

LOS TRABAJOS COMPILADOS EN ESTE LIBRO SE ORIGINAN EN EL SEMINARIO: “DERECHOS DE LAS MUJERES Y DERECHOS DE LA NIÑEZ. CONSTITUYENDO UNA CIUDADANÍA PLENA” (CIUDAD DE BUENOS AIRES, 2002) Y CONSTITUYEN UNA REFLEXIÓN Y UNA PROPUESTA DE ACCIÓN PARA EFECTIVIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES Y LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

EXPERTOS DE LA ARGENTINA, CHILE, COSTA RICA, PERÚ Y BRASIL FUERON CONVOCADOS PARA COMPARTIR IDEAS Y DIAGNÓSTICOS EN TORNO AL CUMPLIMIENTO DE ESTOS DERECHOS EN LA REGIÓN DE AMÉRICA LATINA, CON EL PROPÓSITO DE IDENTIFICAR PUNTOS DE TENSIÓN Y CONFLICTO SOBRE LOS CUALES SE REQUIEREN ESFUERZOS DE ADECUACIÓN LEGISLATIVA Y DE DEFINICIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

ESPERAMOS QUE ESTE TEXTO CONTRIBUYA A ADVERTIR SOBRE LUCES Y SOMBRAS EXISTENTES EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y MUJERES. ESPERAMOS, SOBRE TODO, QUE ESTA TAREA CONSTITUYA UN APORTE PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA CULTURA DE LA OBSERVANCIA Y EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN UNA SOCIEDAD QUE NUNCA SEA INDIFERENTE A SUS VIOLACIONES.

Derechos universales realidades particulares



REFLEXIONES Y HERRAMIENTAS
PARA LA CONCRECIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS DE MUJERES,
NIÑOS Y NIÑAS

Derechos
universales
realidades
particulares

**Derechos
universales
realidades
particulares**



**REFLEXIONES Y HERRAMIENTAS
PARA LA CONCRECIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS DE MUJERES,
NIÑOS Y NIÑAS**

ELEONOR FAUR Y ALICIA LAMAS
(compiladoras)

**GLADYS ACOSTA
HAYDÉE BIRGIN
MIGUEL CILLERO
EMILIO GARCÍA MENDEZ
MAURICIO GONZALEZ
LEILA LINHARES BARSTED
NELLY MINYERSKY
GILDA PACHECO
CARMEN STORANI
ALICIA RUIZ
RAÚL ZAFFARONI**

COORDINACIÓN EDITORIAL:

Área de Comunicación.UNICEF - Oficina de Argentina

Ciudad de Buenos Aires



PRÓLOGO

El libro que aquí se presenta tiene su origen en el Seminario Derechos de las Mujeres y Derechos de la Niñez. Construyendo una Ciudadanía Plena, organizado hacia fines del año 2000 por el Consejo Nacional de la Mujer y UNICEF - Oficina de Argentina, con la participación del Consejo Nacional del Menor y la Familia y la colaboración del Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM).

Este Seminario constituyó una invitación a reflexionar y a proponer líneas de acción para el cumplimiento de los derechos de niños, niñas y mujeres, procurando una perspectiva de vinculación entre ambos grupos de derechos. De este modo, poblaciones que históricamente fueron unificadas partiendo de una noción de “vulnerabilidad”, en esta ocasión fueron reconocidas como grupos de sujetos cuyos derechos pueden potenciarse mutuamente.

Se partió del reconocimiento de dos marcos jurídicos ineludibles: la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, tratados con jerarquía constitucional a partir de la reforma de la Constitución de la Nación Argentina de 1994.

Expertos de la Argentina, Chile, Costa Rica, Perú y Brasil fueron convocados para compartir ideas y diagnósticos en torno al cumplimiento de los derechos de las mujeres y los niños en la Argentina y en la región de América Latina. Desde esta perspectiva, se buscó consolidar un “corpus conceptual” que identificara algunos de los nudos sobre los cuales se requieren esfuerzos de adecuación legislativa y de definición de políticas públicas para la protección de estos derechos.

Los trabajos compilados en este libro recogen las ideas de estos especialistas, quienes reconocen que los tratados de derechos humanos conforman un

marco ético sobre el cual regular las relaciones sociales en diversas esferas, pero además sostienen que se requieren estrategias y acciones particulares para superar el plano retórico y apuntar hacia su pleno ejercicio.

Estas acciones suponen la adecuación de las legislaciones nacionales y provinciales a los principios y normas de las Convenciones, así como la formulación de políticas públicas específicas orientadas al cumplimiento de los derechos humanos. Cada uno de estos procesos es largo y dispendioso, pero posible. No obstante, sólo podrán lograrse en la medida en que se definan prioridades en la agenda política y éstas se plasmen en decisiones efectivas.

Esperamos que este texto contribuya a advertir sobre ciertas luces y sombras existentes en el cumplimiento de los derechos de niños, niñas y mujeres. Esperamos, sobre todo, que ello aporte –aunque sea modestamente– hacia la construcción de una cultura de la observancia y el respeto de los derechos humanos en una sociedad que nunca sea indiferente a sus violaciones.

Egidio Crotti

Representante de UNICEF
para Argentina, Chile y Uruguay

ÍNDICE

PRÓLOGO

Egidio Crotti

INTRODUCCIÓN

Los derechos de mujeres, niños y niñas entre la sanción y su ejercicio

Eleonor Faur · Alicia Lamas11

PARTE I: DERECHOS Y CIUDADANÍA

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación
contra la Mujer y La Convención sobre los Derechos del Niño: hacia la ciu-
dadanía plena para niños, adolescentes y mujeres

Gladys Acosta29

La imagen que nos devuelve el derecho

Alicia Ruiz50

Especificidad y universalidad del derecho

Emilio García Méndez59

PARTE II. EL LUGAR DE LA LEY

EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS

Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva

Miguel Cillero67

Infancia y poder punitivo

Eugenio Raúl Zaffaroni85

Derecho de familia y aplicación de las Convenciones internacionales sobre
niños y mujeres

Nelly Minyersky94

Darle poder a la ley Herramientas de acción ciudadana. Acceso a la justicia <i>Haydée Birgin</i>	113
--	-----

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer: importancia de su ratificación <i>Gilda Pacheco</i>	127
--	-----

PARTE III. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA
LA CONCRECIÓN DE DERECHOS

Introducción al diseño y ejecución de una política pública que garantice el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres argentinas. <i>Carmen Storani</i>	143
--	-----

Políticas de vigilancia ciudadana y sistemas de seguimiento de estado de derechos <i>Mauricio González</i>	154
---	-----

La CEDAW como instrumento de empoderamiento de las mujeres <i>Leila Linhares Barsted</i>	169
---	-----



INTRODUCCIÓN
LOS DERECHOS DE MUJERES, NIÑOS
Y NIÑAS. ENTRE LA SANCIÓN
Y SU EJERCICIO

Eleonor Faur · Alicia Lamas

LOS TEXTOS COMPILADOS EN ESTE VOLUMEN SE ORIGINAN EN UNA invitación a reflexionar sobre la vinculación de los derechos de las mujeres y los derechos de los niños, niñas y adolescentes. A partir de esta premisa, los diferentes trabajos analizan perspectivas legales, institucionales y políticas que facilitan o dificultan su pleno ejercicio. Así se asume que no sólo el derecho sino también el discurso del derecho hace parte de una construcción social altamente dinámica y, por lo tanto, todo dispositivo que tienda a dar vida a las normativas aprobadas en el terreno internacional y nacional puede ser analizado bajo un paradigma de ampliación de la ciudadanía. Desde esta perspectiva, se presentan artículos que dilucidan desde el modo como el discurso del derecho construye identidades hasta los mecanismos que las políticas públicas pueden ofrecer para la concreción de los derechos humanos, pasando por detallados análisis de la legislación argentina en relación con la infancia y las mujeres.

LA NOCIÓN DE UNIVERSALIDAD Y LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS

Cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), se estableció por primera vez que todos los seres humanos “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Obviamente, esta máxima no presenta una idea diagnóstica, puesto que las personas -desde el momento de su nacimiento- se encuentran atravesada-

das por situaciones por demás condicionantes tanto de su libertad como de su igualdad en el ejercicio de derechos, sino que se refiere a una idea hipotética que encierra una prescripción. ¹

De tal manera, decir que los derechos son iguales para todos no significa que, en el plano individual, las personas sean idénticas entre sí ni que tengan las mismas condiciones de desarrollo social y personal. Tampoco supone, en el plano social, que estén dadas las posibilidades de ejercer estos derechos en igual medida para todos, ni siquiera oculta que existen barreras que hacen que algunos grupos se encuentren más obstaculizados que otros para lograr su satisfacción.

Precisamente, o más bien justamente, la idea de igualdad remite a la necesidad de equiparar las diferencias entre las personas y sus circunstancias bajo un parámetro de dignidad mínima que sea común para todos. Por ello, nos permite ver y cuestionar la existencia de desigualdades en el ejercicio de derechos como parte de un proceso producido social e históricamente y, por tanto, nos invita a identificar oportunidades y herramientas para su equiparación, asumiendo que se trata de un proceso que debe construirse. Así, el principio de igualdad representa un horizonte, un punto de llegada, que requiere de instrumentos específicos para su concreción. ²

En suma, los seres humanos nacen “libres e iguales” en un estado ideal de naturaleza, y por lo tanto, el derecho y la política deberían apuntar a que estas condiciones sean las que cuenten a la hora de apuntalar un sistema normativo, institucional y político que permita hacer efectivos la dignidad y los derechos de todas las personas.

DE LO GENERAL A LO PARTICULAR: EL MODO COMO EL GÉNERO Y EL CICLO VITAL ESPECIFICAN DERECHOS

El análisis permanente de las vulneraciones o violaciones de derechos en distintos grupos poblacionales, así como la ampliación sobre la conciencia social acerca de cuáles son los requerimientos mínimos para sostener la dignidad humana han contribuido en la especificación de derechos de sujetos particulares. De este modo, si bien la Declaración Universal daba cuen-

1. Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*. Madrid, Editorial Sistema, 1991.

2. Celia Amorós, “Elogio de la vindicación”, en Ruiz, Alicia E.C. (comp.) *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires, Facultad de Derecho/UBA y Editorial Biblos, 2000.

ta de que todos los derechos enunciados debían ser aplicados sin ningún tipo de discriminación, esta idea se basa en la noción de un sujeto genérico, abstracto, cuyas necesidades pueden ser tratadas de forma homogénea: universal. En cambio, el proceso que siguió a la declaración se ocupó, entre otras cosas, de avanzar en la definición de seres humanos concretos, que por razones vinculadas con su especificidad veían obstaculizado el cumplimiento de sus derechos humanos. Así, por ejemplo, la redacción y aprobación de una convención internacional dedicada a eliminar la discriminación contra las mujeres supuso un importante avance en la condición jurídica de las mujeres y en la legitimación de su igualdad en el plano social, político y cultural.³

La especificidad de las mujeres como sujetos de derecho se basa exclusivamente en su condición de género, y remite a las diferencias de trato y de oportunidades que han sido construidas histórica y socialmente en función de nociones erradas sobre las diferentes capacidades de hombres y mujeres para interactuar en el mundo de la política, del trabajo y de la familia. La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (conocida como CEDAW por su sigla en inglés), le otorga un status de derechos a los requerimientos que se consideraron indispensables para hacer frente a la situación de discriminación padecida por las mujeres.⁴ En este reconocimiento se incluyen tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos sociales, económicos y culturales.

Por su parte, la singularidad de los niños y niñas consiste en encontrarse atravesando los primeros años de vida, y requerir de algunos cuidados y protecciones especiales para que este inicio pueda producirse en las mejores condiciones posibles. El reconocimiento de esta especificidad, ligada al ciclo de vida humano, se validó mediante la firma y ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en 1989. A partir de esta convención, los niños, niñas y adolescentes pasaron a ser reconocidos como

3. Lo mismo sucedió en el caso de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, aprobada en 1966.

4. La noción de discriminación supone “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera”. CEDAW, artículo 1.

sujetos específicos de derechos humanos, no sólo en términos de sus necesidades, sino también de sus capacidades (como, por ejemplo, la de formarse juicios propios y ser capaces de emitir opiniones en los diversos escenarios donde transcurren sus vidas).

Ambos instrumentos (CEDAW y CDN) han contribuido a producir formulaciones cada vez más precisas al cuerpo de los derechos humanos, y, desde este punto de vista, deben ser analizados como herramientas que aportan al camino de la concreción de estos derechos.

LA RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES Y LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS

Si el hecho de ser niño/a o adolescente representa una situación transitoria en la vida, y por esto mismo se reconocen derechos vinculados con su “interés superior”, ser hombre o mujer es una condición que nace y muere con la persona, aún cuando se vayan transformando sus significados a lo largo de la vida. Tomando conjuntamente ambas convenciones es claro que el objetivo de igualdad de derechos de hombres y mujeres, sin distinciones sociales ni de ningún otro tipo, debe iniciarse desde la infancia. La CDN admite la necesidad de superar la discriminación a partir de la infancia al incorporar un artículo destinado a reconocer la igualdad de derechos con independencia del sexo, raza, origen, posición económica, religión y de otras situaciones propias o relativas a sus padres.⁵ Por otra parte, todos los instrumentos de derechos humanos se potencian entre sí, por ende, requieren ser analizados en forma relacionada para afianzar los mecanismos destinados a su protección.

¿Cómo sería una lectura articulada de –en este caso- la CDN y la CEDAW? Si nos detenemos, por ejemplo, en que todos los niños tienen derecho a satisfacer el “máximo nivel posible de salud” (CDN, artículo 6), será necesario, en primer lugar, observar cuál es la diferencia entre los requerimientos de los niños respecto de los adolescentes, pero también dis-

5. El artículo 2 de la CDN especifica: “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

tinguir las necesidades específicas para la salud de las mujeres adolescentes respecto de la de los varones y revisar los postulados de la CEDAW en este aspecto.

Si tomamos el derecho de todos los niños y adolescentes a participar en actividades culturales y comunitarias, pero nos topamos con la realidad de que a las mujeres se les asignan desde pequeñas tareas de cuidado de la casa, de sus hermanos (y, a veces, de sus hijos) en una mayor proporción que a los varones, observaremos que estas responsabilidades se vuelven un obstáculo para el desarrollo de sus capacidades de liderazgo y participación (capacidades reconocidas como un derecho en la CEDAW, artículo 7). Así comprobamos que para alcanzar la participación de hombres y mujeres adolescentes en pie de igualdad se requerirá de una flexibilización previa de las relaciones de género, también contemplada en el Preámbulo de la CEDAW.

De este modo también pueden ser leídos los derechos a la educación y a la justicia. Así pueden y deben interpretarse en conjunto el derecho del niño a vivir en familia y las responsabilidades de ambos padres en relación con el desarrollo del niño/a, desde los postulados de la CEDAW (artículo 16).

En suma, la consideración conjunta de la CDN y la CEDAW posibilita: a) la reinterpretación de la CDN a la luz de la socialización de niños y niñas con niveles diferentes de participación, autonomía y poder, por ende, con mayor probabilidad para las niñas, de sufrir situaciones de discriminación; b) la especificación de la CEDAW, en función de equiparar las oportunidades de hombres y mujeres durante las primeras etapas del ciclo de vida, y c) el reconocimiento de zonas de complementariedad para su aplicación operativa.

HERRAMIENTAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS PARA CONSTRUIR IGUALDAD: DEUDAS PENDIENTES PARA UN PAÍS EN CRISIS

El desarrollo de análisis que apunten a ajustar las formulaciones de los derechos humanos es sin duda una herramienta importante para su exigibilidad. Sin embargo, aun cuando éste se afine hasta niveles de detalle harto sensibles, todavía será indispensable realizar una revisión de las condiciones objetivas que restringen a un cierto grupo poblacional (por ejemplo: adolescentes mujeres que habitan hogares pobres) el ejercicio de alguno de sus derechos (por ejemplo: su derecho a la salud reproductiva).

Si a este análisis -llamémoslo sociológico- le incorporamos una mirada

político-económica acerca de la condición objetiva de escasez de recursos de un Estado en un momento determinado, y a ello le sumamos su situación institucional y los vaivenes políticos que obstaculizan dar prioridad a normativas y políticas que permitan la protección de derechos de los grupos más desaventajados, nos encontramos frente a una encrucijada mayor.

Todos los artículos incluidos en este libro se refieren a la distancia existente entre los derechos formulados y los derechos efectivamente protegidos. En relación con los derechos de las mujeres adultas, hay un cierto consenso acerca del importante avance alcanzado en la legislación de la República Argentina, si bien aún podrían ampliarse algunos derechos específicos. En cambio, la legislación sobre infancia presenta aún importantes distancias entre lo estipulado en la Constitución de la Nación Argentina a partir de la reforma de 1994 y la normativa interna.

Se requiere entonces un importante esfuerzo normativo para ajustar la legislación nacional y las legislaciones provinciales a los postulados de la Constitución. Pero más allá de esto, tal vez el desafío máximo se presenta en términos de afianzar políticas públicas que permitan que el engranaje jurídico que se ha logrado hasta la fecha pueda hacerse realidad en la vida de las mujeres y en la vida de los niños y niñas. En este sentido, como sostienen varios de los artículos de este libro, el mayor reto de la actualidad se ubica en la aplicación efectiva de los derechos reconocidos y por tanto requiere de un amplio compromiso político. El riesgo no es ya el de no ser capaces -como Nación- de disminuir la brecha entre los derechos que forman parte de nuestra carta constitucional y la vida cotidiana de hombres, mujeres, niños y niñas. El riesgo es que día a día esta distancia pueda continuar ampliándose.

POLÍTICA PÚBLICA Y CONSTRUCCIÓN INSTITUCIONAL

La integración social, material y simbólica es uno de los aspectos relevantes que el Estado debe garantizar para sostener los umbrales de gobernabilidad requeridos para el desarrollo de una sociedad.⁶ Esta perspectiva ubica al tema de la política pública en un lugar medular, el papel que le

6. Aquí se entiende por gobernabilidad la “capacidad de autorreproducción de un sistema complejo, incluyendo en ello la continuidad del régimen democrático (...)” Tomado de Mario Dos Santos y Fernando Calderón, *¿Hacia un nuevo orden estatal en América Latina? Introducción metodológica*, Buenos Aires, Proyecto PNUD-UNESCO-CLACSO, 1988.

cabe es complejo, pues debe cubrir la brecha entre exclusión social e inclusión política procurando la construcción progresiva de ciudadanía y a la vez ocupando el rol de integración que necesariamente debe cumplir en un contexto de sociedad fragmentada.

Para caracterizar adecuadamente el proceso y las condiciones en las que se generan las políticas públicas se requiere identificar el contexto económico, político y social, ya que éste determina la forma que adoptan las relaciones entre el Estado y sociedad civil. Asimismo, se deberían identificar los roles y las funciones que el Estado ha asumido a lo largo del tiempo como consecuencia de esta dinámica.

Los profundos cambios económicos que se observan en América Latina se atribuyen a una inevitable fuerza identificada con la globalización. Sin embargo, aun cuando este proceso de globalización deba considerarse como un indicador para las economías domésticas, los rendimientos locales, incluyendo sus impactos sociales, varían según la forma como las instituciones de cada sociedad procesan su relación con el contexto económico y con la sociedad civil.

Es justamente en este contexto que cobra relevancia la necesidad de considerar la perspectiva de los derechos plasmados tanto en el la CDN como en la CEDAW como categoría fundamental para el análisis de los procesos de reforma o rediseño estatal que requieren la efectivización de la ciudadanía plena, no sólo desde un enfoque teórico-analítico sino en materia de implementación de políticas que permitan la progresiva ampliación de derechos.

Cada vez es más necesario centrar la mirada en las políticas públicas como componente esencial en la construcción de ciudadanía e incluir su proceso de implementación (las herramientas, las tecnologías de gestión y los procesos de evaluación y análisis), que deberá estar al servicio de mejorar la calidad y capacidad de las mismas para fortalecer y mejorar el sistema democrático; ya que el modo de implementación de una política pública la califica tanto como su diseño.⁷

Ahora bien, ¿qué tipo de instituciones permitirían llevar a cabo políticas efectivas para el ejercicio de derechos humanos? Es evidente que la

7. Douglas C. Bennett, Democracy and public policy analysis, Working Paper Núm.16, Kellogg Institute for International Studies, April, 1984.

sectorialización de las acciones y el modo de recorte de los espacios de operación pública llevan a que ningún organismo, institución ni operador pueda hacerse cargo de la multicausalidad, interactividad e integralidad de los problemas o cuestiones abordados. El Estado brinda servicios sociales mediante una red fragmentada, donde hay duplicaciones de funciones y servicios que provocan desarticulación del sistema, rigidez, desperdicio de recursos y bajo impacto y, sobre todo, la incapacidad para realizar una política unitaria. La inercia de muchísimos programas nunca evaluados y que sobreviven a través del tiempo se mezcla con la discontinuidad que caracteriza a otros.

Estos problemas se complican por la distribución espacial de competencias entre diferentes entes territoriales, entre órganos de una misma persona jurídica y, sobre todo, por la existencia de administraciones especializadas (programas con financiamiento internacional, fundaciones, corporaciones, institutos, patronatos etc.) que, manteniendo vinculaciones legalmente establecidas con algún Ministerio, tienen autonomía de decisión y, por lo tanto, no están sujetas a relaciones jerárquicas. Estos organismos incluso pueden llegar a tener presupuesto propio, elaborado, discutido y aprobado con normas diferentes de las que rigen al resto de la Administración del Estado. Se hace necesaria la coordinación de las acciones de las instituciones del sector público, organizando su funcionamiento en un doble sentido: mejorando la institucionalidad vertical e incorporando prácticas y herramientas de gestión que permitan operar en forma transversal. Este último eje -el fortalecimiento de perspectivas transversales en la institucionalidad pública- representa una dimensión particularmente importante al ubicar el foco de la política en la interdependencia de los derechos humanos.

LA DIMENSIÓN DE LO POLÍTICO EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A pesar que el anunciado fin de la modernidad significó la ruptura con los paradigmas totalizadores, todavía existe un imaginario colectivo que busca la construcción de un proyecto colectivo a partir de una clase universal, de verdades intachables o de objetivos absolutos que se lograrían a partir de la acción política. Asimismo se tienen, todavía, altas expectativas en relación con la transformación radical que se podría producir desde la teoría política. Sin embargo, hoy estamos en una situación de cambio radical en relación con la política, hoy sería más apropiado hablar en términos de la nece-

sidad de profundización del proceso democrático ⁸ y de la posibilidad de articular las luchas democráticas del tejido social concebido en su conjunto. Desde este punto de vista, la categoría de “hegemonía” ⁹ resume muy bien las tareas de una construcción política en la nueva situación, porque presupone que no hay un sujeto absoluto de la historia sino que todo sujeto histórico se construye a partir de articulaciones pragmáticas.

Esta construcción de un nuevo imaginario democrático presupone explorar todos los aspectos y las perspectivas que hoy se abren y plasmarlo en la protección universal de los derechos humanos a partir de una evaluación y protección de los derechos de las poblaciones más desfavorecidas. Este proceso es el que usualmente se conoce como descentramiento de lo político en su sentido clásico, instalado en las sociedades actuales. Es decir, el eje se corre del sujeto universal y esto permite avanzar en la consecución de una pluralidad de objetivos democráticos, sabiendo de antemano que son necesariamente parciales y posiblemente temporales.

Estamos frente a un doble desafío de la política que nos invita a repensar el proyecto de la modernidad al mismo tiempo que hacer hincapié en la articulación de las diferencias sociales, en otras palabras, asumir la heterogeneidad social como un valor e interrogarse a partir de su articulación como posibilidad de orden colectivo.

También estamos frente al desafío de transformar el Estado, lo cual implica necesariamente una transformación social que altere las relaciones de poder en la sociedad, es decir, rediseñar el Estado con una matriz que permita una distribución progresiva de bienes y servicios, tanto materiales como simbólicos. En este proceso de democratización del poder, será preciso incorporar nuevos actores, y/o limitar la capacidad de acción o coacción de otros, es decir: modificar las reglas de juego entre ellos y también de ellos con el Estado.

Desde esta perspectiva, promover una mayor participación de la sociedad civil es un requerimiento que no tiene que ver sólo con lo ético, sino también con los mecanismos operativos que permitan garantizar el estado de derecho. La discusión no pasa exclusivamente por el tamaño del Estado, sino por la calidad del Estado y de las instituciones que le permitan cum-

8. MOUFFE, Chantal “El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical.” Paidós, Buenos Aires, 1999.

9. LACLAU, Ernesto, “Emancipación y Diferencia”, Ariel, Buenos Aires, 1996

plir su papel frente a las reglas de mercado, pero también requiere de una sociedad civil articulada en un proyecto que apunte al bien común.

Las políticas públicas deben ser el resultado de una interacción entre el Estado y la comunidad. Ello implica una redefinición de la participación tanto del Estado como de la sociedad civil. Se debe generar un nuevo protagonismo de las organizaciones intermedias para que asuman el papel de gestores y articuladores entre la sociedad civil y el Estado. La discusión sobre la orientación de las políticas públicas debe darse dentro de la lógica de la inclusión y no desde los grandes números de las cuentas fiscales.

S O B R E L A E S T R U C T U R A Y C O N T E N I D O D E E S T E L I B R O

El libro se divide en tres partes: “Derechos y ciudadanía”, “El lugar de la ley en la protección de derechos” y “Políticas públicas para la concreción de derechos”. La primera parte, agrupa tres trabajos que introducen cuestiones generales acerca de los derechos de niños, niñas y mujeres y su relación con la ampliación de la ciudadanía plena.

Gladys Acosta recorre avances y dificultades visibles en la ampliación de ciudadanía para niños, niñas y mujeres, reconociendo que los movimientos sociales e individuales han sido claves en la definición de derechos humanos -especialmente los de las mujeres-, en la medida en que transformaron sus reivindicaciones en una actividad política. Ofrece una interesante reflexión sobre los vínculos entre la ciudadanía y los derechos humanos, buscando no subsumir un concepto en el otro, y analiza las Convenciones sobre los derechos de niños y mujeres. Concluye con una serie de propuestas con base en una pregunta central: ¿qué significa en términos jurídicos y políticos el reconocimiento de un nuevo derecho para la ciudadanía activa de mujeres, niños y adolescentes?

En su ponencia, Alicia Ruiz transitará diversas facetas sobre el modo como el discurso del derecho -más allá de la “letra de la ley”- opera en la constitución de identidades sociales e individuales. La autora se sumerge en una reflexión sobre la existencia de sutiles mecanismos mediante los cuales el derecho nos construye como sujetos. La relevancia de esta reflexión se encuentra en casos en los que las propias normas antidiscriminatorias son administradas a partir de marcos conceptuales que terminan siendo contrarios al espíritu democratizador de las leyes. Desde este punto de vista, el reconocimiento de la voz de las personas por parte del discurso jurídico constituye un punto de inflexión en la constitución de sujetos

de derechos como las mujeres y los niños y niñas.

La ponencia de Emilio García Méndez subraya tres tensiones centrales en el discurso y el tratamiento de los derechos. La primera se refiere a la universalidad de los derechos frente a su especificidad. La segunda es la que históricamente ha existido entre la especificidad -en este caso, del derecho de menores- y la autonomía -de este derecho frente al derecho constitucional-. Y la tercera, es la tensión observable entre los derechos de las mujeres y los derechos de los niños. García Méndez señala que ninguna de estas tensiones admite “soluciones finales” si de lo que se trata es de fortalecer la democracia y evitar la discrecionalidad en el tratamiento de la justicia.

La segunda parte, “El lugar de la ley en la protección de derechos”, agrupa artículos que reflexionan sobre el estado de la legislación argentina y latinoamericana en relación con los derechos de niños y mujeres. Partiendo del análisis, los autores delimitan propuestas para el fortalecimiento y la aplicación de estos derechos.

Miguel Cillero nos ofrece un detallado y cuidadoso recorrido sobre los ejes de la CDN. Bajo la advocación de Bobbio y Arendt, rastrea las diferentes formas de proteger los derechos en forma efectiva y como mecanismo de construcción de igualdad, concibiendo la ciudadanía como el derecho a tener derechos. Su elección es mostrar que la realización de los derechos del niño es un proceso que requiere tanto de dispositivos de exigibilidad y protección jurisdiccional y administrativa, como de políticas públicas que aseguren el acceso universal e igualitario de los niños a la satisfacción de sus derechos sociales, y de cambios culturales.

Raúl Zaffaroni se sumerge en el aspecto penal de la Convención sobre los Derechos del Niño. Su revulsivo planteo es un dilema que discurre entre la existencia de un sistema tutelar basado en una aparente inimputabilidad de los menores de 18 años y el avance que significó la CDN al “traer a los niños al Iluminismo” -al reconocerles garantías mínimas en procesos judiciales-. Señala dos problemas centrales: la definición de leyes penales que sólo buscan efectos comunicacionales fuertes y su operación a través de un sistema selectivo, estigmatizante y altamente perverso.

