacar que en este contexto no basta que sea *una* consideración primordial.

⁶⁶ Art. 20.

Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente, todo lo que favorezca su pleno desarrollo físico, psicológico, moral, cultural, social, en consonancia con la evolución de sus facultades que le beneficie en su máximo grado.⁶⁷

El *Child Care and Protection Law*, adoptado por Jamaica en 2004, enumera las siguientes consideraciones que deben tomarse en cuenta, cada vez que las autoridades estén llamadas a tomar una decisión con base en el interés superior del niño:

- la seguridad del niño;
- el nivel de desarrollo y sus necesidades materiales y afectivas;
- la calidad de la relación entre el niño y su padre, madre o cualquier otra persona, así como las consecuencias de la continuación de dicha relación;
- la importancia de la continuidad en la crianza del niño;
- la religión y los valores espirituales del niño;
- las opiniones del niño, habida cuenta de su edad y madurez.⁶⁸

Las funciones que los códigos asignan a este principio están formuladas de tal modo que muchas veces reducen las posibilidades de la aplicación abusiva del principio. El Código de Niñez y Adolescencia de Ecuador, por ejemplo, dispone:

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.⁶⁹

El Código ecuatoriano también precisa que este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

⁶⁷ Art. 10.

⁶⁸ Sección 2 (2).

⁶⁹ Art. 11.

RECOMENDACIONES

El que sigue es un listado de algunas de las recomendaciones más relevantes que están implícitas en las once secciones anteriores:

- 1) Asegurar que la legislación contenga un listado de los deberes del padre y la madre coherente con la Doctrina de la Protección Integral.
- 2) Asegurar que la legislación sea totalmente coherente con el principio de la igualdad de derechos y deberes de la madre y el padre.
- 3) Reconocer el derecho de todo niño a conocer oportunamente la identidad de su padre y establecer procedimientos eficaces para la tutela de dicho derecho.
- 4) Asegurar que la legislación contenga una prohibición de discriminación tan completa como la contenida en la CDN.
- 5) Hacer lo posible para mejorar la eficacia de los mecanismos de tutela del derecho a la pensión alimenticia y celebrar o ratificar los convenios internacionales sobre la materia.
- 6) Revisar la legislación vigente con el fin de eliminar toda disposición que obstaculice el derecho de ambos padres a mantener contacto y participar en la crianza de sus hijos cuando los padres no conviven.
- 7) Eliminar la legislación que permite el matrimonio de adolescentes (menores de 18) y reconocer su derecho a servicios de salud reproductivos.
- 8) Asegurar que el enfoque al problema del abuso y abandono ponga el debido énfasis en la prevención y, en la medida de lo posible, la recuperación de la familia.
- 9) Asegurar que la legislación sobre la adopción sea plenamente coherente con la primacía de los intereses del niño y en particular que:
 - contenga garantías adecuadas relativas al carácter voluntario de la renuncia a la patria potestad; y
 - no reconozca la adopción internacional sino como último recurso.
- 10) Asegurar que la legislación reconozca el derecho del niño y adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada debidamente en cuenta.
- 11) Asegurar que la legislación reconozca el principio de la primacía de los intereses superiores del niño y adolescente, y defina el contenido de este concepto.

III. CONSIDERACIONES FINALES

El 20 de noviembre se celebró el 15º aniversario de la adopción de la CDN por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. UNICEF realiza actualmente una serie de estudios sobre el impacto de la CDN en la legislación de los Estados Parte de las distintas regiones del mundo. En este continente, se ha solicitado a las oficinas nacionales información sobre las reformas realizadas, los procesos de reforma y el impacto real de la legislación adoptada, que se inspira en la Convención y en la Doctrina de Protección Integral. Los resultados de esta encuesta, que no han sido publicados, contienen observaciones interesantes. Desde luego, las dificultades que han marcado los procesos de reforma, los avances en el terreno legislativo y la experiencia en la puesta en práctica de la nueva legislación varían de un país a otro. Sin pretender comparar las experiencias de los distintos países, puede ser interesante señalar algunas de las características de este proceso a nivel regional, sobre todo las que pueden tener implicaciones para las fases sucesivas de los procesos de reformas legislativas en el continente.