Proponiendo una mirada profundamente comprometida con la concepción de los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos, Nelly Minyersky analiza los avances de la legislación interna luego de la incorporación de la CDN. La teoría de los derechos personalísimos es el paradigma bajo el cual la autora reflexionará sobre dos aspectos principales de la Convención:

el derecho de niños y adolescentes a opinar y ser oídos, y su capacidad para ejercer determinados actos. Ambos aspectos interpelan la relación de poder entre adultos y niños y, aunque no sean sencillos de ser incorporados y/o garantizados, la autora reconoce que se han alcanzado logros en la normativa interna. Otro de los temas que destaca es el de la necesidad de asignar una interpretación garantista a la noción de “interés superior del niño”, que abarque tanto el ámbito público como el privado. Finalmente, la ponencia señala las reformas pendientes en cuanto a los derechos civiles de las mujeres, vinculadas con el terreno del Derecho de Familia.

Haydée Birgin realiza una revisión del estado actual de la legislación que protege los derechos de las mujeres en la Argentina, resaltando dos ejes esenciales para su ejercicio efectivo: la existencia de herramientas de acción ciudadana y la posibilidad de acceso a la justicia. Sostiene que el piso normativo que brindan los avances legislativos de la recuperación democrática y la reforma de la Constitución de 1994, supone focalizar la acción política no ya en la proclamación de nuevos derechos sino en la creación de condiciones indispensables para su ejercicio. Para que ciudadanos y ciudadanas puedan efectivamente “apropiarse del sistema legal” se requerirá de normas que regulen los derechos y recursos jurídicos y también de políticas públicas que los garanticen de un modo igualitario.

Gilda Pacheco parte del reconocimiento de que en el marco de los dos sistemas de protección internacional de derechos humanos -ONU/OEA- se han aprobado tratados que tienden a afirmar los derechos de la mujer. Y con un estilo decididamente pedagógico, interpela los logros del ámbito internacional con preguntas sobre qué hacer para que estos avances se reviertan en transformaciones concretas sobre la vida de las mujeres. Como miembro del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, toma posición: recomienda y despliega su estrategia para la ratificación del Protocolo Facultativo de la CEDAW. Esto permitiría pasar de la declaración de principios a la aprobación de mecanismos que garanticen el cumplimiento de los compromisos adquiridos y fomenten en la sociedad civil la conciencia de estas reivindicaciones.

La tercera parte del libro, “Políticas públicas para la concreción de derechos”, contiene tres artículos que dan cuenta de mecanismos políticos relativos al compromiso de la oferta de servicios y al fortalecimiento de la demanda ciudadana, que pueden y deben ser profundizados para que los avances normativos logren hacerse operativos.

La entonces presidenta del Consejo Nacional de la Mujer, Carmen Storani, apuesta por la definición de políticas públicas que protejan los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Para ello analiza el marco jurídico internacional -con jerarquía constitucional en la Argentina- que, desde una mirada articulada, ampara el derecho de la salud sexual y reproductiva para mujeres adultas y adolescentes. Pese a la existencia de este marco, considera que la proclamación de leyes específicas orientadas a promover y garantizar la salud sexual y reproductiva en el nivel provincial y nacional conlleva un importante valor político y simbólico. De todos modos, la autora subraya la necesidad de acompañar las leyes con políticas públicas que garanticen los derechos protegidos y constituyan una herramienta equiparadora de desigualdades sociales. En este sentido, destaca el esfuerzo que supuso el Plan Nacional de Disminución de la Mortalidad Materna e Infantil.

Para Mauricio González la asociación entre la vigilancia y la exigibilidad ciudadana de los derechos coloca el tema de la información en el centro de la escena entre la normativa jurídica y las políticas públicas. El eje de su desarrollo es que la producción y el uso de la información no es un hecho estrictamente técnico y que se debe convertir en un hecho político que contribuya al fortalecimiento de una ciudadanía más autónoma y demandante a partir del uso de la información. Desde esta perspectiva, la generación de sistemas de información adecuados es la única garantía que nos permite constatar que existe una distancia, una distorsión, ciertas brechas entre los derechos protegidos y su concreción.

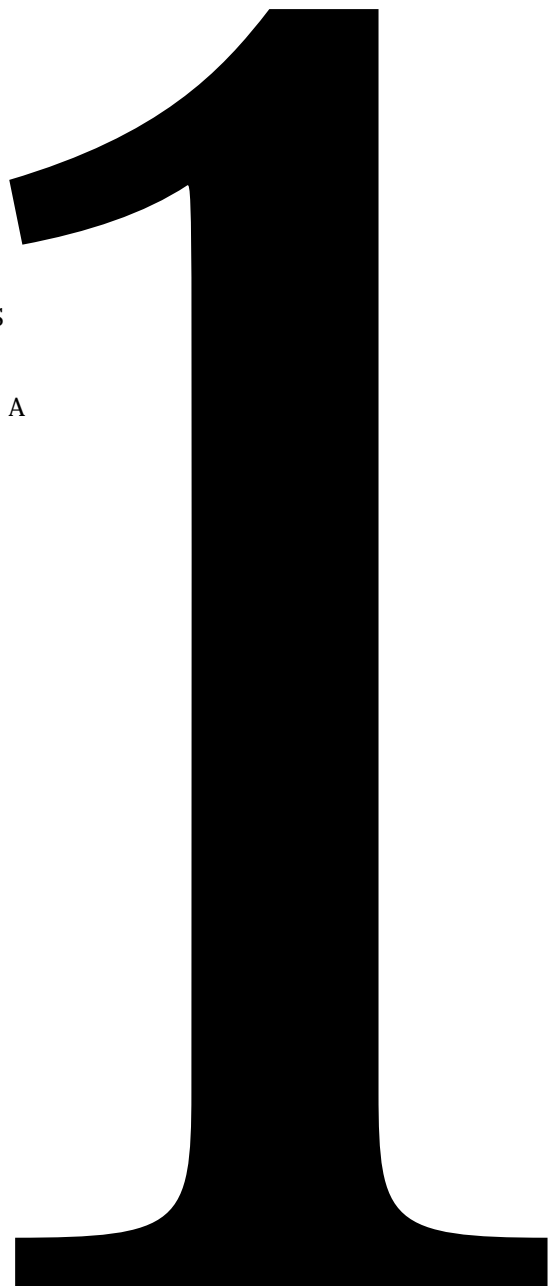
Leila Linhares Barsted señala que se debe avanzar en la construcción de un derecho nuevo, que incorpore los principios de la CEDAW, la Convención de Belem do Pará y los principios éticos de los planes de acción de la cumbres y conferencias internacionales realizadas en los años noventa y reconoce que desde 1979 se ha manifestado un esfuerzo legislativo muy grande en la región. A las políticas públicas les cabe una gran responsabilidad en la construcción de ciudadanía y estas políticas se deben proponer desde una concepción de “Estado en acción” desarrollado al compás de una sociedad civil con capacidad de demanda y comprometida en un proceso de participación constructiva. Según Linhares, ni las necesidades cotidianas ni las emergencias en las que se debaten nuestros pueblos deben hacer perder de vista la lucha por la ciudadanía como tarea urgente y continua. La ampliación de los derechos sociales y la profundización de la democracia

deben unir a las mujeres en busca de nuevas alianzas con grupos o sectores que coincidan con esta búsqueda.

Transitamos un tiempo donde las expresiones propositivas tienen más el carácter de programáticas que la posibilidad de presentarse como propuestas acabadas. Existe un espacio de construcción que está pendiente, que debe responder a las urgencias y la gravedad de la situación social y política, y a la legitimidad de las políticas implementadas. Legitimidad que requiere ser leída en clave de ciudadanía, en clave de integración, en clave de participación y de equidad en la distribución. El ideal de una sociedad igualitaria y diversa debe constituirse en el núcleo fundamental de una utopía cuya fuerza deberá orientar las acciones de los que de una u otra forma estamos involucrados, comprometidos en el tema de la construcción de una sociedad equitativa.¹⁰

10. Entendiendo la equidad, simbólicamente real y tendencialmente material, como la extensión universal de ciudadanía política (derecho a negociar demandas, a presencia pública, capacidad de gestión extendida a todos los actores), y como la extensión progresiva de acceso a los beneficios de la modernización. Concepto utilizado como uno de los paradigmas del sentido de la equidad en Martín Hopenhayn, "Recomposición de actores en programas sociales. Consideraciones desde la experiencia latinoamericana", Revista CLAD N° 7, Caracas, Venezuela.

DERECHOS
Y
CIUDADANÍA





LA CONVENCION SOBRE LA
ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS
DE DISCRIMINACION CONTRA LA
MUJER Y LA CONVENCION SOBRE LOS
DERECHOS DEL NIÑO: HACIA LA
CIUDADANIA PLENA PARA NIÑOS,
ADOLESCENTES Y MUJERES

*Gladys Acosta Vargas**

LA COMUNIDAD INTERNACIONAL NUNCA HUBIERA LLEGADO A DEFINIR los caminos del gran cambio civilizatorio que han significado los Derechos Humanos -de los que forman parte la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)- si no se hubieran alzado por doquier voces de indignación contra el poder destructor de las guerras, de las dictaduras y de las más diversas manifestaciones de injusticia, discriminación y violencia aún presentes en nuestras vidas cotidianas. En otras palabras, quienes osaron y siguen osando levantar voces individuales y colectivas imbuidas de ética en favor de la dignidad humana han abierto, y mantienen abiertos, los caminos que hoy estamos recorriendo en materia de construcción de una ciudadanía activa y de ampliación de los mecanismos para la protección de todos los derechos.

* Asesora Regional Mujer y Equidad de Género. UNICEF - TACRO.

Consolidada en el siglo XX, la modernidad occidental, de la cual América Latina es parte, trajo consigo el desarrollo de la noción de “derechos humanos”, aunque para entender cabalmente su evolución sea indispensable remontarse a los siglos XVII y XVIII. El pasaje del estado de servidumbre al de ciudadanía tiene su correspondencia en el surgimiento del Estado moderno como factor unificador y, por lo tanto, también como responsable de garantizar el respeto de los derechos de todas las personas que habitan su territorio y están bajo sus normas. Con el paso del tiempo las personas, cualquiera sea su condición, fueron haciéndose ciudadanas en procesos históricos complejos.

En un principio, en el marco del pensamiento liberal, la consideración de los derechos no tuvo un carácter “universal”. El acceso a la ciudadanía y el abandono de la servidumbre no se lograron en forma inmediata; además, en el ejercicio de la ciudadanía hubo privilegios cuya abolición fue lenta. De hecho, tal como señala Victoria Camps, la idea de “ciudadano” moderno que empieza a perfilarse en el siglo XVII no tiene como referencia a todos los sujetos de derecho: ¹ el voto censitario se otorgaba en función del acceso a la propiedad, o sea que estaban excluidos los no propietarios, los desheredados y las mujeres.

El conocimiento de la historia nos permite mirar con otros ojos nuestro presente y nuestro futuro, y es por eso que lo que sucedió durante la Revolución Francesa resulta interesante: pese a que la Declaración del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 (junto con la Carta de Derechos de Virginia, en 1776) es reconocida como antecedente de la concepción universal de los derechos humanos, sin embargo, una luchadora en favor del derrocamiento del orden monárquico como Olympia de Gouges redactó en 1791 la Declaración de la Mujer y la Ciudadana, texto que en aquella época le valió la guillotina porque se atrevió a cuestionar el “nuevo orden” afirmando que la Declaración del Hombre y del Ciudadano no incluía los “derechos de las mujeres” ni los de sus hijos ni los de los hombres pobres. Pese a que Robespierre justificó su decisión afirmando que Olympia era guillotizada “por el delito de haber olvidado

1. Victoria Camps, “La Igualdad y la Libertad”, en Valcárcel, Amelia (comp.), El concepto de igualdad, Madrid, Ed. Pablo Iglesias, 1994.

las virtudes de su sexo para mezclarse en los asuntos de la república”, el único pecado cometido por Olympia fue adelantarse a los tiempos y mirar un poco más lejos, hacia las rutas de la “universalidad”, exigiendo poner fin a la exclusión de las mujeres, de sus hijos y de todos los que carecían de propiedad. Olympia de Gouges es una de las precursoras más importantes de esta lucha porque explicita lo que en nuestros días es una de las características de los estados modernos: la exclusión de importantes sectores de la población del ejercicio de derechos, por más que éstos estén “escritos” o formalmente reconocidos.

Queda claro que la discusión de fondo en lo que concierne al desarrollo histórico de los derechos humanos, tanto en el nivel conceptual como respecto de su aplicación, debe centrarse en una preocupación fundamental por reconocer la desigualdad concreta, tanto en su impacto social como en la limitación que impone a las personas individualmente. Es por eso que pese a que los derechos humanos son la expresión contemporánea más exigente de la universalidad, en el sentido de otorgar todos los derechos a todas las personas, es necesario explicitar que estos derechos pertenecen con mayor justicia a aquellos que en su vida diaria encuentran impedimentos para su ejercicio.² Ello explica por qué los movimientos de mujeres y muchas mujeres individualmente han desplegado una múltiple acción política no siempre concertada, pero de gran efectividad, exigiendo no sólo el reconocimiento de sus derechos en el nivel internacional, regional y nacional, sino su concreción en el nivel de la vida individual de cada mujer, sea cual fuere su edad.

En el transcurso de la historia, muchas mujeres con vidas menos espectaculares que Olympia de Gouges eligieron caminos indirectos y solitarios para luchar contra el orden excluyente. En este sentido, ingresar a un convento en pleno siglo XVII está lejos de ser sólo una opción por el enclaustramiento religioso: también fue una alternativa al inexorable destino del matrimonio, en otras palabras, una manera de rebelarse ante los designios sociales reservados a las mujeres. Es el caso de Sor Juana Inés de la Cruz, autora mexicana cuyas obras permiten entrever cuán limitadas eran las opciones para las mujeres más allá del matrimonio. Sólo ahora, los escritos de otras muchas otras Sor Juanas, invisibilizadas por el anonimato, se

2. Idea expresada por Victoria Camps.

desempolvan gracias a acuciosos estudios contemporáneos. Otro tanto sucedió con las artistas plásticas, muchas de las cuales no firmaban sus obras para evitar que su labor cobrara una dimensión pública considerada inmoral (en plena época colonial, la obra de la pintora colombiana Feliciano Vásquez fue atribuida a su padre, renombrado pintor de la época). Es así que durante el siglo XIX, se inauguró en las exposiciones la sala “Señoras y Señoritas” para diferenciar la obra pictórica de las mujeres, y en pleno siglo XX casi se excomulga a Débora Arango por haberse atrevido a pintar desnudos (1939).³ Analizados de manera retrospectiva, estos ejemplos muestran el inexorable proceso democratizador, pues a comienzos del siglo XXI nadie se atrevería a sostener públicamente que las mujeres no han hecho valiosos aportes a la cultura universal.

Hay innumerables ejemplos de ruptura del silencio, muchas formas de resistencia o de escape a situaciones injustas, pero lo importante que la historia muestra es que las luchas por democratizar la sociedad se manifiestan en la crítica y en la creación de nuevos órdenes, también jurídicos, que se encuentran en pleno proceso de evolución. Lo que en siglos anteriores tuvo carácter excepcional alcanzó niveles masivos en el siglo XX, creando condiciones para el efectivo avance de una noción de derechos humanos que también incluye a las mujeres. Los movimientos feministas contemporáneos desarrollaron una crítica sustancial a la noción de feminidad y produjeron una ampliación de los espacios de libertad. Hubo también un sinnúmero de acciones individuales autónomas, muchas de ellas catalogadas de rebeldes y no siempre vinculadas conceptualmente con la teoría feminista, pero sí profundamente cuestionadoras de ese orden construido históricamente por un poder masculino que asignaba a las mujeres una función social alejada de los espacios de decisión, principalmente de la vida política. Es ésta la razón por la cual el sufragio universal se convierte en la reivindicación más importante en la transición del siglo XIX al XX y el por qué no debe entenderse el movimiento sufragista como el mero acceso al voto para las mujeres: lo importante era que alcanzaran la ciudadanía, por lo cual el derecho al voto se constituía en el valor simbólico por excelencia.

3. En “Mirada de mujer”, revista Cambio, N.º 386, 13-20 de noviembre de 2000, figura la información referida a las mujeres y el arte en Colombia.

EL FORTALECIMIENTO DE LA CIUDADANÍA DE "IGUALES" VERSUS EL PROTECCIONISMO Y LA CARIDAD

En términos de un análisis que vincule, sin reducir uno al otro, la ciudadanía y los derechos, no sólo las mujeres hemos enfrentado problemas históricos derivados de una noción social y jurídica de protección cuyos efectos perniciosos han generado la disminución de las capacidades jurídicas y, por ende, ciudadanas. También el mundo adulto sometió a los niños y a los adolescentes a protecciones que tuvieron similar efecto.

A los niños se los convirtió en menores, es decir, en personas que no tenían la protección de su familia o que estaban en situación anómala, con el fin de "protegerlos". A las mujeres, en cambio, se les atribuyeron características similares a las de la minoría de edad y se les designaron distintos tutores particulares según el ciclo de vida o el estado civil: padres, abuelos o tíos, esposo o hermanos, hijos o sobrinos y hasta nietos. Era necesario establecer una autoridad masculina como figura interpuesta en el ejercicio de derechos, lo que se formalizó jurídicamente a través de la patria potestad (control de los hijos) y de la potestad marital (control de las mujeres casadas), así como de otras formas de tutela.

El análisis de Emilio García Méndez⁴ es relevante cuando señala que en la historia de la protección de los "menores" los eufemismos de la bondad no conocen límites. Para brindar "protección" a los "menores de la calle y abandonados", en la Inglaterra de fines del siglo XIX se los arrancaba de sus "hogares inadecuados" y se los hacía emigrar al Canadá, bajo la figura de "secuestro filantrópico". Aunque no se conocen estudios diferenciados sobre la situación de las niñas, es posible imaginar que se las ubicaba en "casas especiales", a la espera de encontrarles padre, patrón o marido, es decir que la migración forzada se practicaba fundamentalmente con los varones. Pero se trata de meras especulaciones, porque aún no se conocen estudios históricos al respecto.

En América Latina se desarrolló un "derecho de menores" como un eficiente instrumento de control social, especialmente en lo que se refiere a la criminalización de la pobreza. Los niños que parecían pobres tenían que ser "protegidos".⁵ En el caso de las niñas, pocos se interesaban por los riesgos

4. Véase en este mismo libro "Especificidad y universalidad del Derecho".

5. Véase García Méndez, Emilio, Derecho de la infancia y adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral, 2ª ed., Ibagué, Colombia, Ed. Forum Pacis, 1997.

concretos que enfrentaban, como la exposición constante a la violencia sexual, a las enfermedades de transmisión sexual o el embarazo temprano, sino que se les aplicaba una visión moralizante. El juez tenía amplias potestades y discrecionalidad para decidir sobre el futuro de niños y adolescentes de ambos sexos cuya situación se consideraba irregular. Ello generó una política autoritaria y el desdén total por la justicia y la democracia en relación con los niños y los adolescentes, lo cual también se reflejó en el surgimiento de un Derecho Penal y Constitucional autoritarios que en América Latina tuvieron su apogeo entre las décadas de 1870 y 1880.

Los agravios a los derechos de las mujeres, de los niños y de los adolescentes están muy relacionados con el sesgo masculinista inherente a las concepciones liberales de la política y de la ciudadanía, como bien señala Maxine Molyneux: ⁶ sólo el ideal masculino se asociaba con la vida pública, el resto quedaba atrapado en la vida privada de la familia, justamente donde no se remuneraba el trabajo. La crítica a la incapacidad civil impuesta a las mujeres en nombre de sus atributos naturales fue formulada desde el siglo XVIII por otra contemporánea de Olympia de Gouges, la inglesa Mary Wollstonecraft, quien hábilmente identificó el doble estándar con respecto a los valores y reglas de los ámbitos público y privado. El mundo del sometimiento estaba legislado en el contrato matrimonial. En este sentido, John Stuart Mill precisa: “allá no quedan esclavos, excepto el ama de casa”. El liberalismo clásico, dice Okin (citada por Molyneux), consideró que la familia -excluida del ámbito de la justicia- estaba naturalmente gobernada por lazos de afecto. Y esta ciudadanía disminuida también se puede detectar en el tratamiento que de las mujeres hace -o hacía- el Derecho Penal (muchos códigos penales de América Latina se están modernizando), donde se las discrimina cuando se las considera eternas enfermas, objetos del honor masculino, y cuando se las desprotege en su integridad física, psíquica y sexual o se les resta responsabilidad penal por actos delictivos en aras del funcionamiento hormonal.

Como acertadamente señala Molyneux, al comienzo el feminismo estipulaba que la plena ciudadanía para las mujeres dependía de la igualdad y la justicia dentro del hogar y fuera de él. Pero rápidamente, hacia las déca-

6. Molyneux, Maxine, "Debates sobre comunitarismo, moralidad y políticas de identidad", publicado por ISIS Internacional y CEM en La ciudadanía en debate, Ediciones de las Mujeres No. 25, Santiago de Chile, 1997.

das de 1870 y comienzos de 1880, con la masividad de la incorporación de las mujeres en el mercado de trabajo, las demandas de ciudadanía se complejizan y la realidad de la exclusión de las mujeres del cuerpo político y de ciertos campos de la vida social se hace más evidente. Esta reflexión abrió las puertas para la revisión de distinto tipo de exclusiones, además de la motivada por el sexo, la edad o la pertenencia racial o étnica, dando lugar a un análisis multidimensional más elaborado sobre la complejidad de la identidad y el vínculo con la realidad de exclusión social que pretendemos cambiar y que no sólo afecta a las mujeres.

LO CONTEMPORÁNEO: TRATAMIENTO CONJUNTO DE LA CIUDADANÍA DE LAS MUJERES, DE LOS NIÑOS Y DE LOS ADOLESCENTES

Transcurrió mucho tiempo hasta que se logró individualizar los derechos de las mujeres, de los niños y de los adolescentes. Y aun más complejo resultó vincular, sin hacerlos depender unos de otros, los procesos históricos de construcción de derechos de distintos sujetos sociales. El tratamiento conjunto de la construcción de ciudadanía de mujeres, niños y adolescentes, tal como pretendemos hacerlo en nuestros días, no hubiera sido posible dos décadas atrás, y por varias razones, aunque la más obvia está relacionada con el surgimiento y la evolución de los consensos internacionales y su impacto en los órdenes nacionales. Es fundamental tomar en consideración la existencia de una comunidad internacional, con normatividad de vocación universal a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y del nacimiento de las Naciones Unidas. En esta misma línea se ubican la CEDAW, de 1979, y la CDN, de 1989.

Otra razón reside en la transformación de los movimientos sociales reivindicativos, sobre todo en el caso de las diferentes vertientes del movimiento de mujeres, que han pasado de la crítica airada, originada por la exclusión y la minusvalía social y jurídica, a nuevas formas de acción política centradas en la modificación de complejas relaciones sociales, incluyendo las interpersonales, y sobre todo en la redefinición de los vínculos con el Estado, para lo cual el cumplimiento de la ley tiene medular importancia. Aunque no pretendo hacer una revisión exhaustiva, no quisiera omitir, entre otras razones, que el desarrollo y el respeto de la individualidad, propio de la modernidad, también ha contribuido a transformar nuestra percepción de lo social. Incluso las democracias más sofisticadas enfrentan nuevos retos debido a que el proceso de ampliación de la ciudadanía de todos los indivi-

duos, sin excepción, es irrefrenable, pese a los conflictos inherentes a él.

A partir de los factores ya enumerados vale la pena adelantar algunas hipótesis sobre los avances y las dificultades en la construcción de ciudadanías múltiples.

1. LA EVOLUCIÓN DE LOS CONSENSOS INTERNACIONALES Y SU IMPACTO EN LOS ÓRDENES NACIONALES

Tanto la CEDAW como la CDN se originaron en procesos sociales que, aunque de manera distinta en cada caso, lograron impactar en el seno de las Naciones Unidas. Se conformó así una voluntad política internacional que, con diferencias, produjo instrumentos de derechos humanos en función de la edad y en función del sexo. Aunque estos instrumentos contienen derechos concretos de niños, adolescentes y mujeres, su mayor relevancia radica en la redefinición de las responsabilidades, tanto dentro de la sociedad y la familia como con relación al Estado. Debido a que la ley adquiere vida propia una vez que entra en vigencia, estas convenciones, suscritas y ratificadas por distintas razones políticas, han logrado un significativo impacto en la vida nacional de los Estados Parte. Aunque la dinámica del impacto de estos consensos internacionales depende de condiciones nacionales específicas, ella resulta condicionada sobre todo por las distintas y complejas maneras en que los estados se relacionan con sus respectivas sociedades. Cuidando no asimilar el Estado con el aparato estatal, es importante recordar que la amplitud de los derechos exige mayor desarrollo democrático y, por lo mismo, es necesario entender que el Estado también es un conjunto de relaciones sociales que establece un cierto orden y lo respalda con una garantía centralizada sobre un territorio dado. No bastan pues los actos formales de incorporar los instrumentos internacionales debidamente suscritos y ratificados. Lo que se busca es la efectividad de tales acuerdos, lo cual implica comprender que tal efectividad se basa en la expectativa, ampliamente compartida y sustentada en casos que obran como modelo ejemplar, de que, de ser necesario, dicha ley será impuesta por una autoridad central dotada de poderes pertinentes⁷. Éste es el nivel de la responsabilidad estatal, pieza fundamental para que el consenso internacional se vincule con las personas concretas poseedoras de derechos.

2. LAS TRANSFORMACIONES DE LOS MOVIMIENTOS SOCIALES IMPULSORES DE LA AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS

Aunque me referiré a los movimientos de mujeres con más detalle, como punto de partida cabe establecer diferencias sustantivas entre lo acontecido con los movimientos en favor de la infancia y aquellos que enarbolaron la causa de las mujeres. Una primera diferenciación es el nivel de intermediación. Las mujeres se organizaron desde comienzos del siglo XX, probablemente influidas por los movimientos sufragistas, y a lo largo de décadas formularon críticas al orden político, económico, social, jurídico y cultural. Este rasgo es común a muchos países de nuestra región.

Si analizamos las tres últimas décadas, es posible distinguir grupos iniciales que, con notorios liderazgos, formulaban agudas críticas sin lograr incidir en las instancias públicas, es decir que no hallaban las modalidades de acción política para impactar de manera más amplia. Sin embargo, es interesante observar en estos grupos una vocación amplia de “justicia”: lejos de una reivindicación exclusiva de las mujeres, también se hacían eco de otras “injusticias”: las de clase, las étnicas e incluso las generacionales. Más adelante, bajo la influencia de diversas corrientes del feminismo radical, surgieron grupos más centrados en las reivindicaciones específicas de las mujeres. Este proceso tiene una enorme riqueza porque se discuten en profundidad temas alusivos a la organización de la sociedad y se pone “bajo sospecha” a la familia y los patrones sexuales, considerados factores clave en la reproducción de los mecanismos de subordinación de las mujeres y de un orden social y político jerarquizado y excluyente. La crítica al orden jurídico carecía aún de una consistente práctica de defensa de los intereses de las mujeres, elemento que aparece más adelante, cuando se descubre que es posible modificar la ley, pues la misma falta de ciudadanía impedía incorporar la reforma legislativa a la acción política. Se transforma así la práctica de muchos grupos y aunque las experiencias de “lobby” legislativo dejan muchas veces sabor a derrota debido a los escasos avances, hay un sustancial cambio de actitud frente a diversas institucionalidades: el Estado deja de ser considerado un espacio “misógino, monolítico y cerrado” para convertirse en un campo de acción política. Lo mismo sucede con las instancias internacionales -la ONU, y en menor medida la OEA- aunque también se producen aproximaciones de importantes sectores de mujeres

a la Comisión Interamericana de Mujeres, vínculo que permite lograr la aprobación por unanimidad de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer por parte de la Asamblea General de la OEA.

En razón de que su fuerza creativa y su capacidad de influencia no eran suficientes, cobraron cada vez más importancia las alianzas que estos grupos comenzaron a establecer con organizaciones democráticas (entre las que debe considerarse a las de derechos humanos), lo que permitió la difusión de debates que hasta entonces se habían mantenido dentro de limitados círculos. No cabe duda de que la comunidad internacional, los estados y las propias sociedades han abierto espacios para ampliar el ejercicio ciudadano de las mujeres. Y aunque es preciso aclarar que esta ola de acción y reflexión de diversas expresiones del movimiento de mujeres estuvo inicialmente orientada por y para mujeres adultas, paulatinamente se fue incorporando la noción de ciclo de vida, lo que abrió el espacio de conjunción con el movimiento en favor de la infancia, sobre todo en los procesos internacionales de negociación relacionados con la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), que continuaron, con alto perfil, en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) y en la Sesión Especial del Beijing + 5 (Nueva York, 2000).

Como consecuencia, tanto los movimientos en favor de la infancia como los movimientos de mujeres transforman sus modalidades de acción política, transformación que, en un sentido amplio, corresponde a la evolución compleja de nuestras sociedades y de las maneras de hacer política: se combinan diversas modalidades de presión, se logra establecer diálogos con agrupaciones políticas de distinto signo, haciendo surgir una nueva forma de articular alianzas, sobre todo en los parlamentos y en el Poder Ejecutivo. El Poder Judicial no es percibido ya como el monolítico espacio reproductor de las arcaicas formas de aplicar la justicia privilegiando el poder establecido; por el contrario, se percibe la posibilidad de influir sobre él, se dialoga con los jueces, se desarrollan con ellos experiencias educativas que muestran que es posible actualizar los conocimientos e incorporar elementos nuevos, y aunque en estas acciones es preciso evaluar permanentemente las dificultades, no se puede negar que la desconfianza total con respecto a la ley ha quedado atrás. Estas dinámicas van transformando a su vez la práctica de la ciudadanía, especialmente en lo referido a las garantías de los derechos, tanto en el orden nacional como en el internacional. La creciente exigencia

por parte de los movimientos ha desencadenado procesos internos de cuestionamiento sumamente favorables a la evolución institucional del Estado y de la sociedad.

Otro elemento importante en el avance de estos movimientos es el tránsito del análisis sustentado en la visión de la niñez y de las mujeres como grupos vulnerables hacia una perspectiva sustentada en los derechos universales de todas las personas. Este cambio en la conceptualización tiene importantes connotaciones políticas porque afianza una activa participación de los sujetos de derecho, según sus reales posibilidades, en la transformación legislativa e institucional a fin de garantizar sus propios derechos.

3. EL DESARROLLO Y EL RESPETO DE LA INDIVIDUALIDAD

Tal como afirmamos al tratar el concepto de igualdad, las mujeres y los hombres, de cualquier edad, deben ser tratados con igual valor. Esto quiere decir que las diferentes identidades (por edad, sexo, nacionalidad, cultura, etc.) hacen de cada persona un individuo diferente de los demás y, al mismo tiempo, de cada individuo una persona como todas las demás.⁸ Es este elemento sustantivo el que ordena el respeto de todas las diferencias que conforman la identidad de las personas, y el que simultáneamente sustenta la inadmisibilidad de todo aquello que viole tal respeto.

Sin embargo, en vez de formar parte de la identidad humana, las diferenciaciones sociales determinadas por el orden económico y social se convierten en privilegios o en discriminaciones deformadoras de aquélla, y es por eso que esas diferencias son rechazadas por el principio mismo de igualdad, si bien la determinación del punto en que ellas se tornan intolerables es tarea aún no resuelta por la filosofía jurídica y por la política. Sin embargo, y con respecto al tema de la construcción de la ciudadanía de los niños, adolescentes y mujeres es claro que no se pueden garantizar derechos de unos en detrimento de los derechos de los otros en razón de que los derechos fundamentales corresponden igualmente a todos, sin distinción. Existe una juridicidad global en los derechos fundamentales de las personas que se expresa en un principio de no contradicción entre instrumentos internacionales, por lo cual, aunque pueden producirse conflictos de derechos o de intereses, siempre existirá un camino para resolverlos.

8. El concepto de igualdad es desarrollado por Luigi Ferrajoli en Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, cap.14: "El punto de vista externo", Valladolid, Ed. Trotta, 1997.

En tanto metaderecho, el principio de igualdad tiene dos dimensiones que deben ser tenidas en cuenta para la resolución de los conflictos: por un lado, la igualdad formal (asegurada por los derechos de libertad) postula que todas las personas deben ser tratadas como iguales prescindiendo de sus diferencias personales (edad, sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas o similares); por otro, en lo que respecta a la igualdad sustancial o social (derechos de carácter social), es necesario centrarse en lo que produce la desigualdad. Como afirma Ferrajoli, no se puede prescindir del hecho de que cuando las personas son social y económicamente desiguales lo que corresponde es remover la desigualdad o compensarla de la mejor manera posible.

Podría decirse que existe una ecuación entre el ejercicio de la ciudadanía plena y el reconocimiento efectivo como sujetos de derecho. Mujeres, niños y adolescentes han recorrido un largo camino hasta lograr que los órdenes legales incorporaran sus legítimos derechos y, aunque como sabemos no era necesario que los derechos se formalizaran para que existieran, debemos reconocer que la formalización internacional de los derechos, sobre todo después de 1948, establece mejores condiciones para exigir que estos derechos se cumplan en los ámbitos nacionales, que es donde los derechos se encarnan socialmente.

CICLO DE VIDA, DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO-DISCRIMINACIÓN

Es absolutamente necesario reconocer que el ciclo de vida ilustra bien las diferencias que deben ser establecidas para que los derechos de las personas de cualquier edad puedan ser adecuadamente formalizados y garantizados (el caso de los derechos de los niños y los adolescentes es el más evidente), pese a lo cual no es aceptable que esta diferenciación -establecida en función de la edad y de la madurez de las personas menores de 18 años- motive discriminaciones jurídicas. Por esta razón, tiene significativa relevancia que los órdenes constitucionales incorporen las normas de derechos humanos específicas, como la CDN, ya sea otorgándoles rango constitucional o incorporándolos directamente en el texto de las constituciones políticas, de manera tal que funcionen como elementos de juicio para cautelar la validez jurídica de toda la actividad del Estado. De la misma manera, la diferenciación de trato a mujeres y hombres también requiere de la aplicación de garantías constitucionales para atender circunstancias en las que se

generen situaciones de desigualdad o discriminación, de facto o de jure, a las que se refiere la CEDAW. Es preciso superar definitivamente el debate sobre si la CEDAW tiene o no en cuenta el ciclo de vida; la lectura integral del texto muestra con claridad que sus mandatos se aplican a las mujeres de toda edad, según corresponda. En realidad, el nivel de concreción de los derechos, aunque mayor en la CDN que en la CEDAW, muestra correspondencia y complementariedad si se tiene en cuenta la prevalencia de una juridicidad global en materia de derechos humanos.⁹

Los estudios sociales siguen mostrando la persistente existencia de importantes barreras discriminatorias para las mujeres en relación con sus congéneres masculinos, y que la discriminación manifiesta en la edad adulta de las mujeres tiene conexión con lo que sucede desde los primeros años de existencia, tanto en la reproducción social del fenómeno como en cuanto a la posibilidad de encontrarle solución. Es necesario precisar que las condiciones sociales de marginación y de pérdida de capacidad económica, que constituyen un importante soporte de la discriminación, no afectan sólo a las mujeres en su condición de tales, sino que son compartidas con quienes, por razones distintas, no tienen la capacidad de hacerse escuchar (pobladores de zonas rurales, comunidades indígenas, niños y adolescentes, migrantes, desempleados). Además, por el hecho de que la discriminación de género es un producto histórico, como tal sufrirá modificaciones en la medida en que se desarrollen procesos sociales orientados a eliminar las barreras al ejercicio del derecho a ser iguales, lo que pondrá a mujeres y hombres ante equitativas oportunidades, con capacidad de hacer uso de sus libertades, y tornará innecesaria la aplicación de la normatividad antidiscriminatoria propuesta por la CEDAW como mecanismo de restitución de condiciones sociales para que mujeres y hombres se relacionen sin privilegios sustentados en prejuicios.

Sin embargo, es necesaria una comprensión más amplia de la igualdad. Como bien señala Victoria Camps, en el marco del derecho a la no discrimi-

9. Véase “La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW): Nuevas bases para la formulación de políticas públicas”, UNICEF- Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Documento presentado en la VIII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe -CEPAL-, Lima, Perú, 8 al 10 de febrero de 2000.

minación el principio de la igualdad de oportunidades y el principio de la diferencia deben actuar desde una voluntad política de defensa de las libertades, si bajo ese concepto también se entiende la necesidad de corrección material de las desigualdades. La reivindicación de los derechos individuales abre una puerta hacia el cuestionamiento de las prácticas tradicionales (colectivas): la fuerza de las reivindicaciones de las mujeres no está únicamente en la defensa de sus derechos individuales (sentido estricto de la igualdad con los hombres) sino en su capacidad para poner en entredicho el poder actual y las reglas que lo rigen. En el caso de la región latinoamericana y caribeña, si bien afecta a todos, la pobreza cada vez más extendida se ensaña con las mujeres con menores oportunidades, y no habrá manera de restablecer la igualdad en su sentido amplio si se continúa insistiendo en la fragmentación de las políticas sociales, muchas de las cuales pretenden atender de manera específica a las mujeres cuando en realidad sólo están desarrollando políticas inmediateistas que no llegan a redistribuir la riqueza y el poder, sino meramente a atenuar las urgencias.

De lo anterior, puede deducirse que es fundamental esclarecer lo que se entiende por no discriminación. Dicho en otras palabras, es muy importante construir una base conceptual común para entender cabalmente que el sustento de la no-discriminación es la afirmación del derecho a la igualdad, en su sentido más amplio. El “estado de derecho” tiene a la persona humana como centro, lo que en palabras de Ferrajoli equivale a reconocer la primacía de la persona como valor en todas sus específicas y diversas identidades. Éste es uno de los elementos constitutivos de la igualdad jurídica, concepto que incluye las diferencias personales y excluye las diferencias sociales. De esta manera, la igualdad y las diferencias se implican mutuamente: entre las personas hay espacio para la libertad de ser diferentes, pero no para instituir diferencias sociales originadas por la pobreza o por la marginación de cualquier índole, las que terminan erigiéndose en barreras discriminatorias.

Los derechos a la igualdad y a la no discriminación -en su amplia dimensión social- mostrarán aún más su relevancia cuando se considere el respeto a la individualidad, debido a que son ellos los que generan las condiciones sociales para que cada persona se desarrolle o bien vea truncadas sus posibilidades de desarrollo. Tanto para la CEDAW como para la CDN, es fundamental eliminar todo tipo de prejuicio o de práctica basada en ideas de superioridad o inferioridad, en función de lo cual se desvalo-

rizan social y económicamente las actividades desarrolladas por las mujeres (afectándolas individualmente), como es el caso del cuidado de otros seres humanos, en su sentido más amplio. Será necesario trastocar profundamente el orden social para que independientemente de su sexo, los individuos puedan asumir estas funciones sin quedar expuestos a la desvalorización social. Son los hombres y las mujeres los que deben asumir el cuidado de las nuevas generaciones, por lo cual la maternidad y la paternidad requieren de nuevos perfiles.

VÍNCULOS ENTRE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER Y LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO ¹⁰

SUJETOS DE DERECHO

Ambas convenciones representan un enorme avance en la formulación positiva internacional de derechos cuando reconocen a las mujeres y a los niños y niñas hasta los 18 años como sujetos de derecho per se, y no como apéndices de la familia sometidos a la decisión arbitraria de la autoridad paterna o marital. El entorno familiar necesario para el desarrollo y la protección de los niños y niñas no desvanece la individualidad de cada persona. Esta individualización de los derechos, crucial en ambas convenciones, no resta derechos a nadie. Todo lo contrario, lo que se propone es la recuperación de un equilibrio perdido por el irrespeto de derechos. La individualidad de las mujeres no puede ser interpretada como una disminución de su responsabilidad materna frente a sus hijos. De lo que se trata es de transformar la familia, la comunidad y la sociedad en general para las mujeres y los niños, de manera que cada entorno cumpla un rol de apoyo y protección, en lugar de ser un espacio permisivo de formas de relacionamiento basadas en el abuso y el autoritarismo.

INTEGRALIDAD DE DERECHOS CIVILES, POLÍTICOS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

El marco de los pactos internacionales de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que operó para cada una de estas convenciones desarrolla en la práctica la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, tal como se puntualizó en 1993 en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, y ello implica una significativa responsabilidad para los Estados que han ratificado dichos pactos.¹¹ La indivisibilidad de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales

10. Algunas de estas ideas han sido tomadas del trabajo presentado por Savitri Goonesekere, "The Links Between the Human Rights of Women and Children: Issues and Directions", mimeo, 21 de enero de 1998.

11. Debemos señalar que este punto de vista también ha sido ratificado en las conferencias mundiales sobre Población y Desarrollo (1994), así como en la Cumbre sobre Desarrollo Social realizada en Copenhage en 1995. Sobre esta base se desarrolló la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing, en 1995.

es de vital importancia en el caso de ambas convenciones. La CEDAW es la primera Convención que presenta con claridad la indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales, ejemplo que fue seguido por la CDN cuando reconoce que los niños y las niñas tienen derecho a una vida digna, a gozar de los beneficios del desarrollo, a la protección de la explotación y la violencia y, finalmente, a la participación. Debido a que todos los derechos interactúan en la vida cotidiana no pueden estar separados, y ése es el marco para interpretar el concepto del “interés superior del niño” al que se refiere la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3, el mismo que da sustento al desarrollo de políticas favorables a la promoción de las mujeres y que permite brindar a las niñas iguales oportunidades de desarrollo que a los varones. Lo que debe quedar claro es que no se debe oponer el “interés superior del niño” a la realización de los derechos humanos de las mujeres: es posible analizar políticas, como la de la lactancia materna o la de la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, para encontrar la manera de conjugar los intereses de las madres con los de sus hijos, aunque en la práctica no resulta tan fácil debido a que, por lo general, las mujeres visualizan el bienestar de sus hijos como si fuera el propio.

U N I V E R S A L I D A D / D I V E R S I D A D

Otro concepto central de ambas convenciones es el reconocimiento de la universalidad de las normas de derechos humanos, sin negar la diversidad cultural sobre la que debe construirse la noción de universalidad. La universalidad se desarrolla sobre los mínimos estándares para el respeto de los derechos humanos de las mujeres, los hombres, los niños y los de toda persona en sus particulares circunstancias y, por ello, contra un mandato de derechos humanos no cabe oponer argumentos religiosos o de orden cultural. Aunque este aspecto está más claramente formulado en la CEDAW (artículos 2.f. y 5), y ha sido reforzado por la Declaración de Naciones Unidas sobre Violencia contra la Mujer (1993), también está contenido en la CDN: el artículo 24.3 señala que se autoriza una intervención del Estado (abolición) en relación con costumbres que pudieran ser perjudiciales a la salud de los niños.

DERECHOS DE LOS NIÑOS Y DE LOS ADOLESCENTES EN LA TOMA DE DECISIONES PERSONALES

Es necesario tener en cuenta que entre los derechos individuales, los que corresponden a la familia y los de la comunidad existe una unidad, es decir que no se puede argumentar de manera simplista en favor de un derecho colectivo en detrimento de un derecho individual. En esta perspectiva, ambas convenciones proponen un modelo de organización y de funcionamiento de las instituciones sociales que respeta la individualidad de sus integrantes, y ésa es la razón por la cual ambos instrumentos internacionales suscitan resquemores entre quienes niegan la transformación social y preconizan el mantenimiento de formas de poder y opresión en contra de las mujeres y de los niños (sobre todo respecto de las niñas). Por eso es muy importante, sobre todo en el caso de los adolescentes, resguardar su derecho a la libertad de opción, a tomar decisiones sobre su educación y su matrimonio (para lo cual es fundamental elevar el límite de la edad legal para casarse), así como obtener los elementos de información que les permitan decidir sobre su salud reproductiva, y asegurarles el derecho a expresar consentimiento expreso respecto de su voluntad para mantener relaciones sexuales.

RESPONSABILIDADES FAMILIARES COMPARTIDAS

Para poder entender la confluencia entre los derechos contenidos en la CEDAW y en la CDN es necesario superar la visión de las mujeres como catalizadoras o instrumentos de realización de los derechos de los niños. Las sociedades tradicionalistas prefieren considerar a las mujeres exclusivamente en su rol de madres para no cuestionar el sistema de poder que se esconde detrás de las reglas de funcionamiento de la familia, negando a las mujeres la igualdad con los hombres en la participación en la vida de la comunidad y de la sociedad en general. En ese sentido, ambas convenciones insisten en la necesidad de que dentro de la familia el padre y la madre compartan responsabilidades para evitar tanto el autoritarismo paterno como el hecho de que las mujeres vean disminuidas sus posibilidades de desarrollo como personas en todos los campos de la vida social (Recomendación General CEDAW N.º 21). Compartir las responsabilidades familiares sobre la base del respecto a cada integrante de la familia asegura que el “interés superior del niño” pueda ser aplicado en cada circunstancia.

CONCLUSIÓN: UN NUEVO DERECHO PARA UNA CIUDADANÍA
ACTIVA DE MUJERES, NIÑOS Y ADOLESCENTES

1. La construcción de la ciudadanía democrática implica el reconocimiento jurídico de las distintas identidades de la persona, incluyendo la edad y el sexo. Ningún derecho puede sustentarse en la pérdida o menoscabo de otro derecho fundamental. En ese sentido, los avances del derecho internacional y nacional en favor del respeto a los derechos fundamentales de la infancia y la adolescencia no se oponen en lo más mínimo a los mandatos favorables a la no-discriminación contra las mujeres. Todo lo contrario, la juridicidad global desarrolla un efecto sinérgico entre la afirmación ciudadana de los distintos sujetos de derecho.

2. Los movimientos sociales en favor de la infancia y la adolescencia, así como los diversos movimientos en defensa de los derechos de las mujeres, tienen espacios comunes de afirmación, sobre todo en el aspecto legislativo y en el desarrollo de instituciones que garanticen el cumplimiento de estos derechos.

3. Cada niño o adolescente, sea hombre o mujer, tiene derecho a gozar de todos los derechos y a ser protegido y respetado por el mundo adulto. Aunque el “interés superior del niño” no genera discriminación en contra de las mujeres, a menudo ocurre que la discriminación que se practica contra ellas les imposibilita cumplir con el mandato de protección a los niños debido a su propia incapacidad de ejercer derechos por sí mismas. En su papel tutelar del respeto a los derechos el Estado debe desarrollar una política que armonice los intereses de todas las personas, estableciendo acciones afirmativas donde se necesite compensar las desigualdades de carácter social, eliminando todas aquellas diferencias que deformen la identidad de las personas y profundicen las desigualdades y, por último, generando las instancias estatales que permitan procesos diligentes y eficaces para el respeto de las leyes.

4. En lo que respecta a los nuevos derechos para la infancia y para las mujeres, es fundamental no desarrollar un tipo de derecho casuístico fragmentario. No se trata de contar con normas aisladas para los niños de la calle, para las niñas en peligro de embarazo temprano, para las mujeres que sufren abuso sexual, para las mujeres desplazadas, etc. Se trata de construir un

derecho protector, emancipador y que propicie una ciudadanía amplia, para todos. Cada persona, cualquiera sea su condición, debe interpretar las normas de protección según su caso concreto: ése es el profundo sentido democrático de la ley, que excluye de la regulación tanto el privilegio de unos sobre otros como la estigmatización. Los derechos son de todos y al mismo tiempo de cada uno y cada una. La Convención sobre los Derechos del Niño protege a todos los niños y niñas y a los adolescentes de ambos sexos hasta los 18 años, razón por la cual no hay por qué segmentar a los niños para determinar que algunos merecen tal tipo de protección y otros no.

5. Es necesario desarrollar el sustento de una normatividad antidiscriminatoria como base de la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Se debe legislar de manera específica con medidas concretas para proteger los derechos humanos de las mujeres, teniendo en cuenta las diferencias que resultan de considerar la edad y el nivel de madurez, porque existe una historia previa de desconocimiento de derechos que ha generado una brecha social entre mujeres y hombres reconocida como discriminación. Es necesario remover todas las formas de discriminación ancladas en la sociedad y que afectan el ejercicio de todos los derechos. Se trata de medidas de tipo temporal, es decir, de medidas que se aplican mientras la discriminación exista, pues una vez recuperado el equilibrio social ese tipo de normatividad no sólo pierde sentido sino que además podría operar en sentido contrario. Los límites deben estar claros desde el comienzo y este tipo de legislación requiere de evaluación permanente para medir sus efectos individuales y sociales.

6. Comparto el criterio de García Méndez cuando señala que la formulación de propuestas legislativas exclusivamente en función de las deficiencias, de las omisiones o de las violaciones a los derechos y no en función de lo que debería ser ha tenido y tiene graves consecuencias sobre la cultura de derechos y sobre la propia democracia. Necesitamos las mejores leyes, con la mayor protección de los derechos, lo cual implica que como ciudadanos, mujeres y hombres, tenemos derecho al más alto nivel de aplicación de la justicia y que esos recursos deben estar garantizados para todos. No es posible que haya que cambiar la ley por el hecho de que los jueces no saben aplicarla: ellos tienen que aprender y nosotros debemos tener el derecho a la protección jurídica del error judicial.

7. El punto de referencia para la normatividad interna es el derecho internacional de los derechos humanos y las normas constitucionales. Tenemos que lograr una interpretación integral de las normas protectivas. En el caso de los niños, niñas y adolescentes no se aplica solamente la CDN, sino todo el conjunto de las normas de derechos humanos, y lo mismo sucede con la CEDAW en relación con las mujeres. Las normas específicas precisan y señalan mínimos, pero no limitan ni fraccionan. Por eso es importante tener la dimensión de conjunto y entender adecuadamente el sistema jurídico en su totalidad. Sólo una profunda y estrecha articulación entre un orden internacional de protección, normativas nacionales inspiradas en los derechos humanos, estados realmente democráticos respetuosos de la pluralidad de culturas internas y de la diversidad social, así como sistemas de justicia principistas, cercanos a la población y renuentes a la corrupción pueden garantizar una ciudadanía plena para mujeres y hombres de todas las edades.



LA IMAGEN QUE NOS
DEVUELVE EL DERECHO

Alicia Ruiz

DURANTE LOS ÚLTIMOS AÑOS HE TRABAJADO SOBRE EL PROBLEMA de la construcción de las identidades sociales e individuales y sobre el papel que en esa construcción juega el derecho, y ello me ha permitido observar que, de manera paradigmática, el tema de las mujeres y el tema de los niños sirven como ejemplos casi perfectos para ilustrar hasta qué punto el discurso del derecho -y no sólo el nivel normativo de ese discurso, sino el discurso del derecho en el sentido en que enseguida voy a caracterizarlo- opera muy fuertemente en la constitución de las identidades, es decir, en el hecho de ser mujer o de ser niño en determinadas condiciones.

Se señaló en la presentación que existe una perspectiva ética en la preocupación por expandir el efecto de las convenciones internacionales, tanto en relación con los niños como respecto de las mujeres. Yo agregaría que no es ésta la única dimensión, que hay otra que, de acuerdo con distintas teorías, corre en paralelo, o se cruza -yo prefiero esta última caracterización- entre lo ético y lo político. No hay ninguna duda de que el derecho -sobre todo el derecho moderno- está colocado exactamente en el lugar del cruce de lo ético y lo político, y en este sentido es muy importante señalar que toda función que se realiza en el campo del derecho es una función política y que el papel que desempeñan los operadores jurídicos -los jueces, los profesores de derecho, los juristas- incide fuertemente en la formación del imaginario social en torno de lo que es ser mujer, de lo que es ser niño.

Aunque he investigado el tema de la identidad básicamente en torno de las mujeres y de los niños, podría considerar otros aspectos, por ejemplo, que el derecho interviene en la construcción de ciertos estereotipos que nos permiten percibirnos y reconocer a los otros desde el modo en que este dis-

curso social nos construye. En este sentido, me parece que la discusión respecto de las políticas de reconocimiento y en torno del debate acerca de la exclusión y la discriminación -que particularmente en países como los nuestros no sólo reconoce fuentes culturales sino también modelos sociales y económicos-, en este reconocimiento, en algún sentido, yo soy el otro. Con esto quiero decir que la construcción de toda identidad -individual o social- no se realiza de una manera autopoyética: la identidad no se construye a sí misma, sino a partir de lo que los otros ven en nosotros y de lo que nosotros vemos en los que nos rodean. Por eso las sociedades que padecen altos niveles de fragmentación social y de exclusión (sociedades en las cuales los otros son, generalmente, más parecidos a “mí mismo”) excluyen del campo social a muchos millones de personas, entre las cuales se cuentan las mujeres y los niños, aunque en diferente grado, y ocurre que una sociedad con estas características piensa en un modelo de humanidad, un modelo de ser humano, completamente acotado: prácticamente está dejando fuera todo aquello que es distinto.

Por eso no es posible entender el problema de las identidades -qué es ser mujer o ser niño en esta época- sólo desde el derecho, sólo desde la perspectiva de las normas, porque aunque el papel normativo sea central en el derecho, el derecho es un discurso social que prescribe, y prescribe legitimando, reconociendo, otorgando la palabra a algunos y negándosela a otros.

En este sentido, quiero subrayar como ejemplo la importancia que en la Convención sobre los Derechos del Niño tiene el reclamo de que el niño tiene derecho a ser escuchado. Es una excelente expresión del sentido con que el derecho nos construye como sujetos. Y el derecho nos construye como sujetos en la medida en que nos otorga el uso de la palabra, porque el uso de la palabra produce efectos jurídicos: se es más sujeto de derecho como mujer, o más sujeto de derecho como niño, en tanto y en cuanto el derecho haya legitimado nuestra intervención, nuestra voz, lo que otorga un lugar reconocido no sólo en el nivel de la ley sino también por el efecto que el discurso del derecho produce, tanto en la comprensión racional del mundo social en que vivimos, como en la aparición de creencias y de mitos: es en el imaginario social donde se construye el modelo que reconocemos como hombre, como mujer, como niño.

Quiero ahora hacer una referencia, aunque tangencial, a una cuestión teórica que me parece importante para aclarar los presupuestos desde los cuales hago estas afirmaciones. Un primer presupuesto es que la realidad

social, la realidad en la que todos compartimos algunos espacios, es una realidad que se construye -en el sentido de que no está dada, no está puesta fuera de nosotros-, y en la cual nuestra intervención desde la decisión racional, pero también desde aspectos mucho menos conscientes, nos coloca y nos permite mirar el mundo: siempre se mira el mundo desde algún lugar, cada uno de nosotros asume una perspectiva de lo que es el mundo, una visión del mundo (percibimos algunas cosas y no percibimos otras) determinada por los marcos culturales en los que nacemos y muchas veces morimos.

Durante mucho tiempo pareció perfectamente justificado que las mujeres tuviéramos menos derecho a participar que los hombres, por ejemplo en los espacios públicos. Las mujeres no teníamos el nivel de racionalidad que nos permitiera separar nuestras emociones, nuestros sentimientos, de las decisiones que debían tomarse. En este sentido, tenía razón Rousseau, personaje tan controvertido pero a la vez tan explícito en algunas afirmaciones, cuando señalaba que era imprescindible que las mujeres no participásemos en el contrato social porque con nuestras propias locuras íbamos a interferir en la racionalidad de ese modelo. Y esto está en relación con un modelo cultural que sin lugar a dudas tenía una visión acotada y limitada de la razón, que se asociaba fuertemente con los hombres y no con las mujeres. En uno de sus trabajos, una filósofa y crítica norteamericana del derecho - Francis Olsen- dice: “Aunque la justicia esté representada por una mujer, según la ideología dominante el derecho es masculino y no femenino, el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, tal como los hombres se consideran a sí mismos”. Y no hay duda de que este elemento cultural permite percibir como naturales ciertas diferencias en el papel que se les asigna a los hombres y a las mujeres en el mundo social, visión ciertamente muy relacionada con la circunstancia, con el modo con el que el derecho ha construido el estereotipo de mujer.

Es importante advertir que pese a la importancia fundamental que tienen los cambios que se producen en el nivel de la ley, en el nivel de las normas, ello no basta: cambiar las normas no implica la transformación automática de las prácticas sociales asociadas con ellas. Es por eso que cuando se lee jurisprudencia de los últimos diez o doce años en materia de familia y de derecho de familia en tribunales de la Ciudad de Buenos Aires, se advierte que aunque en muchos aspectos la ley establece claramente paridad de derechos entre hombres y mujeres, sin embargo, si se leen con atención, algunas decisiones judiciales revelan que jueces y juezas (porque en la

construcción de estos estereotipos el modelo de la institución judicial transita por igual en hombres y mujeres), todavía hoy -elemento a tener en cuenta con respecto a la formación que se da desde el derecho- tienen creencias, visiones, modelos internalizados respecto de los roles que corresponden a los hombres y a las mujeres. Así, aun cuando se invoque la norma que equipara los derechos, aun cuando se reconozcan esos derechos, esos roles suponen un mayor esfuerzo para las mujeres, en el sentido de que se les exige mayores elementos de prueba para reconocerles ciertos derechos, que su conducta social es juzgada desde pautas morales más rígidas y más anacrónicas en el momento, por ejemplo, de reconocerles –o negarles- derechos con respecto a sus hijos. Y se advierten en estos casos contrasentidos muy interesantes: la jurisprudencia reitera la idea de que a las mujeres, naturalmente, nos corresponde el papel de madres, pero cuando se cuestiona nuestra conducta como mujeres, la restricción del ejercicio de lo que parecería natural y que por lo tanto no podría ser restringido desde el derecho, que es la actuación como madres, se acota y entonces se le exige a la mujer algo así como demostrar mayores méritos que los de los hombres.