1. OBSTÁCULOS A LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN SOBRE LA FAMILIA

Dos países latinoamericanos, El Salvador y Panamá, han adoptados Códigos de Familia durante este periodo. Otros han reformado sus Códigos de Familia o Código Civil, con el fin de armonizarlos con la Doctrina de Protección Integral. La mitad de los países han adoptado Códigos sobre la niñez.⁷⁰ Incluso algunos de los primeros Códigos de la Niñez adoptados durante la década de los noventa han sido reemplazados por códigos nuevos. Es el caso de Bolivia, Ecuador, Nicaragua y la República Dominicana.⁷¹ Algunos de los países que no han adoptado nuevos códigos han

⁷⁰ Estos países son Bolivia, Costa Rica (1998), Ecuador, Guatemala (2003), Honduras (1996), México (2000), Paraguay (2001), Perú (1993), República Dominicana y Venezuela (1998). Colombia adoptó una ley, en 1989, que contiene disposiciones inspiradas en el entonces proyecto de Convención.

⁷¹ El Código del Menor de Bolivia, de 1992, fue derogado por el Código del Niño, Niña y Adolescente de 1999; y el Código de Menores de Ecuador, de 1992, fue derogado por el

hecho reformas extensas de la legislación vigente. Chile, por ejemplo, ha reformado su Constitución, su Código de Trabajo, Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Código Procesal Penal y su Ley de Menores, además de su Código Civil. Los países que todavía no han hecho reformas extensas a la legislación sobre la niñez y adolescencia, ni adoptado un Código inspirado en la Doctrina de la Protección Integral son pocos. En los países del Caribe que tienen el sistema de *Common Law*, Belice adoptó una Ley de la Familia y la Niñez en 1998, y Jamaica una Ley de Cuidado y Protección del Niño en 2004.⁷² Trinidad y Tobago adoptó una serie de leyes sobre la niñez en 2000.⁷³

No obstante este acervo importante de nuevas legislaciones, los informes provenientes de los países de la región coinciden en señalar que el proceso de reforma no ha concluido.⁷⁴ Por tanto, no ha perdido importancia el análisis de los obstáculos que han incidido en dicho proceso.

Un obstáculo de gran relevancia en varios países son las diferencias ideológicas, o diferencias fundamentales relativas a las políticas básicas, tales como la centralización/descentralización. Una fuente apunta “antagonismos entre diferentes concepciones y escuelas de derecho [y] diferentes posiciones sobre temas centrales [tales como] trabajo infantil, adopciones, responsabilidad penal juvenil...”. Otra cita “fuerte debate acerca de la distribución de facultades entre las políticas universales y las políticas de protección especial, por una parte, como también acerca de

Código de la Niñez y Adolescencia de 2003; asimismo, el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes adoptado por la República Dominicana en 1994, fue derogado por el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes de 2003 y el Código de la Niñez y Adolescencia de Nicaragua fue remplazado por otro del mismo nombre en 2003.

⁷² *The Families and Children Act*, No. 17 of 1998 and *the Child Care and Protection Act*, No. 11 of 2004.

⁷³ *The Sexual Offences (Amendment) Act*, No. 31 of 2000; *the Childrens Authority Act*, No. 64 of 2000; *the Children's Community Residences, Foster Homes and Nurseries Act*, No. 65 of 2000; *the Childrens (Amendment) Act*, No. 68 of 2000 and *the Adoption of Children Act*, 2000. *The Children's Authority Act*, fue enmendada en 2003.