Y señalo esto porque aunque considero que las normas son importantes, que el nivel normativo del discurso es importante, y que en este sentido considero de alguna manera revolucionario el hecho de que la Constitución de la Nación haya incorporado como parte del orden constitucional tratados relacionados con la construcción de nuevas identidades que reconocen mayor calidad como sujetos de derechos a las mujeres y a los niños, también considero que esto sólo no basta. Porque es muy fácil –y los abogados lo saben perfectamente- aprender el derecho de memoria (porque de esta manera se aprende y también de esta manera muchas veces se lo usa). La perspectiva de aprender y usar el derecho es enormemente tranquilizadora, porque hace aparecer al operador del derecho -sea el legislador, el juez, el abogado, el fiscal, el defensor- como un técnico que maneja un instrumental absolutamente neutral: él dice lo que las normas estipulan y las aplica para defender el derecho de alguien, o de un grupo, pero su perspectiva, el modo en que se inserta en ese conflicto, es ajena a cualquier valoración de tipo ético o político. Esto es absolutamente falso: las normas no dicen sino lo que algunos intérpretes calificados del derecho dicen en relación con estas normas, y es por eso que, por ejemplo, cuando tienen que tomar una decisión los jueces apelan a los juristas de nota para sostener sus propios argumentos. Por eso, aunque tengamos un amigo genial que lee el Código

Civil o la ley de los derechos de los niños de una manera original, uno sabe que no basta invocar a su amigo genial cuando quiere convencer.

Las instituciones donde se forman los abogados, las escuelas de derecho, tienen un papel de una fuerza aterradora en determinado momento, porque establecen una cierta visión del ejercicio profesional. Los operadores del derecho no se perciben como operadores que intervienen en el mundo social, como operadores que están construyendo una realidad porque, además, dominan un discurso, del que no son conscientes, que es un discurso prescriptivo. A diferencia de otros discursos sociales -que, como en otro momento histórico fue, por ejemplo, el discurso de la religión-, el discurso del derecho legitima algunas relaciones y silencia absolutamente otras. Reconoce unos vínculos y niega otros, y negar no significa sólo que no los mencione. En el derecho moderno lo lícito y lo ilícito están, de algún modo peculiar, vinculados en el imaginario social con lo bueno y con lo malo. Y aunque el positivismo jurídico no quiera admitirlo, en este sentido sigue siendo cierto que existe un fuerte vínculo entre el derecho y la moral, no en términos de una moral universal, ni del derecho natural, sino en la medida en que estos discursos sociales están fuertemente entrecruzados. Vuelvo, por lo tanto, al ejemplo del juez en relación con el modelo de mujer a la que hay que reconocerle el derecho de tener a sus hijos con ella, y este modelo no sólo está determinado por lo que dice el Código Civil o las convenciones que tutelan los derechos de la mujer. No, también está marcado por esas pautas construidas socialmente que definen lo que el juez cree que tiene que ser una mujer o lo que el juez cree que tiene que ser un niño.

El tema de las mujeres y de los niños es particularmente interesante en sociedades contemporáneas atravesadas de manera terrible y perversa por el problema de la discriminación, y lo es porque la condición de mujer y la condición de niños no está asociada con minorías de ningún orden. Todos en algún momento hemos sido niños, aunque creo que, afortunadamente, en algún momento nos olvidamos de ello. Y digo afortunadamente porque estoy convencida de que se puede considerar a la infancia como esa edad maravillosa e ideal sólo cuando se la mira desde el lugar del adulto y no se reflexiona acerca de los miedos, las angustias, los terrores, las inseguridades que todos los niños padecen. Y les pido que piensen en el agravamiento de estas circunstancias cuando, además, se trata de niños que están definitivamente desprotegidos porque no tienen padres, porque no tienen asistencia social, porque están en la calle, en alguno de esos dramáticos sentidos en los que se

está en la calle, y porque además van a padecer a lo largo de su vida las carencias que provocan las deficiencias en los primeros años de la infancia. Y digo esto porque son los problemas en los que hay que pensar.

¿Cómo se implementan políticas públicas?, ¿cómo se logra que el derecho juegue un papel distinto del que ha jugado hasta ahora? Y cuando digo distinto quiero ser absolutamente clara: reivindico la innovación en el nivel de la ley, en el nivel de la norma, porque la considero sustancial. El derecho tiene un efecto paradójico: por un lado sirve para conservar las relaciones sociales existentes, y por otro lado para transformarlas, y es por eso que se necesita que en ese lugar, en ese espacio simbólico que es el lugar de la ley, se produzcan transformaciones. Pero las buenas conciencias no deben quedarse tranquilas cuando se logra transformar el contenido de las normas, porque esa transformación sólo puede efectivizarse a través de la modificación de las prácticas sociales, y quienes operamos con el derecho, quienes trabajamos con el derecho y además asumimos que el derecho es un discurso social que en el mundo moderno está directamente asociado con el poder, con la política, con la historia y con los contextos sociales en los cuales se produce y tiene que ser aplicado, no podemos ignorar que el derecho -y nuestra intervención- tiene un papel relevante a partir del modo en que legitima algunos modelos, algunos estereotipos, y descarta otros.

Detrás de estas operaciones de asignación de sentido a conductas, a vínculos, a modos de vida, a relaciones, el derecho opera políticamente. En este sentido, creo que durante los años en que he ejercido la profesión como abogada y en todos los que llevo en el área judicial, me he convencido de que los operadores jurídicos, y de modo paradigmático los jueces -como dice Derrida- tenemos a cargo esa imposibilidad de vincular lo general con lo particular, de pasar de una norma que define en términos generales algunas situaciones a ver de qué manera esa norma cumple un cierto papel en el mundo concreto de un conflicto individual, que además no es un conflicto individual aislado, y éste es otro aspecto de la cuestión.

Los jueces solemos creer que tenemos que resolver casos particulares, como si cada caso particular no tuviera alguna relación con muchos otros casos, algunos de los cuales llegan a los tribunales y otros no. En cada caso particular en que los jueces tienen que resolver, en cada situación concreta de un niño o de una mujer en la que es necesario determinar el reconocimiento de algún derecho, los jueces estamos, sin saberlo, participando en una especie de elaboración de lo que Dworkin llama un capítu-

lo de una novela, una novela de la cual algunos capítulos ya se escribieron y otros se escribirán, sin que sepamos quiénes son los autores. Es de esta manera como se construyen los precedentes, como se establecen las analogías, como se selecciona, por ejemplo, cómo y cuándo se invocan los tratados y las convenciones internacionales para tomar decisiones particulares. De esta manera, se pone en discusión aquella vieja distinción, absolutamente útil para no intervenir de ninguna manera en la tarea de transformar las relaciones sociales, que consiste en decir que en las normas constitucionales siempre hay algunas cláusulas que son operativas y otras que son meramente declarativas. Siempre que se habla de democracia formal y de democracia material están en juego estas clasificaciones con las que los juristas se han manejado tradicionalmente, y que son obstáculos fuertes para hacer operativas las normas que hoy forman parte de los ordenamientos nacionales jurídicos y a través de las cuales se pueden provocar y poner en crisis los estereotipos que parecen naturales en la identidad de las mujeres y de los niños.

Simplemente, y para cumplir, quiero leer dos párrafos, muy cortos, que se refieren a las mujeres pero que pueden extenderse a los niños: “El reconocimiento de la mujer como sujeto de derecho resignifica el discurso de las mujeres. Las mujeres no somos más que humanas, somos lo que nuestras vidas, nuestros sueños, lo que nuestras posibilidades concretas nos permiten ser. Y en este poder ser como mujeres el derecho juega su papel”.¹²

Esta concepción antiesencialista intenta superar posturas y argumentos que obstaculizan la construcción de una alternativa democrática en la cual las luchas de las mujeres se articulen sin perder especificidad con otros reclamos dirigidos contra prácticas discriminatorias y formas de opresión de otro orden.

El derecho participa en la configuración del estereotipo de la mujer y es a partir de ese estereotipo que las reglas jurídicas reconocen o niegan derechos a las mujeres de carne y hueso. Los juristas se han ocupado poco por

12. Alicia E. C. Ruiz, “De cómo el derecho nos hace hombres y mujeres...”. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Ética e Ciudadanía. II Encontro de Direito e Psicanálise, Curitiba, Brasil, octubre de 2000. Están reunidas aquí algunas de las ideas que fueron el eje de mi participación en el seminario “Identidad y Derecho: la discriminación de la mujer como espacio de conflicto”, que coordinara entre 1998 y 1999 en la Facultad de Derecho de la UBA y que han sido publicadas en la colección “Identidad, Mujer y Derecho”, Facultad de Derecho de la UBA y Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000.

dar cuenta de las razones o sinrazones que hacen que el derecho instale y consolide cierta figura de mujer, que le atribuya implícita o explícitamente algunas cualidades y le niegue otras.

El aporte de la dogmática ha consistido en señalar qué textos legales deberían conservarse y cuáles habría que derogar. Sin embargo, el tema es bastante más complejo: no alcanza con cambiar la ley, aunque, paradójicamente, cambiar la ley sea a veces de la mayor importancia, porque el discurso opera con fuerza singular más allá de la pura normatividad: instala creencias, ficciones y mitos que consolidan un imaginario colectivo resistente a las transformaciones.

Cuando las mujeres reclaman por nuevos derechos y por la superación de situaciones intolerables, participan en el proceso de ampliación y de reformulación de ciudadanía al tiempo que sus identidades individuales y colectivas se modifican. En un proyecto de radicalización de la democracia, teorías y prácticas son significativas.

Las identidades individuales y sociales que el discurso del derecho contribuye a definir son operaciones de asignación de sentido que se producen en el cruce de lo jurídico, lo social, lo político y lo cultural. Como dice Mary Dietz, siempre se piensa y se actúa en el interior de situaciones históricas y sociales determinadas, que aunque habilitan la creación de nuevos sentidos representan al mismo tiempo un límite a nuestra capacidad creativa y llevan las marcas de la contingencia y del azar.

Aunque las identidades no tienen consistencia más allá de las condiciones históricas en que fueron inventadas, los relatos sobre identidades deberían tomarse muy en serio, porque mucha gente los usa para guiar su conducta y hasta muere por ellos. Si pensamos en aquellas sociedades donde el resurgimiento feroz de los conflictos debidos a razones étnicas, religiosas, o de minorías nacionales ha adquirido la dimensión que hoy tiene, esta reflexión respecto de la importancia que la marca de una cultura imprime en relación con lo que somos y lo que vemos en los otros me parece central.

Para terminar, y para poder reflexionar sobre este tema, quiero citar –como una apuesta al optimismo– un pequeño párrafo de una mujer que creo excepcional (generalmente se nos acusa a los teóricos de que además de que somos antiesencialistas y pensamos que la historia la hacemos entre todos, finalmente terminamos dejando pocas esperanzas, sobre todo en un mundo tan complejo como éste). En realidad quiero sostener lo contrario y por eso voy a citar el texto de Simon Weil: “Qué es exactamente lo que pere-

cerá y lo que subsistirá de la civilización actual, en qué condiciones, en qué sentido se desarrollará después la historia, son cuestiones insolubles. Lo que sabemos de antemano es que la vida será menos inhumana en la medida en que nuestra capacidad de pensar y de actuar sea mayor. La civilización actual, de la que sin duda nuestros descendientes recogerán su herencia en totalidad, o al menos en sus fragmentos, contiene, lo sentimos bastante bien, con qué aplastar al hombre. Pero contiene también el germen con que liberarlo”.

Me parece que ésta es una propuesta fuerte para apostar a que discursos sociales como los del derecho, que tienen el efecto tan fuerte que tienen, por lo menos hasta ahora, en las sociedades modernas, sirvan para liberar y no para someter.¹³

13. Simone Weil, Reflexiones sobre las causas de la libertad y la opresión social, Barcelona, Paidós, 1996.



ESPECIFICIDAD Y UNIVERSALIDAD
DEL DERECHO

Emilio García Méndez

EL TEMA DE LA TENSIÓN ENTRE ESPECIFICIDAD Y UNIVERSALISMO, que siempre ha estado presente, se potencia sobre todo con el surgimiento y la positivización de los derechos humanos: la tensión se hace cada vez más presente en la medida en que los derechos humanos se van positivizando.

En su extraordinario libro titulado *La era de los derechos*, Norberto Bobbio describe el surgimiento de esta tensión de una forma muy plástica y por demás pedagógica cuando dice que “las necesidades están siempre ahí. Los derechos nacen cuando pueden o cuando deben”, y es en el momento en que estos derechos nacen cuando nace la tensión entre el universalismo y la especificidad.

¿Cómo se resuelve esta tensión? Quisiera plantear una paradoja: la democracia exige que esta tensión no se resuelva, en primer lugar porque la democracia desconfía de las soluciones definitivas, para no hablar de las soluciones finales. ¿Y por qué desconfía de las soluciones definitivas? ¿Por qué la democracia exige que esta tensión entre universalidad y especificidad no se resuelva? Porque cuando esta tensión se resuelve -y uso la palabra “resolver” entre comillas- sobrevienen dos problemas gravísimos: o la fragmentación fundamentalista y empobrecedora del relativismo cultural, que sobre la base de la defensa de determinados rasgos culturales muchas veces plantea la violación sistemática de los derechos humanos, o el universalismo vacío y despojado de sustancia.

Quiero ahora referirme muy breve y esquemáticamente a una situación en la que, aunque bajo otra forma, se hace presente una tensión similar. Existe, en primer lugar, una tensión entre la necesidad de protección especial para los niños, por un lado, y la necesidad de garantizar la universalidad de dere-

chos para todos, por otro. Es por eso un avance extraordinario el hecho de considerar con seriedad un instrumento como la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que considera a los niños verdaderos sujetos de derecho. La CDN admite varias definiciones, tan diversas como complementarias. Una de ellas, tal vez la primera con la cual abordar este tema, reside en que la Convención tiene que ser entendida, sobre todo, como un tratado específico sobre los derechos humanos de aquellos cuya única especificidad es no haber alcanzado los 18 años de edad. Cuando uno describe la Convención no ahorra adjetivos para selañar la ruptura jurídica y cultural que ella implica.

Solemos subrayar el carácter de “divisoria de aguas” de la Convención en la historia de la consideración jurídica de la infancia; solemos considerar a la Convención como una revolución copernicana, como un antes y un después en la consideración jurídica de la infancia, y, en mi opinión, cuando se utilizan adjetivos tan contundentes se plantea la necesidad de explicitar la razón por la cual se define de manera tan fuerte el carácter de la Convención: como una ruptura jurídica y cultural.

Creo que la Convención es verdaderamente una revolución copernicana, una divisoria de aguas, porque altera de manera sustancial lo que históricamente ha sido el corazón de las relaciones entre los adultos y los niños por un lado, y entre el Estado y los niños, por el otro. Cuando se plantea que históricamente la familia ha sido el “coto de caza” del hombre y que en este coto de caza no sólo están incluidas las mujeres sino también los niños, resulta claro que entre los derechos de las mujeres y los derechos de los niños -más allá de que suene políticamente correcto decir que existe una relación de pura complementariedad-, creo que entre los derechos de las mujeres y los derechos de los niños hay complementariedades pero también hay tensiones y contradicciones: además de mujeres, las mujeres son adultos.

Históricamente, la relación de los adultos con los niños puede definirse a través de una sola palabra que, dicho sea de paso, es la misma que define la relación entre los hombres y las mujeres. Se trata de la palabra discrecionalidad. La discrecionalidad es aquello que ha caracterizado históricamente la relación entre los hombres y las mujeres y de los adultos con los niños, y en esto reside la primera semejanza. Es por eso que el tema es complejo: está lleno de semejanzas y, al mismo tiempo, de contradicciones.

El segundo elemento que aparece tanto en la relación entre los hombres y las mujeres como en la relación de los adultos con los niños reside en que

las peores atrocidades contra las mujeres y los niños se han cometido siempre mucho más en nombre del amor y de la compasión que en nombre de la represión, y por eso es importante, sobre todo en el campo de la infancia - donde abunda demasiado la fraseología vinculada con el amor y con la compasión- mantener una actitud crítica. Es necesario tener mucho cuidado, aunque uno no aparezca como políticamente correcto: no tengo nada contra el amor y la piedad mientras sean entendidos como un complemento de la justicia, y tengo todo contra el amor y la compasión cuando son entendidos como una alternativa, cínica o hipócrita, de la justicia.

Por otra parte, en el campo de los derechos de la infancia no sólo se ha planteado una tensión entre universalidad y especificidad, sino también entre especificidad y autonomía, y digo autonomía porque históricamente el derecho clásico de menores ha sido entendido como un derecho autónomo. Así es, cuando uno consulta una obra clásica sobre derecho de menores, ese derecho se percibe a sí mismo como un derecho autónomo, aunque en realidad de lo único respecto de lo cual es autónomo el derecho de menores es respecto del Derecho Constitucional. En este caso, la “especificidad” del derecho de menores sólo ha servido para legitimar la negación de derechos, que, por otra parte, las constituciones otorgan a todos los individuos sin discriminación.

Por todas estas razones hay que admitir que la Convención y la CEDAW no sólo han cambiado el futuro de los derechos de la mujer o el futuro de los derechos de la infancia. Me parece mucho más importante reconocer que lo que estas dos convenciones han cambiado es el pasado, en tanto han permitido reconstruir críticamente las relaciones entre hombres y mujeres y entre adultos y niños.

En el caso de los niños, la Convención nos ha permitido entender retrospectivamente la flagrante inconstitucionalidad del derecho de menores que, como dijimos, de lo único que era autónomo era del Derecho Constitucional, y es por eso que hay que tener mucho cuidado cuando la especificidad se transforma en autonomía. Nos encontramos aquí con una paradoja en estado químicamente puro, con una contradicción que exige no ser resuelta, pues ya sabemos qué ocurre cuando las resolvemos en la dirección de la especificidad.

Otra tensión es la que existe entre los conceptos de “niño” y de “menor”. Cuando se dice “tengo un menor en mi casa”, no se está haciendo un uso técnico jurídico del concepto. En este caso, la palabra “menor” apesta a ins-

titucionalización, tiene un contenido marginalizador y estigmatizante, y es por eso que tenemos jueces de menores, instituciones de menores, etc.: el Derecho de Menores ha venido a consolidar una dicotomía que existe en la realidad: los “niños” como aquella zona de la infancia con sus necesidades básicas satisfechas y los “menores” como aquella zona de la infancia con sus necesidades básicas insatisfechas.

Por el contrario, el nuevo derecho de la infancia no presupone la inevitabilidad de la dicotomía justamente porque respecto de esta dicotomía que existe en la realidad hay que recuperar la universalidad como concepto y como programa de acción jurídica, como concepto jurídico basado, o anclado, furtemente en los derechos humanos.


Otro tema, con el que se relaciona uno de los elementos importantes de la evolución de los derechos humanos, es el de la concreción de los derechos: los derechos humanos evolucionan y esta evolución tiene que ver con la concreción, y en este sentido la Convención sobre los Derechos del Niño es más adelantada que la CEDAW, porque se redactó diez años después, es mejor desde el punto de vista técnico jurídico (si la CEDAW se rehiciera en este momento, probablemente sería altamente superadora de la Convención, justamente porque somos más conscientes de esa necesidad de concreción de los derechos humanos).

En el plano universal también son repugnantes las razones de Estado, porque ellas sirven para la negación de las garantías y de los derechos individuales. Por eso, creo que es muy importante estar atento a las soluciones, sobre todo las políticamente correctas, que resuelven fácilmente la tensión entre universalismo y particularismo y dicen que aquí no hay ningún problema, que los derechos de los niños y los derechos de las mujeres son 100% complementarios. Creo que no, que los derechos de los niños y los de las mujeres tienen tensiones, algunas de las cuales pueden ser resueltas y otras no deben ser resueltas.

Una segunda paradoja que yo quisiera señalar reside en que la crítica jurídica relativa a la discriminación jurídica de la mujer en relación con el hombre de ninguna manera puede ser trasladada automáticamente a la condición de los niños. Y voy a explicar por qué: en el caso de los adultos, las leyes, y particularmente los códigos penales, están plagados de discriminaciones explícitas contra la mujer -es el caso del homicidio de honor, del adulterio, del aborto-. El Derecho Penal es groseramente discriminatorio. Por su parte, el Derecho de Menores es “democráticamente” discriminato-

rio: discrimina exactamente por igual a niños y niñas. Esto es así, y creo que uno puede hacer cualquier cosa con la realidad menos enojarse: si la realidad es compleja hay que tratar de entenderla. Con esto quiero decir que no es posible trasladar automáticamente la crítica jurídica de la discriminación jurídica de la mujer al caso de los niños y de los adolescentes -aunque pudiera simplificarnos la vida- porque, como ya he dicho, el derecho del menor es brutalmente “democrático” en su discriminación: el plus discriminatorio respecto de las niñas no está en las normas jurídicas, y el plus antidiscriminatorio está en las prácticas culturales, pero no está en la norma jurídica. Por eso es interesante recordar siempre que la Convención no sólo disminuye sustancialmente la discrecionalidad en el tratamiento de los niños por parte de los adultos, sino -y ése es un efecto importante en la evolución de la concreción de los derechos humanos- que la Convención es radicalmente antidiscriminatoria, y en ello reside su otro valor fundamental.

Para terminar, quisiera llamar la atención sobre una asimetría preocupante y peligrosa. Me refiero al hecho de que los que creemos trabajar con seriedad en el campo de los derechos de la infancia y en el campo de los derechos de las mujeres no dudamos de que los problemas medulares de la democracia son variables fundamentales para contextualizar la lucha por los derechos de los niños y de las mujeres. Pero, ¿dónde está la asimetría peligrosa? Reside en el hecho de que entre los (pocos) que trabajan con seriedad los problemas más importantes de la democracia, son menos aun los que han comprendido la relevancia y la centralidad que tiene el tema de la infancia y el tema de los derechos de la mujer.



EL LUGAR
DE LA LEY
EN LA PROTECCIÓN
DE DERECHOS



LOS DERECHOS DEL NIÑO:
DE LA PROCLAMACIÓN A LA
PROTECCIÓN EFECTIVA

Miguel Cillero Bruñol

“El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político.”¹

LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, APROBADA POR LA Asamblea General de Naciones Unidas en 1989, se ha constituido en un poderoso instrumento para reformar las políticas públicas y jurídicas destinadas a mejorar la situación de la infancia y la adolescencia en América Latina.²

Estas reformas han pretendido cerrar la brecha entre los objetivos proclamados por la legislación y las prácticas reales. Sin embargo, no se trata exclusivamente de un fenómeno de ingeniería legal, sino de un ejercicio de profundización, a través de técnicas jurídicas, de los procesos de democratización.

En efecto, para superar los conceptos meramente formales de democracia, después de la Segunda Guerra Mundial ha sido aceptado por la mayoría de sus teóricos un vínculo indisoluble entre la forma de gobierno democrático y la ciudadanía. La ciudadanía se define en un sentido amplio y se

1. Bobbio, N., “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en: El tiempo de los Derechos, Madrid, Ed. Sistema, 1991, p. 61.

2. Siguiendo a la Convención, en este trabajo se considera como niñas y niños a todas las personas menores de 18 años. En América Latina también se utiliza el término adolescencia para referirse a las niñas y niños mayores de doce años y menores de dieciocho.

la puede caracterizar como civil, política y social.³

A partir de entonces, se observa un proceso creciente de reconocimiento de la ciudadanía a sujetos que, hasta ahora, se encontraban excluidos de los mecanismos de participación propios de la ciudadanía civil, política y social. Esta evolución política es acompañada por un desarrollo sostenido de instrumentos jurídicos destinados a garantizar para todas las personas un conjunto universal de derechos, es decir, un reconocimiento jurídico de su ciudadanía.

Uno de los pensamientos que más claridad aporta a la comprensión de este proceso es el de Hannah Arendt, quien desarrolló un conjunto de ideas que permiten entender el sistema de los derechos humanos como un mecanismo de construcción de igualdad y concibe la ciudadanía como el derecho a tener derechos. Este derecho se ejerce ante todos los estados y requiere de la creación de un sistema universal de normas aplicables a todos los seres humanos y exigibles a través de sistemas de justicia nacionales e internacionales.⁴

La Convención sobre los Derechos del Niño es, precisamente, el instrumento internacional que permitió expandir la ciudadanía a la infancia, ya que reconoce que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derechos ante el Estado y la comunidad, y que los Estados Parte deben adoptar todas las medidas “administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención” (artículo 4).

El impacto de esta Convención en América Latina ha sido enorme, tanto en el ámbito de las reformas legislativas como en el de las políticas públicas y, lo que es casi tan importante, en la conciencia de las personas expresada ya sea en el nivel de adhesión a los principios, directrices y derechos que ella contiene, como en las múltiples organizaciones de ciudadanos que han nacido bajo su impulso para dar plena efectividad a los derechos de los niños.⁵

3. Sigo aquí la ya clásica clasificación de la ciudadanía de T. H. Marshal desarrollada en 1949. Véase *Class, Citizenship and Social Development*, Nueva York, Doubleday, 1965, cap.

4. Un interesante desarrollo reciente sobre el concepto de ciudadanía en Zolo, Danilo, *La Cittadinanza, Appartenenza, Identita' Diritti*, Roma, Ed. Laterza, 1994.

5. Existe numerosa literatura sobre el pensamiento de Arendt. Véase un diálogo interesante de su pensamiento en relación con los derechos humanos y el derecho internacional público en Lafer, C., *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo sobre el pensamiento de H. Arendt*, México, FCE, 1994, cap. V.

LA LEGISLACIÓN DE MENORES Y LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Como ya se afirmó, la Convención produjo un fuerte impacto en la legislación y en las políticas sobre la infancia. Si se considera que hasta la fecha sólo dos países no han ratificado la Convención,⁶ este efecto ha alcanzado, en mayor o menor medida, a las políticas públicas, la legislación y la jurisprudencia de todo el mundo.

La Convención provoca un doble impacto en las legislaciones de menores vigentes en los distintos países de América Latina. Por un lado, sirve de parámetro para evaluar o criticar la legislación interna y, por otro, exige la activación de nuevos mecanismos para asegurar los derechos que ella contempla. Es decir que la Convención es un instrumento para la crítica de las leyes de menores y para la construcción de un nuevo sistema de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En América Latina, a partir de la promulgación de la Ley de Patronato en 1919 por la Argentina se establecieron leyes de protección de menores que buscaban reconocer la especial situación jurídica de los niños y las obligaciones del Estado, la familia y la sociedad en general respecto de ellos. Esta legislación especial, que se mantuvo, en lo esencial, en todos los países de la región hasta la entrada en vigencia de la Convención, en la mayoría de los países fue sustituida por leyes que, con mayor o menor éxito, pretendieron adecuarse a las nuevas exigencias establecidas en la Convención.

Una situación peculiar se ha producido en la Argentina, el Uruguay y Chile, países que han experimentado un cierto retraso en los procesos de reforma y que aún mantienen vigentes sus antiguas leyes de menores.

LA CONSTITUCIÓN DE UN PODER JUDICIAL - ADMINISTRATIVO DE CONTROL/PROTECCIÓN DE LOS MENORES

La doctrina que inspira las leyes de menores se caracteriza por considerar a una porción de los niños, niñas y adolescentes -posteriormente denominados menores en situación irregular- como un objeto de la protección, con-

5. Sobre este proceso, véase García Méndez, E. y Beloff, M., *Infancia, Ley y Democracia*, Santa Fe de Bogota, Ed. Temis-Depalma, 1998.

6. Información interesante sobre distintas iniciativas para la aplicación de la Convención y resoluciones del Comité de Derechos del Niño se pueden encontrar en UNICEF, "Implementation Handbook for the Convention on The Rights of the Child", Nueva York, 1998.

trol y represión por parte de los adultos y los órganos del Estado.

Las leyes de menores, a diferencia de lo que aparentan, no se estructuran a partir de la legítima diferenciación jurídica entre adultos y no-adultos, sino en una radical separación de dos tipos de infancia: la que tiene sus derechos satisfechos debido a la protección familiar, y aquella que no los tiene. A los que integran la primera no se les aplicarán las nuevas leyes, a los segundos, en cambio, se los protegerá y se controlará su conducta a través de los mecanismos judiciales y administrativos creados por la ley, que vienen a compensar las debilidades del sistema social y familiar.

El segundo principio del sistema tutelar de menores es la idea de que el Estado debe asumir una especie de “patria potestad estatal” respecto de los abandonados, irregulares o delincuentes, terminología que las leyes usan indistintamente para referirse a los denominados “menores”, es decir, la infancia pobre y marginal. Las leyes de menores tienen por objeto constituir un poder del Estado, representado por los jueces tutelares, que reemplace el poder que las leyes civiles entregan a los padres y que éstos no ejercen por encontrarse inhabilitados “moral o socialmente”.

Es evidente que esta sustitución, que se ejercerá sobre los niños provenientes de las capas más pobres de la sociedad, se transformará en un eficiente mecanismo de control que desbordará los límites de las políticas de protección, cruzando la frontera hacia sistemas punitivos de encierro y resocialización obligatoria.⁷

Se trató, en síntesis, de sustituir la autoridad patriarcal del padre por la autoridad civil, representada preferentemente por el juez de menores, protagonista principal del nuevo sistema de tratamiento hacia la infancia que promovieron los estados latinoamericanos desde comienzos del siglo XX.⁸

8. Sobre las características y deficiencias del sistema tutelar de menores se han escrito numerosos estudios en América Latina. Véase García Méndez, E., *Infancia de los derechos y la justicia*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 1998. Cillero Bruñol, M., “Leyes de menores, sistema penal e instrumentos internacionales de derechos humanos”, en: Medina, C. y Mera, J. (eds.), *Sistema jurídico y derechos humanos*, Santiago, Ed. UDP, 1996. Para los Estados Unidos véase Platt, A., *Los salvadores de los niños o la invención de la delincuencia*, México, Ed. Siglo XXI, 1977. Para Europa véase Donzelot, J., *La policía de las familias*, Valencia, Ed. Pre-Textos, 1990.

7. Véase como ejemplo concreto de este fenómeno en un país de América Latina, Cillero, M., “Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia en Chile”, en: Pilotti, F. (comp.), *Infancia en riesgo y políticas sociales en Chile*, Montevideo, Ed. IIN, 1994.

Un tercer principio que destacaré de las legislaciones de menores es la confusión e igual tratamiento entre la infancia que se ve amenazada o dañada en su desarrollo y aquellos niños, niñas y adolescentes que infringen las leyes penales y, más aún, entre estos últimos y aquellos que estaban en riesgo de hacerlo. Con él surgen necesidades nuevas como las de detectar y controlar al menor predelincuente. Para realizar estas funciones ya no sólo hay que hacerse cargo de los niños y niñas abandonados, sino que también hay que detectar a los que estén en peligro o sean “peligrosos”.⁹

Las sociedades filantrópicas, que en un comienzo se habían hecho cargo de los niños y niñas abandonados, no podían dar cumplimiento a tan amplios objetivos, especialmente porque muchas veces se enfrentaban con la oposición de los padres, que se negaban a entregar a sus niños a los reformatorios. Ante esto se hizo necesario constituir un complejo institucional conformado por la Justicia y las leyes de menores y un conjunto de establecimientos correccionales y organizaciones filantrópicas.

De este modo, el llamado “complejo tutelar” se organizó como un sistema interconectado de intervenciones públicas y privadas de control/represión (menores peligrosos) y asistencia (menores en peligro), con un marcado predominio de las competencias judiciales, que sin embargo se organizaron de tal modo que los conflictos de que se ocupan y los procedimientos utilizados poco tienen que ver con lo que en derecho público es conocido como función jurisdiccional. Los tribunales de menores eran radicalmente diferentes a otros tribunales, incluso los especiales, y esta diferencia fue justificada y defendida por los minoristas sobre la base de la existencia de un derecho adjetivo de menores de carácter autónomo.¹⁰

El último eslabón del sistema es que este complejo tutelar no sólo reúne la competencia de control/represión y de protección sino que también desarrolla para estos casos un tratamiento unitario, es decir, aplica los mismos procedimientos y medidas.¹¹

9. Una excelente y documentada revisión de este paso en Francia, en Donzelot, J., op. cit., pp. 84 y ss.

10. Una buena forma de acercarse a este punto es revisar los textos de los minoristas que defienden la especialidad del derecho procesal de menores. Véase Sajón R. “Derecho de Menores”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

DE LA PROTECCIÓN DE MENORES A LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

El sistema tutelar, brevemente reseñado más arriba, “gobernó” sin contrapeso a la infancia pobre y sus familias durante gran parte del siglo XX en América y en Europa. Sin embargo, en Europa su poder fue disminuyendo con el surgimiento del derecho penal juvenil, que si bien mantuvo en sus comienzos un énfasis peligrorista y resocializador, al menos contribuyó a separar las competencias asistenciales de las penales.¹²

En los Estados Unidos de América el sistema entró en crisis durante la década de 1970 con diversos pronunciamientos de la Corte Suprema que decretaron la inconstitucionalidad del sistema de juzgamiento aplicable a los menores y exigió el cumplimiento de las garantías del debido proceso en los juicios seguidos contra adolescentes infractores de la ley penal.¹³

América Latina, en cambio, no siguió esta evolución; por el contrario, hasta avanzada la década de 1980 se tendió a profundizar la aplicación legal, administrativa y jurisdiccional de la doctrina tutelar. Sólo con la entrada en vigencia de la Convención, a comienzos de la década de 1990, se dio inicio a un proceso de cambios que hoy está en pleno desarrollo.

Este proceso de reforma legislativa se justifica por la radical oposición entre las doctrinas jurídicas, sociales y políticas que subyacen al sistema tutelar de menores y la doctrina de los derechos humanos que inspira a la Convención sobre los Derechos del Niño. Señalaré a continuación algunas de las diferencias más relevantes.

- La Convención establece derechos (de protección y libertades) cuyos titulares son todas las niñas, niños y adolescentes y los obligados a respetarlos los adultos (en especial los padres) y las autoridades. Las leyes de menores se dirigen a una parte de la infancia (los menores en situación irregular), establecen poderes-deberes de los padres y las autoridades públicas

11. Al respecto, véase Couso, J., “Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos”, en: *De la tutela a la justicia*, Santiago, Ed. UNICEF/Opción, 1998.

12. Véase Albrecht, P., *Derecho penal de menores*, Barcelona, Ed. PPU, 1990.

13. Sobre este punto, véase Platt, A., *op. cit.*, y Cillero Bruñol, M. y Madariaga, H., *Infancia, derecho y justicia. Situación de los derechos del niño en América Latina y la Reforma Legislativa en la década de los noventa*, Santiago, Ed. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile/UNICEF, 1999, pp. 50-56.

y sujeciones de los niños, y eventualmente de los padres, a la autoridad.

- La Convención es un instrumento de derechos humanos integral que busca superar todo tipo de discriminación de la infancia respecto de los adultos y de los niños entre sí. Las leyes de menores no son un instrumento de derechos humanos y no tienen por finalidad la realización del principio de igualdad.

- La Convención se refiere al conjunto de la vida del niño, por lo cual abarca todas las dimensiones de su vida personal, social y familiar. Las leyes de menores sólo pretenden controlar ciertos conflictos de los menores en situación irregular.

- La Convención separa adecuadamente la atribución de consecuencias por infracciones a la ley penal de la protección de la amenaza o vulneración de derechos. Las leyes de menores confunden estas situaciones.

LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION EN AMÉRICA LATINA

La ratificación de la Convención provocó problemas de distinto tipo en las sociedades latinoamericanas. Aquí se enumeran algunos de ellos.

- Conflictos entre leyes. La Convención entra en contradicción no sólo con las leyes de menores, sino con un conjunto de otras normativas como las de familia y las que desarrollan derechos fundamentales (como acceso a la educación y salud).

- Necesidad de superar el paradigma de la incapacidad y reconocer jurídicamente a los niños como sujetos de derecho, dotados de cierta autonomía para ejercerlos ¹⁴ y reclamar su cumplimiento.

- Necesidad de superar la brecha entre derechos proclamados y realización de estos derechos, ya que la Convención estableció nuevos y más precisos estándares que resultan de cumplimiento obligatorio.

Se ha intentado resolver el primer problema a través de la derogación de las leyes de menores y la promulgación de nuevas leyes sobre las materias que éstas regulaban; el segundo, avanzando en el reconocimiento de la infancia como una etapa de la ciudadanía, dotada de derechos civiles, políticos y sociales. Para superar la brecha entre los derechos proclamados y su

14. He postulado en otra parte que el niño está dotado de una “autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos”. Véase Cillero Bruñol, M., “Infancia, autonomía y derechos. Una cuestión de principios”, en: Infancia, Montevideo, ed. IIN, 1998.

vigencia social, se han desarrollado complejos sistemas jurídicos garantistas y se ha reemplazado el complejo tutelar por una red de políticas públicas y de servicios sociales que pretenden asegurar el desarrollo integral de la infancia.

Como se ve, para la puesta en práctica de todas estas funciones se ha requerido un intenso trabajo legislativo cuya evaluación debería basarse en su idoneidad para dar efectividad a los derechos de los niños consagrados en la Convención. Para hacerlo es preciso considerar la Convención en todas sus dimensiones. A continuación ofreceré una propuesta de qué categorías deberían ser consideradas para evaluar las leyes de infancia que pretenden basarse en la Convención acompañada, en cada caso, de un análisis general de la forma en que están siendo satisfechas.

La necesidad de la reforma legislativa ha sido puesta en duda por aquellos que defienden la autoejecutabilidad de los tratados y su aplicación directa por los Tribunales, sin reconocer la necesidad de una regulación por ley interna. Este argumento es especialmente fuerte en aquellos países, como Chile y la Argentina, en que la Convención de los Derechos del Niño ha sido incorporada al texto constitucional.

Creo que más allá de consideraciones teóricas sobre la interpretación de los tratados, argumentos de tipo pragmático recomiendan, sin negar el deber de los jueces de aplicar directa e interpretativamente las normas internacionales vigentes en el país, dictar normas legales internas que desarrollen los mecanismos de exigibilidad de los derechos contenidos en las convenciones.¹⁵ En mi opinión, es éste el mecanismo más efectivo para promover que el ejercicio de la jurisdicción tenga como objetivo la protección de los derechos fundamentales.

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES SON SUJETOS DE DERECHO

El niño es sujeto de derecho en el sentido de que como ser individual tiene la titularidad de ellos. Los derechos del niño no son derechos de colectividades o grupos sino derechos subjetivos imputados a él como persona humana. Esto es importante en la consideración de la historia de los derechos

15. Sobre este punto, véase Medina, C., "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos" en Medina, C. y Mera, J., op. cit.

humanos de los niños, ya que si bien los derechos de los niños han cobrado vida en la comunidad internacional junto con ciertos derechos de colectividades o grupos, los derechos del niño son derechos de primera y segunda generación. Queda, entonces, de manifiesto que el retraso histórico se ha debido a una discriminación arbitraria que ha impedido que los derechos del niño nacieran junto con los de todas las personas,¹⁶ aunque, si hemos de ser rigurosos, se trata más bien de una exclusión que no tiene su fuente en las declaraciones constitucionales o convencionales de derechos -ya que estos instrumentos no negaron el carácter de persona humana a los niños- sino en un defecto en su aplicación del que no es inocente el derecho tutelar de menores.

Si los niños son los titulares de sus derechos, la ley debe reconocerles mecanismos efectivos para ejercerlos: otorgarles libertad y protegerlos de todo obstáculo que perturbe el ejercicio legítimo de sus derechos. Sin embargo, la Convención va más allá de esto, y considerando justamente que los niños son sujetos en desarrollo se hace cargo de dos problemas: la inmadurez psicológica y la necesidad de que los niños, niñas y adolescentes sean apoyados en el ejercicio de sus derechos. Esto es, la Convención se hace cargo de la particularidad de la infancia y la adolescencia, les asigna el carácter de un sujeto jurídico especial, reconoce una “autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de acuerdo a la evolución de las facultades del niño” (artículo 5), y establece un principio de garantía y prioridad de los derechos del niño con el principio de interés superior (art 3.1) y un deber especial de protección (artículo 3.2).¹⁷

La aplicación de esta categoría al ámbito de las reformas legislativas exige revisar el grado de autonomía que se le reconoce al niño al menos en las siguientes materias:

- superación del paradigma de la incapacidad;
- posibilidad de reclamar por sí mismo ante la Jurisdicción y la Administración por la amenaza o vulneración de sus derechos;
- posibilidad de oponerse a intervenciones judiciales o administrativas que tendrían como fundamento su bienestar;
- garantía del derecho a ser oído en juicio y a designar abogado;

16. Véase Lafer, C., op. cit., pp. 152 y 153, sobre derechos individuales y colectivos o de grupo.

17. Véase Cillero Bruñol, M., 1998.

- garantía del derecho a recurrir ante autoridades superiores;
- libertad de expresión;
- libertad de conciencia;
- libertad de asociación y reunión.

Probablemente sea éste uno de los mayores déficits de los movimientos de reforma legislativa en América Latina en cuanto a la necesidad de contener mecanismos eficaces de protección de estos derechos-libertades. Y aunque resulta curioso que esto se produzca en un continente donde la Convención ha sido reconocida como un cambio de paradigma y cuyos mayores logros han consistido en promover la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y como ciudadanos, sin embargo, esto es explicable porque se trata de una zona del mundo donde el déficit de ciudadanía afecta a gran parte de la población, pese a lo cual creo que con la excepción de algunos países poco se ha hecho por superar el paradigma de la incapacidad. Tal vez el acto de mayor audacia sea el reconocimiento explícito que de la ciudadanía de la infancia ha introducido una reforma reciente en la Constitución del Ecuador.

Pero los problemas no tienen relación sólo con la ciudadanía política, entendida como capacidad de participar de la articulación de las decisiones públicas que la afectan, que excede los derechos políticos de elegir y ser elegidos. El paradigma de la incapacidad tiene su más fuerte expresión en las normas civiles que al negarles la “capacidad de obrar”, privan a su vez a los niños de la posibilidad de ejercer con cierta autonomía sus derechos, estableciendo las potestades de los padres como derechos absolutos.

La historia muestra, por ejemplo, que antes de la entrada en vigencia de los sistemas tutelares de menores, el Estado se restringía a ejecutar las órdenes de prisión de los niños decretadas por sus padres en los casos de malos comportamientos.

En la actualidad, en cambio, se observa una tendencia cada vez mayor hacia la consideración de la minoría de edad no como un supuesto de incapacidad de actuar, sino como una limitación de la capacidad, que se fundamenta en razones de protección de sus derechos de acuerdo con la Convención y no solamente de su persona y bienes, como se establecía anteriormente. Para poner un ejemplo, en España el desarrollo del derecho civil, incluso desde antes de la Convención, hace que cada vez sean menos los actos en los que el padre sustituya la voluntad

del hijo o incluso la complemente, y que sea cada vez mayor el número de actos en que los niños, especialmente los mayores de 12 o 14 años, actúan directamente. ¹⁸

Esta situación es aún más clara respecto de muchos de los derechos contemplados en la Convención, como los de expresión y asociación, por ejemplo, o incluso los de educación y salud, que exigen un reconocimiento expreso de la capacidad de los niños y adolescentes para ejercerlos directamente y de las facultades de los padres para orientarlos, dirigirlos, complementarlos o, en casos excepcionales y atendiendo a la evolución de sus facultades, sustituirlos en su ejercicio.

En relación con el reconocimiento de la autonomía del niño, niña y adolescente, las nuevas leyes dictadas en América Latina establecen el derecho del niño a ser oído, incluso en el caso en que sean los propios padres los que soliciten la protección y se trate de programas ambulatorios o de internado.

Como un ejemplo positivo de la recepción de estas categorías tenemos el Proyecto de Código del Uruguay (actualmente en discusión parlamentaria), que ha establecido requisitos muy rigurosos para la aplicación -en contra de la voluntad del niño o adolescente- de sistemas de protección que impliquen la internación del niño y el derecho de los niños y adolescentes a acceder directamente a programas de protección integral de sus derechos.

En el ámbito del respeto a los deberes de protección habría que considerar:

- protección de la vida y la salud;
- protección de su identidad;
- protección del derecho a la convivencia familiar y a no ser separado de ella sino por resolución judicial y en razón de su interés superior (casos de grave amenaza o daño a sus derechos);
- protección de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia o ataques a su honra o reputación;
- protección de los malos tratos, físicos, psicológicos o atentados sexuales;
- protección de sistemas de disciplina escolar incompatibles con la dignidad humana;
- protección contra la explotación económica y de todo trabajo nocivo para el desarrollo o que entorpezca la educación;

18. Sobre esto, véase Gete-Alonso, M. del C., *La nueva normativa en capacidad de obrar de las personas*, Madrid, Ed. Civitas, 1985, pp. 17 y ss.

- protección del uso de estupefacientes y psicotrópicos;
- protección de la explotación sexual;
- protección de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Aunque la mayoría de estas materias son tratadas, de un modo u otro, en las distintas reformas legislativas realizadas en América Latina,¹⁹ sin embargo, los mecanismos de protección no siempre han sido eficaces. En general, es posible encontrar normas específicas sobre maltrato en casi todos los cuerpos legales dictados. Se observa también un avance importante en el reconocimiento del derecho a ser protegido de la explotación económica, y nuevas garantías para proteger a los niños de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes en el ámbito penal.

Escaso desarrollo, en cambio, se observa en las áreas de protección de la vida privada y familiar, así como del fortalecimiento de los derechos del niño ante el sistema escolar.

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Como ya se dijo, la Convención es un tratado contra una especie de discriminación, aquella que no considera a los niños dentro de la categoría de las personas humanas. Por ello, el primer criterio ha de ser que a los niños, niñas y adolescentes se les deben reconocer todos los derechos que les corresponden a los adultos, a no ser que exista un derecho fundamental específico de los niños que resulte más favorable. En este sentido, habría que poner particular atención sobre los siguientes tipos de discriminación:

- discriminación por la condición jurídica o socioeconómica de los padres así como por sus actividades, creencias y valores;
- discriminación por sexo, especialmente en el sistema educativo y en la distribución de las funciones domésticas en el interior de la familia;
- discriminación en el acceso y permanencia en el sistema educativo;
- discriminación por razones de pertenencia a una etnia determinada;

19. Véase la excelente compilación de E. García Méndez y M. Beloff citada, donde en cuadros sintéticos elaborados por los compiladores muestran muchos de estos temas. Las referencias a los textos legislativos están hechas a partir de esta compilación.

- discriminación por razón de discapacidad.

Una de las mayores discriminaciones que hay que superar en América Latina es un legado de la cultura “minorista” que tendió a dividir a las familias en hábiles e inhábiles, utilizando para dividirlos criterios sociales. Por ello, un dispositivo común a todas las nuevas legislaciones de infancia ha sido el recogido en el artículo 23 del Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil, según el cual: “La falta o carencia de recursos materiales no constituye motivo suficiente para la pérdida o suspensión de la patria potestad”. Esta disposición, recogida por diversas legislaciones de América Latina, ha sido considerada como una de las ideas matrices para la elaboración de las nuevas leyes de la infancia.

Otro avance importante ha sido la reafirmación del principio de unidad de filiación; en este sentido, en Chile, la Convención fue un argumento importante utilizado para abolir el estatuto filiativo que discriminaba entre hijos legítimos e ilegítimos.

Sin embargo, hay ámbitos completos -como los de la discriminación escolar o étnica- donde la Convención no ha logrado influir en la legislación, más allá de que no existen mecanismos jurídicos adecuados para luchar contra estas discriminaciones, o, peor aún, existen normas que amparan la discriminación, especialmente en el ámbito del derecho a la educación.

RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA CONVIVENCIA FAMILIAR Y DE RELACIONES FAMILIARES QUE CONSIDERAN AL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO

Las relaciones de familia son una de las materias principales que aborda la Convención y uno de los puntos de intersección más claros con la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Los siguientes deberían ser principios matrices de la legislación:

- el niño tiene derecho a la convivencia familiar;
- las relaciones de familia se estructuran sobre derechos y responsabilidades recíprocos;
- la función de educación de los hijos tiene por finalidad su desarrollo y el ejercicio efectivo de sus derechos;
- el Estado debe apoyar a la familia –incluso materialmente- y tiene como límite de sus intervenciones los derechos de los padres y de los niños. Sin embargo, debe intervenir en resguardo de los derechos de los niños,

niñas y adolescentes como último recurso;

- se debe reconocer el principio de que ambos padres tienen iguales responsabilidades y derechos en la crianza y educación de los hijos.

Si bien algunos cuerpos legales relativos a los derechos de los niños han abordado estas materias, existe aún una gran tarea pendiente en relación con el derecho civil y de familia. En este sentido, es posible observar que en países europeos, como es el caso de España, este tema ha sido abordado directamente desde el derecho civil, lo que tuvo como consecuencia el establecimiento de nuevas definiciones de “las funciones parentales” y el desarrollo de nuevas instituciones civiles para los casos de desamparo.

En este sentido, también ha sido importante la incorporación en América Latina de nuevas garantías para los procesos de adopción que impiden el tráfico de niños al exterior (como es el ejemplo del Paraguay) y otorgan una mayor protección a los derechos del adoptado (el Brasil y Chile, por ejemplo)

REGULACIÓN DE LAS FACULTADES PUNITIVAS DEL ESTADO EN RELACIÓN CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Uno de los aportes más sustanciales de la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina ha sido promover la creación de un nuevo sistema de juzgamiento y atribución de consecuencias a los adolescentes infractores de la ley penal, con la pretensión de convertir a este sistema en un límite efectivo a la extensión del poder punitivo hacia ámbitos no penales, lo que ha permitido que los adolescentes tengan mecanismos jurídicos para oponerse a la pretensión punitivo/socio-educativa del Estado.

Las siguientes son las características principales que estos sistemas deberían considerar según la Convención y demás instrumentos que establecen los derechos de las personas ante el sistema penal.

- Garantizar que ninguna persona menor de 18 años sea juzgada y sancionada como adulto.
- Establecer una franja de responsabilidad especial cuyo límite superior sean los 18 años y fijar un límite inferior desde el cual se considerará que los niños no tienen capacidad de infringir las leyes penales.
- Asegurar a todos los adolescentes un debido proceso a través de un sistema de justicia especializada, garantizando el derecho a la defensa.

Amplia aplicación del principio de oportunidad de la persecución, así como salidas alternativas durante el procedimiento.

- Considerar la privación de libertad como un recurso excepcional y de corta duración y establecer un conjunto de medidas alternativas.

En muchos países de América Latina se han instalado sistemas de responsabilidad de los adolescentes ante el sistema penal, la mayoría de los cuales se estructura sobre la base de criterios garantísticos y preventivo-especiales, considerando las garantías sustanciales y procesales y las sanciones como medidas socio-educativas. Como es obvio, el desarrollo de estos sistemas no ha producido iguales resultados en distintos lugares y su mejor o peor desempeño depende en gran parte del contexto jurídico-institucional.

Así, por ejemplo, en el caso de Chile, la inexistencia de un desarrollo institucional suficiente para implementar un sistema de enjuiciamiento acusatorio ha llevado al retraso de la tramitación de una ley de responsabilidad penal de los adolescentes,²⁰ mientras que países como Ecuador, que reformaron su legislación a mediados de la década 1990, hoy se encuentran preparando una segunda reforma que incluya el sistema acusatorio.

En general, estas leyes respetan el principio de una justicia especializada para las personas menores de 18 años, garantía que, en cambio, no es satisfecha estrictamente en Chile y la Argentina, países que aún mantienen el sistema tutelar y permiten, si se cumplen determinadas circunstancias, la sanción de los adolescentes mayores de dieciséis años como adultos.

El Brasil y Costa Rica pueden ser considerados como dos sistemas interesantes para estudiar en esta área, el primero debido a que luego de diez años de aplicación del Estatuto se hace posible evaluar sus resultados, lo que permite comprobar, entre otras cosas, que un mismo sistema jurídico tiene funcionamientos diferentes según el Estado de que se trate. En aquellos estados del Brasil en que la cultura garantista es más fuerte, como Santa Catarina, los resultados son diferentes de aquellos que se obtienen en otros que todavía permanecen imbuidos de un espíritu paternalista o represivo. Se trata de un indicador claro de la necesidad de

20. El Ministerio de Justicia de Chile tiene preparado un Anteproyecto desde 1998.

reforzar los mecanismos legales que consagran las garantías, en especial, los límites a la privación de libertad.²¹

En el caso de Costa Rica estamos en presencia de un sistema de garantías muy bien construido y aplicado con los medios idóneos. A cinco años de su aplicación, los resultados muestran que el fenómeno de la delincuencia de los adolescentes ha podido ser controlado por el nuevo sistema sin necesidad de incurrir en sanciones drásticas y, en general, disminuyendo los niveles de aplicación de la privación de libertad.

ACCESO A DERECHOS SOCIALES EN CONDICIONES DE IGUALDAD

La Convención es un instrumento dirigido a asegurar la vida, sobrevivencia y desarrollo de todos los niños. En este sentido, establece un conjunto de derechos que deben ser satisfechos en condiciones de igualdad para todos los niños, niñas y adolescentes. A continuación, se ofrece una lista de los más importantes:

- derecho al desarrollo y a un nivel de vida adecuado;
- derecho de las familias a recibir apoyo del Estado en sus responsabilidades de crianza y educación;
- derecho al nivel de salud más alto posible, al tratamiento de enfermedades y a la recuperación física y psicológica de los que han sido dañados en su salud.
- derecho a la seguridad social;
- acceso igualitario al sistema educativo. Enseñanza primaria obligatoria y gratuita.

Estos derechos que establece la Convención son complementarios de otros instrumentos de derechos humanos y, en general, se remiten a lo que ha dado en denominarse como derechos sociales. Cuando se trata de analizar su vigencia lo medular es revisar si en la legislación se establecen mecanismos genuinos que permitan a los niños, a sus padres, a agrupaciones de la sociedad civil o a organismos públicos de defensa de los derechos humanos hacer exigibles estos derechos. Aquí cobran mayor vigencia que nunca

21. Sobre la situación del Brasil y Costa Rica, véase García Méndez, E., “Adolescentes y responsabilidad penal: los aportes de Costa Rica y Brasil”, en: *De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José, Unicef, 2000, y el resumen o evaluación final contenido en ese libro.

las palabras de Bobbio citadas al comienzo de este artículo: el desafío presente no es fundamentar los derechos sino protegerlos integralmente.

Uno de los elementos que resulta fundamental considerar es el vínculo existente entre derechos humanos y desarrollo humano, tema central analizado por el Informe de Desarrollo Humano 2000 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.²² Las nuevas leyes sobre los derechos de la infancia han logrado establecer algunos mecanismos novedosos para garantizar la exigibilidad de los derechos sociales de los niños. En este sentido, destaca el entramado institucional participativo creado en el Brasil con diversos Consejos, el reconocimiento de las organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos de los niños y las acciones civiles de intereses difusos y colectivos.

Es evidente que en sociedades con un desarrollo relativo precario como las latinoamericanas, marcadas por profundas desigualdades, la creación de mecanismos de garantía en condiciones de igualdad del goce de los derechos sociales implica la construcción de herramientas que fortalezcan la participación ciudadana, reconociendo la autonomía progresiva y la libertad de los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos.

De este modo, la ciudadanía social puede ser medida no por los niveles de bienestar que cada uno ostenta siguiendo un parámetro definido según algún cálculo de bienestar colectivo, sino por los recursos de que cada niño, niña y adolescente dispone y controla ²³ para satisfacer sus derechos humanos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales. Estos derechos han sido incorporados al ordenamiento jurídico como un acto de libre autodeterminación de los pueblos y de expresión de la voluntad de darle fuerza jurídica a los proclamados deseos de bienestar de la infancia.

CONCLUSIÓN

Ciertamente la realización de los derechos del niño es una tarea que llevará un largo tiempo, y que requerirá del establecimiento de nuevos mecanismos de exigibilidad y protección jurisdiccional y administrativa. Asimismo,

22. Sobre esto, véase especialmente la introducción y el capítulo I de Amartya Sen, Informe desarrollo humano 2000, UNDP-UN, Nueva York, 2000.

23. Esta formulación sigue a R. Dworkin, “¿Entran en conflicto la libertad y la igualdad?”, en: Barker, P. (comp.), Vivir como iguales, Barcelona, Paidós, 2000, p. 64.

será necesario avanzar hacia políticas públicas que aseguren el acceso universal e igualitario de los niños a la satisfacción de sus derechos sociales; también será necesario modificar profundamente la cultura de las relaciones familiares y, en general, la visión que la sociedad tiene acerca del rol y función de las niñas, niños y adolescentes en la convivencia social.

Estas metas que parecen tan ambiciosas y casi utópicas suponen, sin embargo, el desafío al que -algo desaprensivamente- nos hemos comprometido al promulgar, promover y adherir -muchas veces con entusiasmo- los derechos de los niños. Tal vez es necesario recordar ahora que si bien numéricamente los niños, niñas y adolescentes de América Latina no constituyen una inmensa mayoría, sí lo son en términos de su poder político, económico y social y que por ello necesitan más que otros sujetos el reconocimiento y la protección de sus derechos. Porque, como señaló Ronald Dworkin al final del famoso artículo en el que nos convoca a tomarnos los derechos en serio: “La Institución de los Derechos es crucial porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas”.²⁴

24. Dworkin, R., Los derechos en serio, Barcelona, Ariel, 1989, p. 303.



INFANCIA Y PODER
PUNITIVO

Eugenio Raul Zaffaroni

VOY A COMENZAR POR LA CONVENCIÓN SOBRE LOS CERECHOS del Niño. Supongo que se espera que naturalmente, por deformación profesional, centre la atención principalmente sobre la significación de esta Convención respecto del aspecto punitivo, es decir, del sistema penal. Y respecto de esto quiero decir que existe una paradoja: la Convención es muy importante, aunque desde el punto de vista de los principios penales, su contenido no es nada novedoso.

Trataremos de explicar un poco esta aparente contradicción. Todos sabemos que en general el de la criminalización es un proceso altamente selectivo, es decir que el sistema penal selecciona por criminalización secundaria a una serie de personas según criterios de vulnerabilidad social. Esta vulnerabilidad social se determina conforme con diversos factores y se agudiza cuando se trata de la criminalización de niños. Sin ir mas lejos, hay una cuestión de distribución del espacio urbano: un niño puede hacer exactamente lo mismo que otro. Pero si lo hace desde cierto estrato social, lo hace en un ámbito que no puede ser penetrado, que es de más difícil penetración por parte del sistema penal. Si pertenece a otro estrato social, lo hace en la plaza o en un ámbito abierto, donde la penetración del sistema penal es mucho más fácil. Sólo estoy hablando de la distribución del espacio urbano, que es uno de los tantos criterios.