⁷⁴ Sólo una fuente opinó que la tarea de la reforma legislativa está básicamente completa, señalando que “Costa Rica cuenta con un extenso marco jurídico de protección de los derechos de la niñez y adolescencia que ha trascendido los contenidos mínimos planteados por los instrumentos internacionales en la materia. El desafío que enfrenta el país está más orientado... hacia la reforma institucional que la legislación nacional obliga a adoptar para garantizar la efectiva implementación de la legislación...”.

la competencia territorial o centralizada del diseño y ejecución de las políticas...”. En la mayoría de los países, las diferencias ideológicas han sido superadas gracias a intensos y prolongados debates, con amplia participación académica y social, que a lo largo de los años han producido un mayor consenso. Sin embargo, en algunos países este obstáculo todavía no ha sido superado.

Creo que es posible distinguir entre diferencias de opinión sobre la forma más adecuada de lograr una eficaz protección de los derechos del niño, por una parte, y el rechazo de conceptos y valores que subyacen en la CDN y la Doctrina de Protección Integral. Esta visión –que algunas fuentes llaman “adulista”, “adultocentrista” o “tutelar”– ha sido también un obstáculo para las reformas legislativas. Uno opina que la “fuerte presencia de la doctrina tutelar en todo el espectro político, medios de comunicación y en gran parte de la sociedad” ha sido una de las principales razones que explican la lentitud del proceso de reforma legislativa.

Un tercer obstáculo identificado por los informantes es la falta de interés y compromiso, en particular por parte de los dirigentes políticos y parlamentarios. Uno señala la “falta de prioridad política dado que la materia de la infancia no representa para los actores políticos beneficios electorales”. Una fuente del Caribe considera que la “voluntad política deficiente” está vinculada a la renuencia de asignar los recursos presupuestarios adecuados y a la necesidad de un cambio cultural con respecto al lugar de la niñez en la sociedad.

Finalmente, en algunos países ciertos sectores sociales y profesionales se han opuestos a estas reformas. Un informante apunta “la posición conservadora de algunos sectores religiosos, tantos católicos como evangélicos” y otro grupos que tienen intereses materiales o económicos vinculados a la explotación de la niñez, en particular los relacionados con la adopción internacional. En ciertos países, los gremios profesionales, vinculados con los antiguos sistemas tutelares, han estado entre los principales oponentes de la Doctrina de Protección Integral.

2. LA EFICACIA DE LAS REFORMAS LEGISLATIVAS

Las reflexiones de estas fuentes sobre el impacto de las reformas legislativas realizadas también son interesantes. En términos generales, la mayoría

parece compartir la opinión de que la puesta en práctica de la legislación nueva ha sido limitada, pero significativa. Califican esto con expresiones como “lento y progresivo”, “parcial”, “desigual” y “altamente complicada y difícil”. Sólo dos o tres parecen tener un criterio esencialmente negativo sobre la puesta en práctica de la nueva legislación, manifestado en expresiones como “bajo” o “limitaciones serias”. En algunos casos, la legislación es demasiado reciente para evaluar su impacto.

Cabe recordar que estas opiniones se refieren a toda la legislación sobre los derechos de los niños, incluso la que trata de cuestiones laborales, penales, y sociales. Es posible que la implementación de reformas en materia del Derecho de Familia haya tenido más éxito que las reformas en otras áreas. En Paraguay, entre 4 mil y 5 mil niños fueron adoptado por extranjeros entre 1990 y 1996, por lo que, con base en la CDN, la Corte Suprema de Justicia decretó la suspensión de adopciones hasta la aprobación de una nueva ley, aprobada en 1997. Desde entonces, todos los niños y niñas declarados adoptables han encontrado nuevas familias dentro del país.⁷⁵ En contraste, en términos generales, la nueva legislación sobre el trabajo infantil ha tenido un impacto limitado.