Este proceso de selección del sistema penal se opera conforme con estereotipos, y el estereotipo es un producto interactivo, lo que significa que al mismo tiempo que no es algo meramente externo, sino que va determinando demandas de rol, éstas deben ser respondidas de acuerdo con lo que se supone que son las respuestas según el estereotipo. De lo contrario, se pro-

ducen reacciones de tipo agresivo, disrupciones, y el estereotipo se introyecta. El comportamiento se va adecuando al estereotipo, proceso que en el niño comienza fundamentalmente en la escuela, y es por eso que ésta tiene un rol importante en la fijación de estereotipos en la medida en que normalmente la selectividad y la marginación comienzan allí.

Por eso la deserción escolar no es sólo una cuestión de carencias, sino que frecuentemente es una cuestión de expulsión, es decir, de expulsión de lo que se consideran las instituciones de socialización “normales”, por así llamarlas, es decir, lo que va lanzando a una persona a que comience a ser preferentemente materia de las instituciones de control social y de control social punitivo.

A lo largo del tiempo se ha tratado de justificar esta selectividad de muy diversas maneras, entre las cuales la más claramente discriminatoria, por supuesto, es la que ha tratado de darle una justificación de tipo biológica: los inferiores, los degenerados, se reproducen más rápido y en mayor medida que los sanos, por ende, habría una mayor reproducción, en la cual la degeneración se va acentuando y se manifiesta cada vez más tempranamente, a medida que con las generaciones se va deteriorando cada vez más el material biológico.

Esta construcción spenceriana y más o menos lombrosiana de fines del siglo XIX y comienzos del XX se suaviza de alguna manera cuando se sociologiza, se racionaliza, la explicación de esta selectividad, pasándola al ámbito de la sociología con otra cobertura, con otras explicaciones: comienza entonces a decirse que esto es resultado de la asociación diferencial, según el mayor o menor contacto que el niño haya tenido con discursos o actitudes legitimantes de comportamientos ilícitos. En definitiva, como estas actitudes estaban referidas a barrios, entonces el niño era más delincuente porque pertenecía a un barrio y el barrio era así porque estaba formado por gente que compartía las pautas del niño, en un razonamiento bastante circular.

En otra tentativa un poco más reciente, las teorías subculturalistas de alguna manera afirman que los niños de los segmentos más carenciados de la sociedad invierten los valores de clase media que les serían transmitidos: cuando retornan a una realidad donde no se pueden comportar en conformidad con aquéllos, los desprecian y los invierten. Con esto, se le niega a la clase subalterna de la sociedad toda capacidad creativa.

De cualquier manera, todas las explicaciones etiológicas de la selectivi-

dad de la criminalización infantojuvenil señalan siempre una inferioridad en el criminalizado o bien una inferioridad en los comportamientos de los niños criminalizados de los sectores más subalternos de la sociedad respecto de los comportamientos de los niños de clase media.

Ya sea a partir del argumento biologista brutal primero, ya sea a partir del argumento más sociologizado y más adornado posteriormente, hay un inferior, y si hay una inferioridad el inferior debe ser tutelado: piadosamente debemos tutelar al inferior, y esto de cuidar al niño, de tutelar al niño empieza hace 150 años. Este movimiento de “misericordia” hacia el niño comienza a manifestarse sobre todo con el maltrato de niños en las minas inglesas de la revolución industrial, cuando las sociedades protectoras de animales llaman la atención sobre el maltrato de niños y comienzan a hablar sobre la necesidad de tutelar del niño -no me han oído mal, fue la sociedad protectora de animales-.

Todo esto avanza y finalmente llegamos a Chicago, a fines del siglo pasado, donde se crea el primer tribunal tutelar de niños bajo la idea de una tutela humanitaria. El niño como un ente débil, inferior, vulnerable, necesitado de tutela, debe ser sacado de la consideración de lo punitivo para darle tutela: el discurso descriminalizante es un discurso aparentemente de gran humanitarismo.

Como ustedes saben, el poder punitivo es terriblemente perverso. Se trata, en definitiva, de una verticalización más verticalizante aún del poder social, más corporativizante de la sociedad, que se disfraza de muchísimas maneras y alcanza grados de perversión que, realmente, no tienen límites en su afán encubridor. Realmente, qué más humanitario hay que decir que el niño no debe quedar en el derecho penal: “hay que sacar al niño del derecho penal”, y tácticamente nadie discutiría semejante grado de humanitarismo, pero detrás de ese alto grado de humanitarismo se oculta una cara terriblemente inmisericorde del poder punitivo, detrás de ese discurso falsamente humanitarista se oculta la inquisición.

Lo que quiero decir es que, por cruel que pueda ser, el derecho penal tiene penas que tienen límites, que tienen una serie de requisitos que deben imponerse cumpliendo una serie de formas, por eso es que tiene que haber un proceso penal, acusatorio, es decir que tiene que haber un acusador, un defensor y un juez, y las tres funciones tienen que estar claramente separadas.

Desde el momento en que empezamos a hablar de tutela -sea tutela del

niño, sea tutela de la mujer, sea tutela del esclavo, sea tutela de las almas, de las brujas que hay que quemar para que no se haga más daño, sea de quien sea-, toda tutela elimina el acusatorio, en toda tutela el Estado está haciendo el bien y no necesita esta distribución de tareas. ¿Por qué tienen que limitarme si yo hago el bien? Cuanto más bien hago, mejor, y, además, yo sé lo que es bueno. Entonces las tres figuras -acusador, defensor y juez- se unen en la única figura del tribunal, y eso es la inquisición, es el sistema inquisitorio. Pues sí, realmente los tribunales federales llamados de menores fueron y son, en gran parte de nuestro territorio, tribunales inquisitoriales.

Esta situación se prolonga hasta la década de 1960, cuando en los Estados Unidos el caso Gault (el juez tutelar le había impuesto a un niño internación hasta la mayoría de edad, creo que tenía que permanecer internado cinco o seis años por haber llamado a una vecina para decirle una serie de cosas, lo mismo que en el caso de un adulto hubiera significado 20 dólares de multa) se lleva hasta la Corte Suprema del estado de Nueva York; después hay casos análogos que llegan a la Corte Federal hasta que en determinado momento se considera que no se puede aplicar esta ley sin un derecho de defensa, sin garantizar el derecho de defensa.

A partir de ahí, comienza todo un proceso de rejuridización del derecho penal de menores. ¿Y qué significa rejuridización?: darle al niño las garantías del proceso penal, del derecho penal. Por eso dije al comienzo que si bien lo que sostiene la Convención es muy importante no es ninguna novedad, porque gracias a la Convención los niños llegaron al siglo XVIII, llegaron al iluminismo: para ellos el iluminismo aún no había llegado y llega con la Convención. Entonces, si bien es muy importante que llegue -fue muy importante que nos llegara a nosotros, los adultos-, es un aporte, importante pero no novedoso: descubrimos el siglo XVIII también para los niños.

Y esto es evidente: la institucionalización de niños y adolescentes realmente es algo que tiene consecuencias; aunque se la disfrazaba de medida educativa se trata de algo que tiene consecuencias mucho más graves que las que tiene la institucionalización de un adulto, la institucionalización total -sea en manicomio, en cárcel, en internado, en lo que sea-. Desde la década de 1960 todos sabemos esto, toda la crítica institucional: es inevitable que la institucionalización tenga un efecto deteriorante, y la cárcel, en particular, tiene un efecto deteriorante regresivo, es decir, nos deteriora retornándonos a etapas superadas de la vida.

Cuando se nos prisioniza se nos somete a un sistema en el que se regula lo que en la vida libre el adulto hace cuando quiere o más o menos cuando puede. Pero en la cárcel se nos mete en un régimen que es fundamentalmente adolescente y que nos exime de todas las responsabilidades de la vida adulta, entre otras la de mantener a la familia. Naturalmente, cuando una institución con características análogas recoge niños o adolescentes el proceso deteriorante no sólo es más violento, debido a la etapa evolutiva por la que atraviesa, sino que eso lo deteriora más porque deja una marca en la etapa evolutiva, y además esa etapa le proporciona a la institución características que en sí mismas son más violentas. Entonces, por características normales de la etapa, el niño o el adolescente tienen más tendencia al acting out que el adulto. En lo personal, no tengo miedo y por eso me he metido muchas veces en motines carcelarios, pero no me meto en un motín de niños y adolescentes: les tengo más miedo porque hay más dificultad para encontrar interlocutor, para poder establecer bases, para lograr que se depongan las actitudes, es por momentos más peligroso.

La ley argentina respecto de niños y adolescentes se mantiene en una etapa estalinista: el tribunal puede internar a un/a niño/a adolescente porque tiene errores de conducta, aunque no haya cometido ningún delito, incluso si ha sido víctima del delito. Me permito preguntar a los jueces quién no tiene errores de conducta, depende del momento del día en que se lo pesque. Obviamente, esto significa decirle al tribunal “haga lo que quiera”. No nos engañemos, una institucionalización es una pena con consecuencias más graves que las que tiene la prisionización del adulto. De modo que tenemos una ley que permite imponer penas con consecuencias más graves que las del adulto cuando se le da la gana al tribunal.

Ésa es, en síntesis, la situación actual. Estoy proponiendo que devolvamos a los niños al derecho penal, por lo menos en cuanto a las garantías. Por el hecho de ser niño, el niño no puede tener menos garantías que las que corresponden a un adulto que hubiese realizado la misma conducta, éste es el problema, y no la cuestión de la imputabilidad o la inimputabilidad del menor.

El imputable y el inimputable adulto tienen que tener las mismas garantías, yo puedo ser absolutamente loco, puedo crearme Napoleón o Lord Nelson y puedo aparecer implicado en un robo, homicidio o lo que sea, pero para declararme autor del robo o del homicidio, que abre una posibilidad de imponerme una medida de seguridad, de internación, tengo que estar en jui-

cio y en el juicio tienen que probarme que soy el autor del robo o que fui el autor del homicidio, de lo contrario seré un loco pacífico que someterán a la legislación psiquiátrica, pero no me pueden aplicar la medida de internación. Sea cual sea el problema respecto de la imputabilidad o de la inimputabilidad del niño o del adolescente, el proceso penal siempre tiene que respetar las garantías del acusatorio, por lo menos en la misma extensión en que se le conceden al adulto.

El problema de la imputabilidad del llamado menor es un problema hasta cierto punto falso y en torno de él se manejan una serie de discusiones: unos dicen que el niño no puede conocer y otros dicen que sí conoce. No cabe duda de que hay muchas cosas que se conocen como malas desde mucho antes, incluso desde los primeros pasos. Cuando nos van socializando, vamos aprendiendo que no debemos hacer algunas cosas, mas aún, diría que incluso en la vida subhumana se sabe que algunas cosas son malas (el perro, el gato, saben dónde tienen que orinar, etc.). O sea que no es una cuestión de conocimiento. Lo que ocurre es una cuestión de desarrollo afectivo, es una cuestión de capacidad de introyección de las normas y de desarrollo afectivo, es una cuestión emocional.

Dicho en otros términos, el problema se plantea de esta manera: todos nosotros hemos sido adolescentes y nos pareció normal tirarnos tizas, lo hacíamos. Ahora, si la doctora y yo vamos a una reunión de departamento de la Facultad y comenzamos a tirarnos tizas, no nos van a aplicar amonestaciones, ni una sanción, van a llamar a la familia y le van decir: “pobres, es la edad...”. Evidentemente no se trata de que en aquel momento no hayamos sabido que estaba mal, lo sabíamos. Lo que quiero significar con esto es que lo que hay de por medio no es una cuestión de saber, sino una cuestión de madurez emocional, una cuestión de desarrollo de la esfera afectiva y no de la esfera intelectual, que existe desde antes.

Tampoco hay un problema invariable de inimputabilidad. La imputabilidad o la inimputabilidad es un concepto penal, es una capacidad de culpabilidad que no se adquiere en 24 horas, no es que en el cumpleaños o en la víspera del cumpleaños, a medianoche, uno era inimputable y después al rato se hizo imputable. Es decir, ser imputable o inimputable no tiene mucha importancia, lo que tiene importancia es que hasta determinada edad se está sometido a un régimen penal más benigno que el adulto. Y digo régimen penal, no uso la palabra medida, porque las medidas son penas, nos guste o no. (No cambiemos el nombre de las cosas porque cuando lo hace-

mos nos equivocamos.) Esas “medidas”, esas penas, tienen que ser menos graves que las de los adultos. Tiene que haber un régimen penal privilegiado para el niño o el adolescente.

Pero ese régimen penal privilegiado al que se somete al niño o al adolescente de ninguna manera puede hacerse efectivo si no es guardando exactamente las mismas garantías que respecto del adulto. Y no sólo en materia procesal -con defensor, con acusador y con juez- sino también en materia penal de fondo, es decir, mediante el principio de legalidad, de estricta legalidad conforme al cual a los adultos se les pueden imponer penas. En algunos casos ese régimen más benigno dispondrá directamente que no haya penas, serán causas personales de exclusión de penas en razón de la menor edad. Esto, en líneas generales, y con ello cierro la valoración que hice de la Convención: muy importante, pero sin grandes novedades.

Me referiré un momento a los problemas de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Con respecto a esto quiero decir que las convenciones no se cumplen haciendo tres o cuatro papelitos. A veces los papelitos son altamente peligrosos. Dije hace un momento que el poder punitivo es tremendamente perverso, e insisto en eso: es horriblemente perverso. Creo que las mujeres tienen mejor capacidad para comprenderlo que los hombres porque el poder punitivo se originó en contra de ellas y en buena medida continúa siendo así. No obstante, el poder punitivo hace trampas, el poder punitivo es tan tramposo que frecuentemente usa el colonialismo patriarcal, cuya última versión es el derecho penal simbólico. Y como estamos en una revolución comunicativa, como todo es un mensaje, como no importa mucho lo que hagamos sino cómo demos el mensaje, si el mensaje se recibe bien entonces somos todos tipos mandando mensajes, estamos en un gran teatro mandando mensajes.

Y las leyes penales también son mensajes, por lo cual es importante hacer leyes penales como mensajes que mandamos a la sociedad, mensajes en los que no importa si hay una víctima que se quedó en el mensaje, si hay unos cuantos tipos que están clavados ahí en el mensaje, bueno, mala suerte... Y además este mensaje a veces es terrorífico, fundamentalmente porque en muchas situaciones conflictivas se pasa por alto a la víctima de carne y hueso, a quien no se le resuelve el problema. Y una de las maneras de no resolver el problema de la víctima es penalizándola, porque el poder punitivo se caracteriza porque no le importa la víctima, porque nunca le importó la víctima ya que puede sustituirla, la víctima es un dato. Más aún, un

dato que si no quiere venir, como dato que es lo traen de las pestañas.

En la medida en que ponemos a la víctima dentro del conflicto, al conflicto podemos darle una solución, pero entonces deja ya de ser poder punitivo, pasa a ser otra cosa en perjuicio de que haya coerción. Pero cuando es poder punitivo la víctima queda afuera, se convierte en un dato al que le damos un diploma que cuelga en la cabecera de la cama. Se queda con todo su problema, se queda con todo su dolor, se queda con todos sus perjuicios.

En el peor de los casos, para mandar el mensaje se puede hacer una barbaridad, es decir, se pueden seguir mandando mensajes simbólicos, se pueden seguir haciendo leyes penales como telegramas y no importar en absoluto las muertes, y creo que lo más trágico en esto es el caso del aborto: no importa la muerte de las mujeres, ni importa el número de fetos que se mueren, total el aborto sigue aumentando, total, siguen mandando el mensaje. No se hace absolutamente nada por tratar de frenar el fenómeno, por tratar de reducirlo, por tratar de prevenirlo, por tratar de proteger la maternidad, absolutamente nada. Al contrario, se hace todo lo contrario: aunque el número de abortos sube, siguen mandando mensajes a través de la ley penal.

Uno de los casos más trágicos de derecho penal simbólico, de leyes penales telegramas, ha ocurrido en nuestro país en medio de una indiferencia lamentable: se trata de la derogación del tipo penal privilegiado de infanticidio. El tipo penal privilegiado del infanticidio del código penal de 1921 arrastraba cosas de antes, contenía la fórmula de dar muerte al niño durante el nacimiento bajo el efecto del estado puerperal o para evitar su deshonra, fórmula que evidentemente no tenía sentido pero que la jurisprudencia manejó elásticamente. Evidentemente había que cambiarla: el embarazo no es una deshonra, eso respondía a otras valoraciones pasadas. ¡Pero se derogó todo! Sacaron el mensaje, el legislador mandó el mensaje de que era intolerable decir eso, y entonces se derogó.

Claro que en Buenos Aires casi no hay infanticidios, son casos de provincia. Hay casos terroríficos, casos de partos en baños, chicos que hay que sacar de los pozos ciegos, casos de muchachas en una situación de vulnerabilidad social terrible, que antes tenían una pena muy atenuada, idéntica a la de homicidio en estado de emoción violenta, y hoy tienen prisión o reclusión perpetua porque se considera homicidio calificado por el vínculo. Incluso en el caso de que los tribunales tengan la tendencia a combinar el agravante con el atenuante y le agreguen emoción violenta, estamos ante una pena mínima de diez años, es decir que, con buena voluntad de los tri-

bunales, estamos ante una pena mínima de diez años, cuando antes podía alcanzar una pena que, incluso, tuviese condenación condicional.

Éste es uno de los efectos terribles que puede tener el famoso derecho penal simbólico que, además, es una terrible hipocresía. Es reconocer claramente que el poder punitivo sirve sólo para verticalizar, que el poder punitivo es selectivo, que el poder punitivo sirve para enroscarle la víbora a la gente y al mismo tiempo para decir que como la gente cree, como es una cuestión de fe, es bueno usarlo de ese modo: “Usted tiene razón, pero la gente cree en esto y como cree lo usamos. Entonces usamos esta cuestión de fe”. Cuidado, no se cumple con las convenciones mandando en papelitos mensajes que respondan a meras cuestiones de fe, y sobre todo sin importar cuáles son las consecuencias reales, las consecuencias sociales y las consecuencias letales de esos papelitos.

Las leyes penales no son mensajes, aunque podrán serlo, pero no olvidemos que las leyes penales sirven fundamentalmente para meter gente en la prisión, y no se puede mandar mensajes a costa de la vida o de la libertad de seres humanos y mucho menos a costa de efectos paradójicos de esta naturaleza.



DERECHO DE FAMILIA
Y APLICACIÓN DE LAS
CONVENCIÓNES INTERNACIONALES
SOBRE NIÑOS Y MUJERES

Nelly Minyersky

Dado el tiempo de que disponemos, abordaremos a vuelo de pájaro el tratamiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, también denominada Convención de Nueva York, y su incorporación a la legislación interna, así como algunos aspectos de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Mientras escuchaba a Alicia Ruiz me pregunté cuál era el sentido y la importancia del Derecho, cuán significativo y trascendente es él para una sociedad que pretende cuidar a los individuos que la integran. Para poder trabajar, los operadores del Derecho necesitamos instrumentos jurídicos válidos y eficaces; la tarea es sumamente difícil de cumplimentar, pues el Derecho es un sistema complejo, que se nutre de distintas fuentes y conforma un entramado que, entre otras, tiene la misión de asegurar a las personas un sistema de garantías que les permita preservar sus derechos frente a la agresión de terceros y/o del Estado.

Consideramos el Derecho como un hecho social, y en este marco creemos que sería un logro fundamental que los individuos se sintieran protagonistas, se apropiaran como actores de sus principales derechos, ya que incorporar a éstos como parte constitutiva de nuestras vidas es reconocernos como ciudadanos. Hemos sido educados en la concepción de que el Derecho Civil sólo tiene relación con el derecho de propiedad. Por el contrario, las normas civiles son aquellas con las que convivimos cotidianamente, aun sin advertirlo. Siempre estamos realizando actos civiles que, nos guste o no, están determinados por instrumentos jurídicos, instrumentos que refieren

especialmente, a partir del modelo utilizado por nuestro codificador, al derecho patrimonial. Si analizáramos el Código Civil, que tiene más de 4000 artículos, observaríamos que casi el 75% de sus normas están referidas a los derechos y obligaciones de las personas con relación a sus bienes.

Cuando en la Facultad estudiamos Derecho de Familia, considerado una rama del Derecho Civil, nos encontramos con un conjunto de relaciones fundamentales en la vida de los seres humanos (las filiales) que derivan de las relaciones intersexuales y que están impregnadas del mundo de los afectos y de la necesidad de trascendencia.

La relación patrimonio-persona, que comienza a invertirse a principios del siglo XX, tiene su centro de desarrollo fundamental en la denominada teoría de los derechos personalísimos; los estudios de Derecho Civil se centran en las relaciones de las personas consigo mismas y con los otros, tomando como marco de referencia los pactos y los tratados de derechos humanos, plenos de principios éticos, que contemplan al ser humano en su totalidad. Estos derechos personalísimos empiezan a tener un gran desarrollo y una riqueza especial dentro del campo del Derecho Civil. Las relaciones entre los individuos cambian y sus mutaciones se proyectan especialmente sobre el derecho de familia. En las últimas décadas aparece lo que se conoce como la universalización del derecho de familia, que debe relacionarse con la universalización de los derechos humanos y que se traduce en la democratización de la familia: el modelo de familia conocido, tradicional, se ha modificado. Desde la familia de tipo piramidal en la que el hombre, el pater, depositario de la autoridad delegada por el Estado, somete a los sujetos de su familia administrando y decidiendo sobre bienes y cuerpos, se evoluciona hacia un modelo más democrático donde se reconoce la dignidad y los derechos de cada uno de sus integrantes.

Ante estos cambios aparecen distintas reacciones, unas a favor, otras en contra. Los que se oponen aducen que reconocer derechos a la mujer, equiparar roles, reconocer al niño como sujeto de derecho, atenta contra la institución familiar, de manera tal que en muchos países, por cuestiones ideológicas, las convenciones de derechos humanos no se ratifican, o cuando se ratifican no se aceptan o carecen de eficacia.

¿Qué pasó en nuestro país? La Argentina ratifica la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer durante la vigencia de la democracia, con la Ley N° 231/79 de fecha 3/6/1985, y la Convención sobre los Derechos del Niño en el año 1989. Pero estos tratados

no eran aplicados en la práctica, aun cuando de acuerdo con la Constitución anterior eran ley interna, contradicción que sería interesante analizar también desde la perspectiva de la sociología jurídica. Hay estudios que señalan que la mayoría de los jueces desconocía la existencia de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, situación que no sólo era responsabilidad de los jueces, si se tiene en cuenta que tampoco los abogados, los operadores del derecho, solicitábamos la aplicación de estas normas.

En 1994, en ocasión de la convocatoria a la Convención Constituyente para reformar la Constitución, la ciudadanía y los partidos políticos, con el trabajo de muy buenos constituyentes -el Dr. Zaffaroni fue uno de ellos- lograron que se incorporaran a la Constitución -en el artículo 75, inc. 22- los once tratados y declaraciones de derechos humanos.

I. Durante el siglo XX, en especial en los años posteriores a la Segunda Guerra, se produjo lo que podríamos denominar la refundación del pacto social de la modernidad, que había inscripto como ciudadanos, sujetos de derecho, sólo a una parte del total de la población. Los sectores excluidos -mujeres y niños- fueron incorporándose en las sucesivas crisis que el bregar por sus derechos ocasionó en la estructura del poder vigente. De este modo, la idea y la práctica de los derechos humanos, que proponen la igualdad de los seres humanos en su diversidad, ha ido cobrando dimensión mundial. En lo referente a los niños, luego de la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959, estas ideas y prácticas hallan su culminación en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, y para las mujeres en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

La Convención sobre los Derechos del Niño constituye un plexo que nos remite, como bien ha dicho Baratta, al concepto de ciudadanía. Es el primer instrumento acabadamente específico referido a los niños, a los infantes, como poseedores de derechos propios, y amplía, en consecuencia, el espectro del ejercicio de esos derechos. Da cuenta de los derechos humanos fundamentales, señalando los derechos civiles y políticos, así como los sociales, económicos y culturales que tiene el niño por ser reconocido como ciudadano.

La principal virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño reside en que sigue los principios de la doctrina de la protección integral de los

derechos del niño. Hasta no hace mucho tiempo la concepción predominante era la llamada doctrina de la situación irregular, una de cuyas principales características era considerar a los niños como objetos y no como sujetos de derechos, lo cual tenía implicaciones tanto en el ámbito familiar como en el judicial, donde los niños se encontraban desprotegidos ante una eventual victimización. A partir de la Convención, esta situación tiende a revertirse pues en su articulado se definen sus derechos y se establece que en el caso de que algunos de esos derechos se encuentren amenazados o violados es deber de la familia, de la comunidad o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos. La formal aceptación de los derechos del niño no significó sin embargo su concreción efectiva, si bien en la actualidad prácticamente el conjunto de los estados ha suscripto esta Convención, destinada a deslegitimar conductas abusivas y, a la vez, a convertirse en una fuente jurídica primordial dirigida a promover las normas y mecanismos indispensables para asegurar y defender los derechos de la infancia.

Y aunque la Convención marcó un hito en la historia del derecho y de la humanidad, especialmente en la historia de la niñez, sólo tendrá valor si su aceptación, casi universal, se traduce en modificaciones de envergadura en la legislación interna de cada país signatario, y fundamentalmente en la adopción por parte de éstos de políticas públicas en el nivel jurisdiccional y administrativo que hagan de la norma una realidad concreta, de manera que se provoque una profunda modificación en el imaginario social y se asuma plenamente la idea de niño sujeto de derecho, titular de derechos humanos, y del mismo modo se lo considere ciudadano frente al poder público y titular de derechos personales que le son debidos en el ámbito privado.

Se ha dicho que la Convención resulta el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado, ello sin perjuicio de que la adecuación de las legislaciones internas de los Estados Parte deberá atender a aspectos culturales propios.

Entre los artículos que hacen a los principios estructurantes de la Convención se destaca el artículo 3, referido al interés superior del niño. Pero, ¿qué es el interés superior del niño? Muchos años antes de que existiera la Convención, un jurista francés, Charbonnier, expresó que el interés superior del niño era algo muy deletéreo que podría ser lo mejor y también

lo peor para el niño, y que tal vez no existía concepto más peligroso, ya que su contenido dependería de quién lo interpretara. Lógicamente, éste fue uno de los temas más conflictivos en el momento de dictar la Convención. ¿Cómo definir el interés superior del niño? Una doctrina ataca este principio por indeterminado -sería una especie de caballo de Troya, pasible, a través de los adultos, de contenidos nefastos-. Otros, basándose en teorías denominadas dinámicas, consideran que se debe partir de determinados valores comunes a toda la sociedad. Pero estos valores no siempre son comunes, pues existen distintas concepciones culturales. Tomemos como ejemplo a los niños japoneses, que en determinados sectores sociales son obligados a realizar ingentes estudios que los privan de parte de su infancia, pero que igual deben realizar para no quedar desocializados.

El interés superior del niño está delimitado por los derechos que surgen de la Convención, de manera tal que si en ocasión de una decisión o la asunción política estos derechos no se violan, se está cumpliendo con el interés superior del niño, o sea, con su protección integral.

El artículo 3 de la Convención dice “en todas las medidas concernientes a los niños”. Esto, que parece una perogrullada, fue objeto de infinidad de discusiones acerca de si se refería al ámbito privado o abarcaba también las políticas públicas, y el art. 3 tiene una mayor amplitud que el ámbito de lo privado: se refiere claramente a todos los ámbitos y decisiones públicas o privadas de bienestar social, y expresa que “los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos [deben tener] una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño”, e incluso deberá ser considerado en el momento de aprobarse los presupuestos nacionales y/o locales.

También podemos citar, sucintamente, el artículo 6, que se refiere al derecho a la vida; el artículo 7, referido al derecho al nombre y a la nacionalidad; el artículo 8, sobre el derecho al nombre y al domicilio; el artículo 12, en cuanto al derecho de expresar sus opiniones, a ser oído, así como el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la intimidad. Por otro lado, dentro de los derechos sociales, económicos y culturales, se establece el derecho a la salud, a la educación, al nivel de vida adecuado, el derecho a la seguridad social y a la información.

La Convención de Nueva York nos remite, como bien ha dicho Baratta, a un concepto de ciudadanía. Es el primer instrumento acabadamente específico referido a los niños, a los infantes como poseedores de derechos propios

y en consecuencia amplía el espectro del ejercicio de esos derechos. Habla de los derechos humanos fundamentales y señala los derechos civiles y políticos que el niño tiene cuando es reconocido como ciudadano, así como sus derechos sociales, económicos y culturales.

Recordemos que hasta no hace mucho la concepción predominante era la llamada “doctrina de la situación irregular”, una de cuyas principales características residía en considerar a los niños y adolescentes como objetos y no como sujetos de derechos.

DERECHO INTERNO. ADECUACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

En nuestro país la Convención es operativa. Recordando a Bidart Campos, decimos que cuando los tratados internacionales tienen jerarquía constitucional hay que adjudicarles y reconocerles fuerza normativa. Recordemos que conforme el artículo 27 de la Convención de Viena, madre de todos los tratados, no es posible alegar el derecho interno como causa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales. Reiterados fallos avalan lo expuesto. A título meramente ejemplificativo podemos citar el famoso caso “Oswald” (46.468 – CNCiv., sala G, marzo 1– 1995. – Wilner, Eduardo Mario c. Oswald de Wilner, María Gabriela s/exhorto. ED. T° 162-557/576); el caso “Lía” (46.779 –CNCiv., sala H, marzo 2 – 1995. – A., L. A. s/exhorto – ED T°. 165-163) en los cuales se atendió específicamente la sustracción de menores y su restitución.

Como ya hemos dicho, la Constitución vigente hasta 1994 también lo tenía en cuenta, por lo cual les concedía categoría de obligatoriedad de cumplimiento respecto de la legislación interna. Con la reforma de 1994 queda definitivamente incorporada a la Carta Magna como uno de los 11 tratados mencionados en el artículo 75, cuyo inciso 22 les da categoría constitucional, y crea obligaciones al Estado en tres fases y en tres aspectos: los jueces tienen que aplicar estas normas, que son plenamente operativas; los legisladores deben adecuar la legislación interna en cuanto se oponga a esta norma de jerarquía superior; y, en especial, los poderes públicos deben adoptar todas las políticas necesarias para que los derechos económicos y sociales enunciados precedentemente sean una realidad. Esta amplia esfera de aplicación hace de la dimensión de los derechos del niño un instrumento nuevo, que realmente nos brinda armas, en el mejor sentido de la palabra, para hacer realidad una vida digna para todos los niños. Esta obligatoriedad para el Estado argentino, en sus tres poderes, surge claramente

desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sostenido que los estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen obligaciones, no en relación con otros estados, sino con los individuos que están bajo su jurisdicción.

Sin embargo, debemos lamentar que tantos años después de la ratificación, e incluso de 1994, cuando se incorporó en el nivel constitucional la Convención aludida, estemos tan atrasados en cuanto a la modificación de la legislación interna. Uno de los casos más patéticos es la subsistencia, y la no derogación (si bien algunos consideramos que está derogada debido a la inconstitucionalidad de sus normas), de la ley 10.903 de Patronato que, por cierto, sigue siendo aplicada.

En todas las reformas legislativas se sigue hablando de “menores”, y aunque no consideramos que por el mero reemplazo de la palabra “menor” por “niño” o por “infante” se obtengan cambios sustanciales, sí pensamos que es un primer paso ineludible porque en nuestra opinión el tema del lenguaje es fundamental.

Lamentablemente, muchas veces nuestros juristas, y también nuestros legisladores, no tienen en cuenta el cambio sustancial que supone la Convención y cómo ella debe impregnar las reformas legislativas. Prueba de ello es la Ley de Adopción, sancionada hace aproximadamente tres años, que como consecuencia de desconocer los dictados de la Convención contiene numerosas normas que no se ajustan a la Constitución: no se respeta el derecho del niño a ser oído, ni se exige su consentimiento. No se respeta el derecho del niño a permanecer con su familia de origen, ni se respeta su derecho a la identidad.

También es imprescindible reestructurar el concepto de capacidad, particularmente en lo que se refiere a los derechos personalísimos. La capacidad y su dimensión debida hacen a la esencia de considerar al niño como sujeto de derecho. La modificación de la legislación de fondo todavía no se ha efectuado y el proyecto de reforma del Código Civil desconoce la Convención.

II. Analizaremos en especial dos temas que nos preocupan: el derecho del menor a ser oído y la capacidad respecto de determinados actos médicos, llamada capacidad médica.

En su artículo 12, la Convención señala que los Estados Partes garantizarán al niño que está en condiciones de formarse un juicio propio el dere-

cho de expresar libremente sus opiniones. "En condiciones de formarse un juicio propio" puede ser un condicionamiento y, en mi opinión, las limitaciones del artículo 12 son fruto de la nueva relación con el poder: abandonar el poder es muy complicado, y por ello no se comprende cómo un niño, cualquiera sea su edad, vaya a ser admitido para que se lo escuche o se lo tenga presente tan fácilmente. Esto limita o debilita el interés superior del niño. Por todo ello, el derecho del niño a ser oído es uno de los derechos que encuentra mayores obstáculos y cuyo abordaje reviste mayor complejidad. En este caso debemos analizar distintos artículos simultáneamente.

El artículo en cuestión nos dice que: "Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez. Con tal fin se dará oportunidad al niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

En su momento, con otras colegas estuvimos de acuerdo en que sería mejor que no se legislara el artículo 12, porque es operativo: siempre que nos gusta una norma queremos que sea aplicada, como ocurre en esta ocasión, pues basados en ella se han resuelto ya numerosos casos acerca del tema del "derecho del niño a ser oído". Valga como ejemplo el famoso fallo de la Corte en el "caso Oswald", cuando se escuchó a la niña a través de la asistente social, ya que también se crean figuras de representantes legales, como es el caso de distintos profesionales.

Hay muchos obstáculos relacionados con temas que no son motivo de esta reunión. Pero también creo que en cierto modo hemos internalizado el orden jurídico y hemos aprobado este artículo 12 sólo porque muy frecuentemente es invocado por los jueces. No obstante, son necesarios algunos otros ajustes para que realmente se escuche al niño, y no a través de un representante, sino directamente. Quiero destacar que con respecto al tema del artículo 12 de la Convención y el "derecho del niño a ser oído", existen nuevas normas, como por ejemplo el proyecto de Código Civil y la ley vigente de Adopción, que no lo toman debidamente en cuenta. En ellas no se deja constancia de la necesidad de considerar el consentimiento ni la opinión del niño. Lo dejan, prácticamente, bajo el arbitrio del juez, quien tiene la facultad de "tomar conocimiento del niño", terminología ésta cuyo significado

puede variar de acuerdo con el criterio de cada magistrado.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que, por otra parte, es objeto de distintas interpretaciones, complementa los resortes concretos que nuestro ordenamiento legal prevé para proteger a los incapaces de hecho. Es decir que aquello que con anterioridad estaba previsto como la mera posibilidad del menor a ser escuchado y que dependía de la potestad jurisdiccional, actualmente, en los casos en que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio y de expresar su opinión libremente, es un derecho y debe ser respetado, y, por ende, es obligatorio para los jueces y funcionarios. Se trata de un artículo paradigmático, que debe estudiarse juntamente con los artículos 13 y 16, referidos al derecho a la intimidad y el derecho a elegir una religión. Pero es el artículo 12 el que refleja una nueva forma de relación dentro de la familia y con las distintas instituciones, por ejemplo las educativas, las de salud, o sea que es aplicable a todo el ámbito vital de un niño. Es un artículo que produce inquietud y por eso rápidamente todos los teóricos del derecho y también los fallos dictaminan: “no es parte; no es testigo, no es un perito tampoco...”, indefinición que no permite trabajar mejor todo lo que concierne a la capacidad de un niño y un adolescente. Nos hace vulnerables a los ataques, que llegan rápido. Entonces quienes se oponen a relevar la figura del niño nos dicen que en realidad nosotros estamos creando una figura peligrosa, porque ataca el principio de contradicción, porque el juez escucha al niño sin presencia de la otra parte.

El juez escucha al niño solo, no se sabe lo que le dijo. Por eso el principio contradictorio, o sea, el principio de poder vigilar las pruebas que cada una de las partes produce en un expediente, que es un principio que hace a la esencia del principio de defensa del juicio, a la esencia de un proceso democrático, se encuentra prácticamente en conflicto. Es necesario trabajar este derecho, porque resulta contradictorio seguir hablando de un niño sujeto de derecho y cuando llega el momento de reconocerle un derecho restringirlo. En el nivel jurisprudencial, en forma directa o indirecta, los jueces comienzan a citar al niño, y los abogados solicitan que se cumpla con el artículo 12.

Ahora bien, ¿qué pasa con el tema de la capacidad?, cuestión íntimamente relacionada con el nuevo concepto de patria potestad que suponen los artículos 5 y 18 de la Convención, y que me interesa señalar debido al momento especial que estamos pasando en la Argentina. El artículo 921 del

Código Civil expresa: “Los actos serán reputados como hechos sin discernimiento si fueran actos lícitos practicados por menores impúberes o actos ilícitos por menores de diez años”. Por otro lado, la ley se refiere a menor impúber cuando habla de los 14 años (artículo 127 del Código Civil), o sea que a partir de los 14 años se tiene discernimiento.

Tampoco se debe confundir discernimiento con capacidad. Se establece que el discernimiento es la cualidad o facultad del sujeto por la cual distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente. En el Código Civil también se dice que los actos voluntarios son aquellos que se han hecho con intención, libertad y discernimiento. Esta estructura jurídica se utiliza dentro del marco referencial de los artículos de la Convención, y se debe concluir que es necesario reconocer a los adolescentes lo que se denomina actualmente competencia médica, por lo menos a partir de los 14 años, sobre todo cuando esta competencia médica se refiere al cuidado del propio cuerpo. El único paternalismo justificado sería aquel cuyo fin es el cuidado del otro, el que se asume como una responsabilidad para conducirlo a la plena competencia.

Si nos detenemos en el derecho a la salud (artículo 24) advertiremos que hay una esfera, la de los Derechos Personalísimos, en la que los derechos son indelegables, o sea que no puedo requerir un representante legal para un derecho personalísimo relacionado con mi cuerpo, con mi vida, con mi destino, del cual formo parte inescindiblemente.

¿Soy parte en cualquier tipo de acto?: empezamos a trabajar este tema a partir del VIH/sida, porque observamos que muchas veces los servicios de salud rechazaban a los jóvenes porque no habían ido con sus padres. Piensen ustedes que si nos atenemos, exclusivamente, a la mayoría de edad (que según el artículo 126 se alcanza a los 21 años), a los 20 años una persona tendría que ir al médico con su padre. El artículo 55 dice: “los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autoricen”, y como no existe una ley especial, a los 19 o a los 20 años, para ir al médico o para asumir otros derechos personalísimos los jóvenes deberían contar siempre con la autorización paterna.

Hay otros actos que, pese a que corresponderían al mismo marco legal, no son cuestionados, como puede ser el caso de un joven que va a la escuela a inscribirse, y otro tanto ocurre en la universidad, donde tampoco se pide el consentimiento de los progenitores: un joven de 17 años puede ir autónomamente a una facultad e inscribirse, e incluso elegir una

carrera, hecho decisivo en su vida.

Por otra parte, la ley se ha ocupado de otorgar capacidad para cierto tipo de actos, como es el caso del reconocimiento de hijos, la confección de testamento, donar sangre, donar órganos, conducir automóviles, todos actos importantes que implican una toma de decisiones trascendente y para ellos fija edades.

Con la apoyatura de la Convención comenzamos a trabajar mucho en los hospitales con el fin de lograr que atendieran a los adolescentes, considerando determinados actos (como solicitar la realización de estudios de VIH y la provisión de métodos anticonceptivos) como actos de beneficencia bio-ética y no de maleficencia.

Si un joven concurre a un servicio de salud sin sus padres es porque no tiene buena comunicación con ellos o, como ocurre en la mayoría de los casos, porque no tiene familia. También puede ocurrir que su familia no lo pueda sostener porque está atravesando una situación de desprotección como consecuencia de la precariedad económica, social, cultural.

Muchos hospitales asumieron la posición de atender a los jóvenes que tuvieron resultados positivos, en especial en lo relativo al VIH, y esto reconoce numerosos antecedentes en el nivel del Derecho Comparado: desde 1989 Inglaterra cuenta con el Acta de los Niños, que incluye todos los Derechos a la Salud. Tanto en Francia como en Inglaterra, a partir de los 16 años los chicos pueden realizarse el test y tienen derecho a la confidencialidad. En realidad, este proceso comenzó con el uso de las píldoras anticonceptivas. En Inglaterra, cuando ya existía una ley que autorizaba a los mayores de 16 años a recibir este tipo de atención, se produjo un caso famoso, el caso Gallik, que se planteó respecto de niñas menores de 16 años. Una madre interpuso un recurso administrativo a fin de que un hospital público no suministrara a sus hijas la píldora; la Cámara de los Lores falló en favor de las jóvenes y del Estado –porque en realidad el recurso era contra el Estado–manifestando que hay elementos que no tienen que ver con la Patria Potestad, que ésta no significa el impedimento para llevar a cabo un acto en beneficio de ellas.

Y este tema adquiere especial relevancia porque en la Ciudad de Buenos Aires se dictó la Ley 418, de derechos reproductivos, que ha sido objeto de planteos de inconstitucionalidad. Ella prevé la provisión y asesoramiento de métodos anticonceptivos a toda persona en edad fértil, y aunque se propicia la participación de los progenitores, éste no es un requisito. A veces parece

que este tema estuviera sobredimensionado y que oculta asimismo actos discriminatorios. En este sentido, tengamos en cuenta que si se tienen los medios económicos necesarios, las farmacias venden los métodos anticonceptivos que se elijan: no se pide ni se exige documento que acredite la mayoría de edad antes de entregar un DIU o píldoras anticonceptivas, por ejemplo, porque son de venta libre. Es por eso que considero que nuestra actual Ley de Derechos Reproductivos es un avance, y para mí significó una gran satisfacción, si la considero en relación con todo nuestro trabajo sobre el tratamiento del VIH/sida.

Tampoco está prohibido tener relaciones sexuales, no es un delito, no es causa de pérdida de la patria potestad. El hecho de que mi hija tenga relaciones sexuales no conlleva que yo pierda la patria potestad. Los impedimentos anteriores implicaban un absurdo ya que se trata de un acto de beneficencia que la ley no puede castigar, ni tampoco puede punir al médico por que realice un test de VIH y le haga la devolución a un adolescente. Y al igual que otros destacados juristas, el doctor Bidart Campos ha dado su aval constitucional a esta ley. Se trata de algunos temas en los que con satisfacción observamos avances.

III. Para no extenderme demasiado, diré que en el campo de los derechos civiles de la mujer no hay tantas reformas a considerar, lo cual no significa que no tengamos que estar atentos y vigilantes o que no sea necesario propiciar cambios. Podríamos mencionar lo relacionado con el modelo de familia. Curiosamente, se podría afirmar que hoy, en principio, en lo atinente a la legislación del Derecho de Familia no hay grandes banderas reivindicativas, aunque sigue habiendo modificaciones válidas que queremos introducir.

Por ejemplo: cuando nos referimos a los efectos del matrimonio sobre las personas observamos que sólo se habla de que los cónyuges se deben fidelidad, solidaridad y asistencia. Nosotros, en cambio, propiciamos una fórmula que explicita que la mujer y el marido gozan de iguales derechos y tienen los mismos deberes durante el matrimonio: ambos asumen en forma conjunta la dirección y el gobierno de la vida familiar y tienen por igual la responsabilidad del hogar y el cuidado de los hijos. Y aunque no conseguimos que se incorpore esta definición de los efectos personales del matrimonio, basados en “solidaridad y afecto”, seguimos pensando que sería un cambio positivo si atendemos además al sentido educativo de la norma.

Cabe consignar que aunque esta forma de considerar la equiparación de roles está incorporada en las legislaciones de Quebec, de Francia, de España, entre otras, a nuestros legisladores aún les falta dar otro paso, que significaría la obligación al derecho de contacto y comunicación, falencia que se manifestó cuando no logramos modificar el Código Procesal ni el Código Civil en lo que atañe a los alimentos, lo que hubiera hecho más eficaz y efectiva la norma. También se reveló con la sanción muy rápida de una ley que -sin sufrir las dilaciones que padecieron otros proyectos auspiciados por grupos de mujeres- se dictó sin el debido debate. Me refiero a la ley 24.270 -sobre el régimen de visitas-, relacionada con el derecho de comunicación de los padres con sus hijos, una ley de tipo penal que, en última instancia, y debido a que quienes obtienen la tenencia generalmente son las mujeres, ha repercutido desfavorablemente en las relaciones filiales; señalo además que tampoco es efectiva porque prácticamente no tiene aplicación.

Debemos tener en cuenta que, si bien se ha incorporado la Convención contra todo tipo de Discriminación, cuando se trata de temas de derechos de la mujer el camino del reconocimiento no resulta tan sencillo, ni hemos logrado plenamente todo lo que consideramos fundamental. En este sentido, existe un proyecto de reforma del Código Civil, del año 1998, que no plantea avances en el tema de la equiparación de roles ni sobre todo en lo relacionado con los derechos de los niños. Es como si quienes trabajaran en este proyecto y algunos de nuestros legisladores no tuvieran en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño, ni recordaran algunos puntos de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. En mi opinión, es muy importante que nuestro trabajo nos permita aprovechar la oportunidad de incorporar las modificaciones reclamadas y lograr, por ejemplo, que la reforma no siga hablando de “menores”, lo que desconoce la Convención.

IV. A continuación se presentan algunos fallos en los cuales se incorporan las Convenciones en análisis.

En un fallo de la Corte Suprema se alude a la “Convención contra todo tipo de discriminación”. Se rechazó la acción interpuesta por una madre, quien en representación de su hijo impugna la paternidad matrimonial de ese hijo, atento a que nuestra legislación actual impide, prohíbe dicha posibilidad. Aunque se planteó la inconstitucionalidad, por discriminatoria, de esta norma, la Corte rechazó el planteo efectuado por la madre. Se invocó la

Convención, argumentando que no había discriminación, porque en realidad el padre estaba atacando un vínculo que le es propio y que a la madre no le pertenecía. O sea que no se encontraba en juego su vínculo.

En el artículo 259 del Código Civil, se establece con claridad quiénes están legitimados para interponer una demanda de impugnación de paternidad matrimonial: el padre y el hijo, para quien la acción nunca caduca. Se planteó que este artículo era inconstitucional ya que violaba la Convención. Hay un dictamen en minoría de los doctores Petracchi y Bossert donde expresan que no se puede desconocer el vínculo. La identidad y la conveniencia del niño corre parejo con el conferirle la acción a la madre. Afirman también que la norma es discriminatoria porque en otros artículos al padre se le permite impugnar la maternidad, demostrando claramente una inequitativa asimetría.

Destacados juristas como los doctores Bidart Campos y Grossman han dicho que se vulnera la igualdad y se plantea la inconstitucionalidad del artículo 259 apelando a la jerarquía constitucional de la “Convención sobre los Derechos del Niño”. Asimismo, han expresado, en concordancia con esta opinión, que la restricción actual, en cuanto no autoriza a la madre para ejercer la acción, vulnera el principio de igualdad entre el hombre y la mujer establecido en la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 1, 2, 3, 4, 61 y 62) y la Convención Americana de los Derechos Humanos (artículos 1, 17 y 24). Distintos países de cultura jurídica afín a la nuestra reconocen a la madre la acción de impugnación: Código Civil Italiano (artículo 235), Código Civil Español (artículo 136) y el Código Civil Francés (artículo 318).

También resulta muy interesante cuando abordamos el tema del niño sujeto de derecho analizar hasta qué punto la madre puede impugnar la paternidad de su hijo. -“Mi hijo es un otro, no estoy discutiendo mi vínculo, está en discusión el vínculo de mi hijo con otro señor”. Aunque muchas legislaciones tienen incorporada esta norma, algunas le aditan un elemento más, como por ejemplo que la madre diga quién es el padre. El Código Francés dice que la madre puede impugnar la paternidad siempre y cuando contraiga matrimonio con el verdadero padre dentro de un año, lo que también es una enormidad, pero comprensible en Francia porque está incluida dentro de todo un sistema de legitimación y en el cual, en realidad, hay diferencia entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Se debe hacer referencia a otro fallo, que habla del interés superior del

niño. En éste incluso se falló por fuera de lo que la ley expresa, ya que en nuestra ley de adopción no se permite la adopción por parte de los abuelos. Se trata de un caso muy particular (Cámara Civil de Santa Fe, Sala IV – JA 1996), que ocurrió en Entre Ríos: los padres de un bebé de cinco meses lo dejan al cuidado de sus abuelos maternos. Luego, se produce el asesinato de la madre por parte del esposo y padre del menor, y el hombre es condenado a la pena de prisión perpetua.

Una vez obtenida la guarda judicial, los abuelos piden la adopción del niño. Se decide en primera instancia -el niño tiene ya seis años- y, teniendo en cuenta la relación que había establecido con sus abuelos, y que se debía priorizar el interés superior del niño (artículo 21 en lo referido a adopción), se sostuvo la importancia de que el niño llevara el apellido del abuelo y no el de su padre, que era quien había dado muerte a la madre.

Los fallos no pueden decir solamente que el niño debe permanecer con la familia guardadora porque es “el interés superior del niño”; deben explicar y fundamentar el porqué y el cómo se lo va a favorecer, y tener presente que el juicio sobre el mejor interés del niño es sólo una predicción acerca de su bienestar.

La Constitución y el Derecho Internacional sobre derechos humanos tienen fuerza normativa y deben recibir aplicación, descartando toda otra norma inferior que les resulte incompatible. Sin una interpretación garantista volvemos al paternalismo; basándonos en ella, garantizamos la vigencia de los derechos con obligación de cumplimiento.

V. Una de las cuestiones importantes, a que hacía referencia al comienzo, la encontramos en el artículo 3, donde se habla de “el interés superior del niño”, mencionado en una gran cantidad de fallos. En este sentido, hay un fallo que quiero destacar: es de la Provincia de Buenos Aires y tiene tres posiciones distintas (Suprema Corte -Buenos Aires- 29 de septiembre -1998- LL 1999- p. 238). Hace referencia a un caso, lamentablemente común en nuestro país, en el que hay sectores que no tienen fácil acceso a la justicia, que se presenta durante la vigencia de la Ley 19.134: la madre, una niña, una adolescente, entrega su hijo en adopción porque piensa que no lo va a poder cuidar. Enseguida se arrepiente e inicia los trámites tendientes a la restitución. El niño es entregado en adopción.

Seis años después el caso llega a la Corte. Se había otorgado en primera instancia la adopción simple, pero en segunda instancia se otorga la adop-

ción plena. Al llegar a la Corte, los jueces votan en forma separada: dos de ellos se pronuncian por la adopción plena. Otros dos lo hacen por la restitución, lo que implica la permanencia de la identidad y los derechos de la madre biológica. Y los restantes, en una actitud intermedia, consideran que la madre no puede hacerse cargo, pero que atento a sus derechos y a la necesidad de que el niño no vea alterada la continuidad de la situación que detentaba, resuelven la adopción simple. Los tres dictámenes hablan del “interés superior del niño”, cada uno le da un contenido distinto.

En la concepción paternalista, el juez o la autoridad constituida realizaba “el interés superior del niño” como un acto potestativo que derivaba de su poder y no de los derechos de los niños. Al ser sujeto de derechos, el niño tiene derecho, valga la redundancia, a que se apliquen las normas de la Convención, que son las que le dan contenido al interés superior, principio garantista entendido como vínculos normativos idóneos para asegurar la efectividad de los derechos subjetivos.

Y si bien no debemos descuidar el respeto a la norma, es indispensable analizar cuidadosamente en qué paradigma está inmersa su fundamentación y observar una actitud crítica para que su instrumentación sea por acuerdo, pues el día de mañana se podría sostener el interés superior del niño en que todos piensen igual, para que no los discriminen en la escuela. Hemos vivido momentos de muy diversos signos; por eso digo que debemos ser muy cuidadosos y analizar bajo qué doctrina se aplica “el interés superior del niño” y no dejar su consideración al arbitrio judicial. Se trata de fallos paradigmáticos.

En un fallo dictado en la Provincia de San Juan, tres días después de haber dado su hijo en adopción, la mamá adolescente solicitó que se anulara el acta que se había hecho ante escribano. La sentencia salió después de dos o tres años, y el fallo de la Corte que les mencioné antes después de seis años, y estoy hablando de elementos objetivos en la medida en que los chicos siguen viviendo. Me pregunto cuántos casos de éstos hay, y si acaso no son actos discriminatorios.

Nadie entrega un niño alegremente. Cuando esto sucede, nos encontramos frente a casos o de mucha pobreza o de madres adolescentes o de personas con alguna deficiencia mental momentánea, tal vez producida por el estado de puerperio. Entonces, el interés superior es que, en primer término, el Estado a través de sus tres poderes cumpla su papel y que la justicia se expida rápidamente.

Estos fallos merecen una reflexión en relación con el procedimiento judicial: en el Derecho de Familia el derecho de “forma” puede ser tan importante como el derecho de “fondo” (el derecho de forma ha sido poco trabajado, de ahí la preocupación) y, aclaro para los que no son abogados, que es el que atiende a los instrumentos para poner en práctica un derecho, por ejemplo, las normas de procedimiento, etcétera.

Cuando se leen estos fallos y se advierte la fecha en que se inician y la fecha en que terminan, y se descubre que transcurrieron cinco años, es poco probable que transcurrido tanto tiempo una decisión basada en “ese” “interés superior del niño” siga siendo válida. Cuando hay un niño que ya vivió cinco años, con las transformaciones, con los cambios que esto implica, el juez ya no puede estar en condiciones de argüir el interés superior para este “nuevo” niño. Reafirmo entonces que es también en favor del “interés superior del niño” que se debe fallar en brevísimo tiempo.

VI. El 3 de diciembre de 1998 se dicta en la Ciudad de Buenos Aires la Ley 114. Coherente con la concepción de interés superior enunciada precedentemente, el artículo 2 dice: “A todos los efectos emergentes de la presente ley se entiende por interés superior de niños, niñas y adolescentes el sistema integral que conforman todos y cada uno de los derechos a ellos reconocidos y a los que en el futuro pudieran reconocérseles”.

Y en su artículo 39 se lee: “La ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos y les garantiza su protección integral”.

Dejamos atrás la doctrina de la situación irregular para arribar a la protección integral. Entonces, la Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la Ley 114 constituyen un sistema normativo. La Ley 114 sigue enunciando derechos fundamentales: los civiles, los políticos, la remoción de obstáculos de cualquier orden, y lo hace a través de acciones que están en el título 3 y son programáticas y efectivas y que asume como obligación el Estado de la Ciudad. En el artículo 17, se habla del derecho del niño a ser oído: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en cualquier ámbito cuando se trate de sus intereses o al encontrarse involucrados personalmente en cuestiones o procedimientos relativos a sus derechos”, y es importante señalar que la ley 114 supone avances, tanto en la delimitación del concepto de interés superior como en la falta de condicionamientos para escuchar al niño.

CONCLUSIONES

Vamos avanzando. ¿Quiere decir esto que hemos logrado todo? No. Nos falta mucho. Nos falta, porque observando la historia vemos que si no hacemos prevención jurídica, tampoco alcanza. Hace 30 o 40 años que tenemos una ley como la 17.711, que dice que nadie puede realizar determinados actos jurídicos, por ejemplo, enajenar un bien de la sociedad conyugal, sin el asentimiento del cónyuge, sin embargo, las mujeres siguen firmando los documentos pertinentes sin que se las instruya sobre sus derechos.

Por eso, no sólo debemos dictar o modificar las leyes, además, creo que es fundamental crear instrumentos y políticas públicas de difusión, formar en la apropiación ciudadana y responsable de esos derechos. Por supuesto, también creo que es muy positivo realizar entrevistas, reuniones de este tipo, que nos permitan reflexionar, confrontar y discutir para crear consensos.

Con respecto al tema de la “capacidad de los adolescentes”, no vamos a encontrar sólo la oposición de los hombres, también vamos a tener la de algunas mujeres que comparten una posición paternalista y represora. El poder no se abandona. Debemos tener en claro que está en debate algo muy profundo. Muchas veces confundimos capacidad –que es algo que hace a la dignidad del ser humano, al ejercicio de sus derechos– con elementos contingentes como pueden serlo las problemáticas personales.

No quiero dejar de mencionar que estas convenciones también tienen la virtud de explicitar que el Derecho de Familia debe existir para “todo” tipo de familia. En la Argentina, se ha trabajado desde el Derecho para las familias que accedían a los Tribunales de familia y no para atender aquellos problemas que se derivan a los Juzgados de menores. La doctrina de la situación irregular se proyectaba incluso sobre las vías de acceso a determinados tribunales, conformándose, aunque involuntariamente, tribunales para pobres y tribunales para pudientes.

Esta inequidad, que judicializa la pobreza, se basó en una ley obsoleta, que, da vergüenza decirlo, data de 1919, la 10.903 o Ley de Patronato, que algunos consideran vigente.

Estamos señalando la debida atención que debe ponerse en la responsabilidad del Estado como sostenedor y como apoyo especial para el preciso cumplimiento de la función paterna. Pensamos en un Derecho de Familia omnicomprendivo que, básicamente, debe tener como uno de sus objetivos ser un instrumento valioso para todo tipo de familia y, en especial, para aquellas cuyas condiciones de vida son un importante obstáculo para el

ejercicio pleno de los derechos humanos de sus integrantes.

De todas maneras creo que seguimos avanzando; que el Consejo Nacional de la Mujer nos invite, y que estemos aquí con UNICEF, hablando e intercambiando ideas, que se dé esta posibilidad de un debate enriquecedor es muy positivo.