Una amplia gama de factores han afectado la eficacia de la nueva legislación. Hasta cierto punto, las deficiencias que caracterizan las reformas afectan la implementación de dicha legislación. Las flagrantes contradicciones entre los códigos y otra legislación vigente crean importantes dificultades para los jueces y abogados litigantes, según un observador del Caribe.⁷⁶ Fuentes de América Latina señalan también las reformas que modifican las normas sustantivas sin cambios en el derecho procesal, y la falta de reglamentación de las nuevas leyes.

La escasez de recursos también es un factor importante, tanto en las agencias y ministerios como en el sistema de justicia. “El Ministerio de la Familia no cuenta con los recursos para cumplir con las obligaciones señaladas en el Código”, señala una fuente. Otros indican que el poder judicial no dispone de los recursos necesario para establecer tribunales especializados, o para dotarlos con los equipos interdisciplinarios necesarios. La falta de conocimientos y capacitación tanto para los funcionarios de la justicia

⁷⁵ Estimaciones del Ministerio Público citadas en un documento interno de UNICEF, 2004.

⁷⁶ Robinson, *supra*, p. 9.

como de las agencias de atención a la niñez es apuntado como un factor significativo en varios países, como lo es la persistencia de una “cultura de tutela” o “cultura institucionalizante”.

Factores de otro orden incluyen la “inestabilidad político-social” y la instrumentalización o subordinación de las instituciones y las políticas para la niñez a intereses políticos partidistas. Por último, cabe mencionar dificultades para operativizar el principio de corresponsabilidad del Estado, la comunidad y la familia. La eficacia de las instancias comunitarias de protección de la niñez ha sido limitada en ciertos países, debido a la ausencia de relaciones de confianza entre las autoridades, la sociedad civil y las ONG'S. “La familia hasta ahora ha sido la gran ausente en el proceso de implementación de la Ley...”, según un observador.

Informes provenientes de distintos países permiten identificar también factores que han facilitado la cabal implementación de la legislación inspirada en la Doctrina de Protección Integral. Los tribunales supremos o constitucionales han jugado un papel muy positivo en la experiencia de algunos países, entre ellos Colombia, Costa Rica, Guatemala y Panamá. Las procuradurías o defensorías especializadas también han jugado un papel valioso. El apoyo y la participación activa de la sociedad civil es otro factor importante. No cabe duda sobre la utilidad de lo que una fuente describió como “un grupo de la sociedad civil dinamizando la implementación de la ley, vigilando y apoyando, divulgación a la población y conocimientos suficientes de los encargados de aplicar la ley”.

3. ¿QUÉ TIPO DE REFORMA? ¿QUÉ TIPO DE CÓDIGO?

En América Latina, si bien se registran diferentes tendencias en cuanto a la naturaleza de las reformas llevadas a cabo en aras de la armonizar la legislación interna con la CDN, la tendencia dominante ha sido la elaboración de códigos de la niñez y adolescencia, adoptados en una docena de países. Sólo dos países han adoptado nuevos códigos de familia durante este período, y de estos sólo uno parece ser un código inspirado en la Doctrina de Protección Integral. Los países que hasta la fecha sólo han realizados reformas muy limitadas a la legislación interna son contados, quizá tres.

Parecería que inicialmente los países optaron por elaborar nuevas leyes sobre la niñez por considerar que la tarea más evidente y urgente era sustituir las leyes sobre menores, que en muchos casos habían sido adoptadas en las primeras décadas del siglo XX. Algunos de los nuevos Códigos incluso se denominaron Códigos de Menores. No obstante, como el propósito principal de las reformas era armonizar la legislación con las obligaciones contraídas por los países mediante la ratificación de la CDN, pronto hubo una toma de conciencia sobre la importancia de adoptar un marco normativo más amplio, que no sólo cubriera cuestiones relativas al menor infractor y al menor en 'situación irregular', sino también áreas como la salud, la educación, la migración, el trabajo, los delitos contra niños y adolescentes, y temas de Derecho de Familia, entre otros. Por ejemplo, el Estatuto brasileño de 1990 consiste en 95 artículos; el Código para la Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela, adoptado en 1998, cuenta con 685 artículos. La mayoría de los Códigos recientes tienen de 250 a 400 artículos.⁷⁷

El Comité de los Derechos del Niño recomienda con frecuencia a los países que sólo han hecho reformas legislativas parciales, la adopción de un código o 'ley integrada' sobre la niñez. Hasta la fecha América Latina ha sido la única región del mundo que mayoritariamente ha cumplido con esta recomendación. La experiencia ha mostrado que los códigos no son una solución mágica, pues por extenso que sea un código, siempre habrán aspectos de la problemática que se regirán por otras leyes. La falta de reglamentación de ciertos aspectos de algunos códigos, y la adopción de normas generales, sin la necesaria reforma de otras leyes relevantes, ha sido un factor que limita el impacto de los códigos de la niñez y adolescencia. Algunos observadores consideran que éstos tienden a padecer desperfectos técnicos que dificultan su aplicación, quizá debido a la naturaleza abierta y participativa de los procesos que típicamente producen dichos códigos.

No existe un camino único para lograr la plena y cabal armonización de la Doctrina de Protección Integral con la legislación relativa a la familia. Algunos países han realizado logros importantes mediante la progresiva reforma de diferentes leyes en la materia y la adopción de

⁷⁷ La excepción es la Ley de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de México, que tienen 56 artículos.

nuevas leyes que abordan aspectos específicos de la problemática, tales como la adopción y algunos códigos no han producidos los resultados esperados. No obstante, creo que los códigos de la niñez y adolescencia tienen tres ventajas.

Primero, la experiencia sugiere que las reformas parciales y progresivas raras veces producen la integración de todo el conjunto de derechos y principios plasmados en la CDN en la normatividad nacional. Esas reformas suelen reconocer el derecho del niño a ser oído en determinados tipos de procedimientos, por ejemplo, pero no en todo procedimiento capaz de afectar sus derechos e intereses. Prohíben la discriminación con respecto al goce de ciertos derechos, como el derecho a la propiedad o a la educación, dejando vacíos en la legislación que dejan al niño desamparado frente a la discriminación que afecta otros derechos. Algunas leyes contienen extensas nóminas de los derechos fundamentales del niño, que se encuentra en una determinado situación –por ejemplo el niño institucionalizado–, sin reconocer los mismos derechos para otros contextos como la familia o la escuela.

Segundo, las reformas parciales, aún siendo muy extensas, tienden a establecer normas que pretenden ofrecer al niño una solución que representa un determinado tipo de problema para la sociedad. Se establecen normas para el hijo nacido fuera del matrimonio, por ejemplo; para el niño con discapacidad física o mental; para el niño víctima de abuso físico o sexual; para el niño cuyos padres no le proporcionen la adecuada orientación moral; el niño infractor, entre otras, sin establecer normas basadas en una visión integral del niño, y su lugar en familia y la sociedad, ni normas basadas en una visión del niño normal. No cabe duda que hacen falta normas que rijan la situación de los niños con necesidades especiales, pero de acuerdo con mi criterio, las normas de dicha índole deben ser desarrolladas sobre la base de una visión global de los derechos del niño como tal, sin más.

Tercero, creo que el proceso de elaboración de códigos de la niñez tiene la ventaja de estimular un amplio debate social sobre las ideas relativas a la niñez que subyacen en la Doctrina de Protección Social, entre ellas, la idea del niño como sujeto de derechos, el concepto de desarrollo integral del niño, las responsabilidades de la familia hacia el niño –en cuanto sujeto de derechos cuyo capacidad de ejercerlos está en constante evolución–, el concepto de corresponsabilidad del Estado y la familia, y el

concepto de la familia como sujeto de derechos frente al Estado. En una reciente reunión de expertos de diferentes continentes, hubo consenso general de que, a pesar de la limitada eficacia de las nuevas leyes sobre la niñez, una consecuencia importante de los procesos de reforma legislativa ha sido el avance sobre una nueva visión del niño como actor social.