DARLE PODER A LA LEY:
HERRAMIENTAS DE ACCIÓN
CIUDADANA.
ACCESO A LA JUSTICIA

Haydée Birgin

El imperio de la ley es la clave para dar a los derechos básicos los dientes que necesitan para morder, dice Ralf Dahrendorf. Aclara, a continuación, que el concepto de imperio de la ley no remite solamente a la disponibilidad de textos legales como punto de referencia, sino que designa la sustancia efectiva de esos textos.¹

El Derecho no se agota en el texto de la ley. Otros discursos, que lo atraviesan, son también centrales: el político, el cultural, el demográfico, el geopolítico, el religioso. Advertir la historicidad del discurso jurídico, su complejidad, su opacidad estructural, los aspectos ideológicos que le son propios, sus vínculos inescindibles con la política y el poder permite leer “los textos” (las leyes, los precedentes jurisprudenciales, las clasificaciones de la doctrina, etc.) con la clara conciencia de que no hay un único sentido posible que es necesario descubrir, sino que existen múltiples (aunque no infinitos) sentidos que se deben construir en cada tiempo y lugar y que, por lo tanto, tampoco existe una única, justa y definitiva solución para cada caso.²

En ese espacio de conflicto en el que –todavía– las mujeres nos encontramos colocadas, tal vez el Derecho podría actuar más eficazmente si los operadores jurídicos se sintieran tentados por esta mirada crítica. El tema

1. Ralf Dahrendorf, *Reflexiones sobre la revolución en Europa*, Barcelona, Emecé, 1990, p. 103.

2. Alicia Ruiz, “Identidad, trabajo y democracia”, en *Contextos. Revista crítica de Derecho Social*, 1, Buenos Aires, 1997.

es bastante más complejo, como señala Alicia Ruiz,³ y no basta con cambiar la ley –aun cuando, y paradójicamente, cambiar la ley sea, a veces, de la mayor importancia– porque el discurso jurídico opera, con fuerza singular, más allá de la pura normatividad. Instala creencias, ficciones y mitos que consolidan un imaginario colectivo resistente a las transformaciones.

Este trabajo se propone analizar la normativa vigente desde un concepto amplio del Derecho que, lejos de reducirse a sus aspectos normativos, se define como una práctica discursiva social y específica que expresa niveles de acuerdos y de conflictos propios de la formación histórico-social en la que se desarrolla.

El ejercicio de los derechos consagrados en el texto legal requiere, entre otras condiciones, la disponibilidad de herramientas procesales de acción y la posibilidad de acceso a una justicia independiente.

HERRAMIENTAS DE ACCIÓN CIUDADANA

DEMOCRATIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN

Como en el resto de América latina, en la Argentina la recuperación de las instituciones democráticas posibilitó la apertura de nuevos espacios para atender las inquietudes de las mujeres en el ámbito del Estado. Al mismo tiempo, generó en la sociedad una conciencia crítica sobre el funcionamiento de las instituciones sociales y sobre la asimetría entre la existencia de normas jurídicas y su efectiva vigencia. En definitiva, colocó en el debate político el tema de la igualdad entre varones y mujeres.

Con la transición democrática, se inició un proceso de reforma legislativa tendiente a eliminar las discriminaciones en la legislación, especialmente en el Derecho de familia. En los primeros años del gobierno democrático, se eliminaron la mayoría de las discriminaciones de la ley, lo que llevó a democratizar la legislación de familia.

No obstante, aún subsisten en la ley discriminaciones directas e indirectas que, con el objetivo manifiesto de proteger a las mujeres, tienden, sin embargo, a reforzar sus papeles tradicionales de amas de casa y madres y, en muchos casos, también su dependencia económica de los varones. Por otra parte, existen vacíos legislativos, entre ellos, la falta de reglamentación

3. Alicia Ruiz (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, Biblos, 2000

del concubinato o de las prestaciones complementarias.⁴

Aunque no debe desestimarse la importancia de las reformas democratizadoras conviene recordar, empero, que –con la excepción de la Ley de patria potestad– ellas son el resultado más de una acción política directa del gobierno que de las demandas del movimiento de mujeres; es decir, se trató de reformas democráticas efectuadas en el marco de la transición, destinadas a ampliar los espacios de libertad, y no del producto de un proyecto pensado y articulado sobre el lugar de las mujeres en ese proceso. Sin embargo, el espacio democrático y los canales de participación que se crearon facilitaron que las inquietudes de las mujeres pudieran expresarse, que se constituyeran organizaciones sociales que se hicieran cargo de las demandas e irrumpieran en la escena pública, en los medios de comunicación social, en las universidades, en las instituciones públicas, y generaran cambios significativos no sólo en sus propias acciones, sino en el conjunto de la sociedad.

La Ley de violencia doméstica y la reforma de la Ley electoral –llamada Ley de cupos–, que hace obligatoria la representación de mujeres en las listas para cargos representativos, manifiestan la legitimación del tema en la década.

4. Patricia M. Costa y Sofía Harari, “Las normas del derecho de familia y la discriminación en razón del género”, en Haydée Birgin (comp.), *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, Buenos Aires, Biblos, 2000. Las autoras del artículo analizan casos de discriminación directa e inversa.

La discriminación directa se manifiesta en normas como las siguientes: a) el régimen patrimonial del matrimonio (dote de la mujer, presunción de administración marital en caso de titularidad incierta, reconocimiento de los bienes adquiridos por las mujeres durante el matrimonio como propios, a diferencia de los adquiridos por los varones); b) la imposición obligatoria del apellido paterno, con la facultad otorgada a la pareja (o al hijo mayor de 18 años) de agregar el apellido materno; c) la acción de impugnación de paternidad, en cuyo ejercicio las mujeres no están legitimadas.

La discriminación inversa, sustentada en el argumento de la protección, se encuentra en los siguientes casos: a) la muerte presuntiva del cónyuge, que habilita a las mujeres a optar por el ejercicio provisorio de los derechos subordinados al fallecimiento o exigir la división judicial de los bienes (derecho que no se concede a los varones); b) el derecho de la nuera viuda sin hijos sobrevivientes a una cuarta parte de los bienes que hubiesen correspondido a su marido en la sucesión de sus suegros; c) la tenencia de hijos menores de cinco años que, en caso de divorcio o separación de la pareja, se presume otorgado a la madre, salvo existencia de causas graves.

Al crear nuevas herramientas de acción para el ejercicio de sus derechos, la reforma constitucional de 1994 marcó un hito en la historia de la ciudadanía de las mujeres. Amplió los derechos y las garantías y consagró la igualdad real de oportunidades y de trato entre varones y mujeres. Al mismo tiempo, garantizó el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, contemplando medidas de acción positiva para hacer efectiva la norma (artículo 75, inciso 23). En igual sentido, previó que la igualdad de oportunidades en el acceso de cargos electivos y partidarios se hiciera efectiva por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral (artículo 37). Asimismo, al otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales (artículo 75, inciso 23), abrió una nueva vía para el ejercicio de los derechos ciudadanos.

La igualdad de oportunidades y otras disposiciones de la Constitución deben ser leídas en el marco global del texto, cuya “letra” traduce un “espíritu”, un ideario, un conjunto principista-valorativo.⁵ La defensa del orden institucional y el sistema democrático atraviesan el texto y dan sentido a los derechos establecidos. Valores como la participación han inspirado los derechos de iniciativa legislativa y consulta popular (artículos 39 y 40), la obligación de asegurar la participación de los pueblos indígenas en la gestión de los recursos y otros intereses que los afectan (artículo 75, inciso 17) y, en materia de educación, el deber de asegurar la participación de la familia y de la sociedad.

En otro orden, los derechos a la identidad y al pluralismo son aludidos en el artículo 75, inciso 17; en el inciso 19 (sobre leyes en materia de cultura) y en otras secciones que, por atender a la igualdad de oportunidades, de posibilidades y de trato, y a la no discriminación, han de comprenderse como garantías de la identidad y de las diferencias. Estas disposiciones complementan el artículo 14 y el principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 16 de la Constitución de la Nación.

Como observamos, todo el nuevo capítulo segundo de “derechos y garantías” se refiere a derechos de incidencia colectiva. Admitir tal tipo de dere-

5. Germán J. Bidart Campos, Tratado elemental de Derecho constitucional argentino, tomo VI: La reforma constitucional de 1994, Buenos Aires, Ediar.

chos sustantivos implica reconocerles legitimación judicial para su defensa y ejercicio.

Al otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales, la norma incorporada en el artículo 75, inciso 22, enriquece el sistema de derechos de la actual Constitución. Esta norma es de trascendental importancia: otorga a las declaraciones y los tratados que cita el mismo nivel de la Constitución, les hace compartir su supremacía, en especial, en materia de derechos humanos, respecto del principio internacional de primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno. Esta norma representa la asunción constitucional del Derecho internacional de los derechos humanos.

En ese marco, principios como el de no discriminación pasan a ser de aplicación directa constitucional ya que, entre otros tratados de derechos humanos, el inciso 22 del artículo 75 ha incorporado la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Si bien el derecho de la mujer a la no discriminación ya estaba contemplado en el Pacto de San José de Costa Rica, en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Convención sobre la Mujer que mencionamos, es a partir de la reforma constitucional que el principio de no discriminación pasa a ser de aplicación directamente constitucional.⁶ De este modo, queda abierta para las mujeres y sus organizaciones la vía judicial para exigir el cumplimiento de normas que forman parte de las garantías constitucionales. También pueden acceder a los organismos internacionales que las convenciones prevén para denunciar las discriminaciones, la falta de cumplimiento de las normas constitucionales de igualdad de oportunidades o trato, o la incorrecta aplicación de la discriminación positiva.

La igualdad de oportunidades ha sido expresamente reconocida por la Constitución cuando ordena al Congreso de la Nación “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportuni-

6. Como lo sostuvo Bidart Campos, es útil disipar el error de quienes entienden que los tratados han sido “incorporados” a la Constitución (ob. cit., p. 555). Una cosa es incorporarlos y hacerlos formar parte del texto constitucional, y otra es atribuirles –por fuera de dicho texto– idéntica jerarquía a la de la Constitución. Corresponde decir, señala el autor, “que las declaraciones y tratados sobre derechos humanos a los que el inciso 22 reconoce jerarquía constitucional gozan de ella sin estar incorporados a la Constitución y, fuera de su texto, integran el llamado bloque de constitucionalismo federal”.

des y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular, respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (artículo 75, inciso 23)--. El artículo 37 sobre derechos políticos establece la discriminación positiva para igualar a los varones y las mujeres en orden a su acceso a cargos electivos y partidarios. El artículo 75, inciso 19 ordena asegurar la igualdad de oportunidades sin discriminación alguna en las leyes sobre educación, a lo que se añade la igualdad de posibilidades.

Para Bidart Campos, se trata de un constitucionalismo de la igualdad o –como prefiere rotularlo– un “derecho constitucional humanitario”, en el que la mujer tiene su sitio en esta tangente entre la igualdad y la diversidad –o la diferencia–.⁷ Agrega el autor: “Un derecho constitucional humanitario es el que no discrimina entre varones y mujeres –tampoco entre mujeres– en la violación de la igualdad y que, recíprocamente, atiende a las diferencias cuando la igualdad real de oportunidades y de trato lo requiere a los fines del acceso y la participación en el bienestar general”.

En este sentido, podemos decir que se ha consagrado en la Constitución lo que Carlos Nino denominó concepción liberal-igualitaria, que encuentra su encaje en el Estado social, caracterizado por un compromiso activo del Estado con el bienestar de los ciudadanos. En este sistema, los individuos no quedan abandonados a su propia suerte, sino que, desde este punto de vista, el Estado, además de crear el marco adecuado para el libre ejercicio de los derechos individuales y de castigar todas las violaciones de esos derechos, está obligado a proveer a los titulares de los derechos las condiciones necesarias para su ejercicio y a obligar a los particulares a contribuir con tal provisión. Los derechos económicos y sociales ocupan un lugar central en esta concepción de los derechos humanos.⁸

El principio constitucional general es que las garantías constitucionales son directamente operativas, y el juzgador debe suplir las eventuales omisiones del legislador. Dicho en otros términos, de nada valdría el capítulo de nuevos derechos y garantías si no adoptamos el criterio de interpretación y aplicación directa de la Constitución y de los tratados internacionales de

7. Germán J. Bidart Campos. *El Derecho constitucional humanitario*. Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 93.

8. Carlos Nino, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, cap. 7, pp. 187-224.

derechos humanos con jerarquía constitucional. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer es de aplicación directa, de modo que todas y cada una de las normas allí establecidas deben ser aplicadas y, por ende, exigidas por quienes se encuentren legitimados para accionar.

La Constitución ha establecido garantías para el ejercicio de los derechos a través del amparo, el habeas data, el habeas corpus, el secreto de las fuentes de información periodística, las acciones de clase. Para accionar, están legitimados el propio afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones de defensa de los derechos –en nuestro caso, las asociaciones de mujeres–.⁹

Ahora bien, han transcurrido siete años desde la reforma constitucional, y si bien ha habido algunas presentaciones judiciales utilizando las herramientas constitucionales, aún no han sido aprehendidas por las organizaciones de mujeres. Los derechos están: ahora se trata de ejercerlos.

Es interesante también analizar la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires puesto que avanzó aún más en el reconocimiento de los derechos de las mujeres. Este instrumento reconoce y garantiza el derecho a ser diferente rechazando discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o pretextos de raza, etnia, género u orientación sexual (artículo 11). A la igualdad entre varones y mujeres dedica un capítulo completo (el noveno).

Entre otras medidas, garantiza la igualdad en el ámbito público y la promueve en el ámbito privado a través de acciones positivas. Obliga a los partidos políticos a adoptar acciones para el acceso efectivo a cargos de conducción y al manejo financiero en todos los niveles y áreas. Prohíbe incluir, en las listas de candidatos a cargos colectivos, más del setenta por ciento de personas del mismo sexo con probabilidades de resultar electas, o a tres personas de un mismo sexo en orden consecutivo. En la integración de los órganos colegiados compuestos por tres o más miembros, la Legislatura concede acuerdos que respetan el cupo previsto.

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires otorga a la Legislatura la función de legislar y promover medidas de acción positiva (artículo 80, inciso 7), estableciendo que el Jefe o Jefa de Gobierno debe dictar medidas que

9. Haydée Birgin y Alberto Ferrari Etcheverry, Herramientas de acción ciudadana para la defensa de los derechos de la mujer, Poder Ciudadano, Programa de Participación y Fiscalización Ciudadana.

garanticen la efectiva igualdad de mujeres y varones en todas las áreas del nivel jerárquico (artículo 104, inciso 28). En materia de educación, deben incorporarse programas de derechos humanos y educación sexual, y contemplar la perspectiva de género.

En cuanto a los derechos reproductivos, se establece que la Ley de salud básica deberá promover la maternidad y la paternidad responsables, y poner a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que posibiliten el ejercicio de los derechos reproductivos. También se deberá garantizar la atención integral del embarazo, parto y puerperio. Más aún: consta, en el texto constitucional, el derecho a decidir sobre la maternidad y paternidad. Sin lugar a dudas, éste ha sido un logro significativo del movimiento de mujeres, y ha llevado a la sanción por parte de la Legislatura de la Ley de salud reproductiva. Ahora enfrentamos un nuevo desafío: una política pública de salud que tenga en cuenta las prioridades de las mujeres.

A modo de síntesis, la reforma de la Constitución de 1994 no solo amplió los derechos y las garantías con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos –que son de aplicación directa y obligatoria–, sino que creó herramientas de acción para hacer efectivos los derechos.

Como bien lo advierte Bidart Campos,¹⁰ la inserción de la mujer como parte del todo social en un derecho constitucional humanitario no se consigue únicamente con normas favorables. El Derecho –o, mejor, el mundo jurídico político– no es solamente un conjunto de normas; se integra, además, con conductas y valores. Prueba de ello es el articulado de la Convención que, junto a las medidas y protecciones, y el deber de adecuar las normas del Derecho interno –constituciones, leyes– a las del tratado internacional, obliga a los estados a realizar prestaciones efectivas y a dar garantías.

Se pregunta Bidart Campos: ¿qué otro sentido tienen, si no, las remisiones a la modificación de los patrones socioculturales, a la educación familiar, al acceso a los programas de estudio y capacitación, a la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino, a la igualdad de oportunidades, y otras medidas del mismo tenor? En realidad, ha quedado incorporada a la Constitución de la Nación la obligatoriedad del

10. Bidart Campos, ob. cit., p. 93.

Estado de actuar con políticas funcionales que incidan en el sistema político para erradicar las discriminaciones y hacer efectiva la igualdad.¹¹

EL DISCURSO JUDICIAL

Ahora bien, en el discurso judicial, las mujeres son estigmatizadas y condenadas a cumplir las funciones y a seguir los modelos que históricamente se les asignó, independientemente de que esa imagen de las mujeres no responda a la realidad actual.¹² En su práctica profesional, los jueces establecen un sofisticado sistema de protecciones, castigos y recompensas acorde con el modelo de mujer y de familia al que adhieren y que contribuyen a reforzar.

Por ejemplo, un dato relevante que los jueces toman en cuenta para otorgar o no la paternidad de los hijos extramatrimoniales es lo que los propios jueces han dado en llamar la honestidad de la mujer (o su falta). De este modo, lo que se juzga es el estilo de vida y el tipo de sexualidad de la mujer. Algunos magistrados, incluso, se permiten efectuar clasificaciones sobre las conductas de las mujeres, basadas en criterios cuasimedievales, que habríamos creído extinguidos. Los jueces no sólo discriminan por el género, sino que crean género.

En ese sentido, es paradigmático un fallo de la Cámara Civil en relación con el concubinato, en el que el juez establece una taxonomía de los posibles vínculos entre varones y mujeres: “Al usar el término ‘penetrador carnal’, me refiero al hombre que tiene relaciones esporádicas con una mujer. Concubinato significa que el varón viva permanentemente con una mujer con la que no está casado, que la relación cause habitación en el sentido

11. En relación con la legislación laboral, se ratificaron los Convenios de la OIT y se incorporó a la Ley de contrato de trabajo la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la femenina por un trabajo igual. Claro que, si bien se ratificó el Convenio 156 de la OIT sobre igualdad de oportunidades y de trabajo entre trabajadores y trabajadoras (Ley 23.467/87), aún no se ha adaptado la legislación en ese punto. Subsiste en la ley y en las sentencias laborales un trato diferencial hacia los varones y las mujeres. Al respecto, pueden consultarse el trabajo de Mario E. Ackerman, “La discriminación laboral de la mujer en las normas legales y convenciones, y en la jurisprudencia argentina”, y el de Matilde Mercado, “La división sexual del trabajo: permanencias y cambios”. Ambos artículos están incluidos en Haydée Birgin (comp.). Ley, mercado y discriminación. El género del trabajo. Buenos Aires, Biblos, 2000.

12. Sofia Harari y Gabriela Pastorino, “Acerca del género y el Derecho”, en El Derecho en el género y el género en el Derecho.

técnico que integra el domicilio. Lo mismo que ‘amante’, que significa, si no exclusividad en las relaciones sexuales, por lo menos, una limitación de la misma que sólo comprende al cónyuge. En cambio, la mujer que permite al ‘penetrador carnal’, no se lo puede calificar ni de pareja (no la forman), ni de amante (se lo utiliza para casos en que existe una cuasiexclusividad), ni de concubino, que es prácticamente de contenido matrimonial (exclusividad y cohabitación compartida permanentemente)”.¹³

En otro orden, en los juicios iniciados por mujeres para reclamar alimentos para sí o para sus hijos, se les exige menor prueba que a los varones en igualdad de situaciones. Se presume la necesidad de las mujeres, su debilidad y dependencia, y la obligación de los varones de ser el sostén económico de sus familias. En los juicios por alimentos, los jueces han suplido, por medio de la jurisprudencia, carencias legislativas que traen aparejadas ciertas normas de “igualdad” que ocultan la real desigualdad entre varones y mujeres. Así, por ejemplo, se consideró que, si bien ambos progenitores deben contribuir a la manutención de sus hijos, en el caso de aquel que ejerce la tenencia –como se sabe, mayoritariamente, se trata de mujeres–, se asigna valor económico al tiempo dedicado al trabajo doméstico y al cuidado de los niños. Dice una de las sentencias estudiadas por Harari y Pastorino: “El trabajo de la mujer sólo debe apreciarse como una forma de colaboración en las obligaciones para con los hijos y en la medida de sus posibilidades. Por lo demás, de no existir, seguramente redundaría en perjuicio del marido”.

El análisis de Harari y Pastorino confirma lo que ya sabemos: el Derecho no se agota en la norma. El Derecho es un discurso social y, como tal, dota de sentido a las conductas de los seres humanos y los convierte en sujetos, al tiempo que opera como el gran legitimador del poder, que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley.¹⁴ Se trata de un discurso que, paradójicamente, al tiempo que legitima las relaciones de poder existentes, sirve para su transformación.

13. Cámara Nacional en lo Civil, Sala B, setiembre de 1987, La Ley, tomo 1989, pp. 115 y ss.

14. Alicia Ruiz, “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, en El Derecho en el género y el género en el Derecho; “De las mujeres y el Derecho”, en Identidad femenina y discurso jurídico.

El acceso a la justicia para ejercer los derechos y defender las libertades es el principal derecho –el más importante de los derechos humanos– en un sistema legal moderno e igualitario que tenga por objeto garantizar, y no simplemente proclamar, los derechos de todos.¹⁵ Así lo considera la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer que los estados tienen el deber de organizar el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Si una persona pretende ejercer los derechos que las convenciones le garantizan y, por su posición económica, está imposibilitada de pagar la asistencia legal o cubrir los costos del proceso, queda discriminada y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley.

Como todo derecho, el de acceso a la justicia requiere un sistema de garantías que posibilite su pleno ejercicio. En nuestro país, este derecho supone la obligación del Estado de crear las condiciones jurídicas y materiales que garanticen su vigencia en condiciones de igualdad. En otros términos, el Estado no sólo debe abstenerse de obstaculizar el goce y el ejercicio del derecho a acceder a la justicia, sino que debe adoptar acciones positivas y remover los obstáculos materiales que impiden su ejercicio efectivo.¹⁶

La Constitución de 1994, al otorgar jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos, incorporó normas expresas que garantizan ese derecho, entre otras, el artículo 5 y 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer.¹⁷

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, por su parte, hace una mención expresa del derecho de acceso a la justicia, señalando que, en ningún caso, el acceso de los habitantes a la justicia puede ser limitado por

15. Mauro Capeletti y Bryant Gath, *Acceso a la Justicia*, La Plata, Colegio de Abogados, Departamento Judicial de La Plata, 1983, p. 22.

16. El texto constitucional anterior a la reforma constitucional de 1994 no contenía ninguna norma expresa sobre el derecho de acceso a la justicia, que se consideraba implícito en el texto legal.

17. Consagran el acceso a la justicia también el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 2.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

razones económicas. La ley establece un sistema de asistencia profesional gratuito y el beneficio de litigar sin gastos (artículo 12, inciso 6). Esto muestra la necesidad de que el Estado adopte medidas concretas que faciliten el acceso a la justicia a quienes, por razones económicas, de otro modo se privarían de usar los órganos jurisdiccionales.

El análisis del acceso a la justicia supone la consideración de obligaciones que comprometen a los tres poderes del Estado: al Poder Judicial corresponde administrar justicia, mientras que el Poder Ejecutivo y el Legislativo “son responsables, en el ámbito de su competencia, de dotar al Poder Judicial de los recursos necesarios para garantizar el acceso a la justicia y la resolución de los conflictos en tiempo razonable y a un costo que no implique privación de justicia” (artículo 108).

No obstante la claridad de la norma constitucional, la incipiente organización de la Justicia en la ciudad no la ha considerado un servicio público, con las consecuencias materiales y normativas que ello supondría. Si bien existen en Buenos Aires servicios gratuitos de patrocinio y asistencia jurídicos, éstos están organizados como una actividad de carácter asistencial o bien como una parte de la formación universitaria de los estudiantes de Derecho.¹⁸ No se ha avanzado en el reconocimiento de estos tipos de prestaciones como una actividad obligatoria, emprendida o regulada por el Estado, que tienda a satisfacer los derechos de los ciudadanos y que debería organizarse bajo la lógica de los demás servicios públicos, como la educación o la salud.

Caracterizar los servicios jurídicos gratuitos como un servicio público obliga no sólo a brindar información, sino también a llevar adelante las gestiones que el Estado –a través de los abogados– realiza en su propia representación para la tutela de sus intereses. A la información y el consentimiento propios de la relación entre abogados y clientes, se deberán sumar aquellas otras obligaciones que surgen de la relación entre prestadores y usuarios de un servicio público.

En la Ciudad de Buenos Aires, el Ministerio Público presta el servicio jurídico para garantizar el ejercicio del derecho de defensa, y cuenta con defensores designados por concurso y empleados de carrera jurídica dedi-

18. Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires. Servicio de patrocinio y asesoramiento jurídico gratuito en la Ciudad de Buenos Aires.

cados a prestar asistencia jurídica gratuita.

En los últimos años, el crecimiento de la pobreza y el desempleo, que agudizaron el fenómeno de los “nuevos pobres”, modificó el perfil de la demanda de asistencia jurídica. Así, en la ciudad, el promedio mensual de las personas que solicitan asistencia llegó a cuatro mil quinientas.¹⁹

La dificultad de acceso a la justicia y la necesidad de sostén durante el proceso judicial son los principales problemas que enfrentan las mujeres para el ejercicio efectivo de sus derechos. Como ya indicamos, la posibilidad de los ciudadanos de apropiarse del sistema requiere normas que lo regulen y recursos adecuados al alcance de la población, además de políticas públicas que lo garanticen.

El desafío para nuestras democracias es incluir el acceso a la justicia como un tema prioritario en la agenda política. Desde las mujeres, lograr que la dimensión de género atraviese la investigación y el diseño de nuevos mecanismos legales que les permitan acceder a la justicia, por un lado, y políticas públicas de apoyo para mantenerse durante el proceso judicial, por otro. Ésta es la única manera en que ellas podrán hacer efectivos sus derechos.

En la Argentina, el objetivo que debemos priorizar no es consagrar o justificar derechos, sino lograr protegerlos. No basta saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, y si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos; para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados.²⁰ Una cosa es proclamar derechos –la igualdad, por ejemplo– y otra, satisfacerlos efectivamente. La dificultad de acceso a la justicia y la falta de sostén durante el proceso judicial constituyen, sin duda, la mayor discriminación que enfrentan las mujeres. Se trata de un tema cuyo análisis se debe profundizar.

El lenguaje de los derechos tiene, sin duda, una gran función práctica, que es la de haber dado particular fuerza a las reivindicaciones de los movimientos sociales que exigen para sí y para los demás la satisfacción de nuevas necesidades materiales y morales. Sin embargo, se convierte en engañoso si oscurece u oculta la diferencia entre el derecho reivindicado, y el reconocido y protegido.

19. Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, documento citado.

20. Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, p. 35.

La reflexión teórica feminista ha avanzado en las últimas décadas. Carol Smart reflexiona sobre la existencia de una “creciente concientización acerca de cuán pobre es la victoria, cuán escasos los logros de las mujeres surgidos del empeño en que se reformen las leyes. Además, aquellas feministas contemporáneas que se han involucrado en campañas tendientes a reformar la ley, cuyos primeros frutos parecían ser ‘exitosos’, se sienten ahora más y más ‘decepcionadas’ mientras contemplan cómo los efectos benéficos de estas reformas se ven erosionados”. Como intentamos mostrar en estas notas, el Derecho resulta bastante más complejo que la “ley”.²¹

21. Carol Smart, *Law, Crime and Sexuality. Essays in Feminism*. Londres – Thousand Oaks – Nueva Delhi, Sage Publications, Parte III, 8, p. 146.



EL PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA
CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE
TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN
CONTRA LA MUJER: IMPORTANCIA DE SU
RATIFICACIÓN

Gilda Pacheco O.

QUISIERA ENMARCAR MI EXPOSICIÓN DENTRO DEL CONTEXTO DE los derechos humanos, contexto en el cual la aprobación, la ratificación y la apropiación del Protocolo Facultativo de la CEDAW constituye un paso más en el camino recorrido por reivindicar los derechos humanos de las mujeres. Durante muchos años esta reivindicación específica se pensó innecesaria porque la mujer era considerada como titular de derechos por el solo hecho de su condición de humana. Sin embargo, prácticas históricas de discriminación y de violencia ejercidas sistemáticamente contra las mujeres en razón de su género plantearon la necesidad de enfrentar tan grave problema social y de precisar la responsabilidad de los estados. Es así como en el marco de los dos sistemas de protección internacional -ONU/OEA- se aprueban la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. También son logros importantes que es preciso destacar el reconocimiento de los derechos de las mujeres como derechos humanos en la conferencia de Viena en 1993, la aprobación, en diciembre de ese mismo año, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres; el nombramiento de la Relatora Especial sobre Violencia contra las Mujeres y la reafirmación de sus derechos en la Conferencia de Beijing, en 1995, donde se resalta la importancia de la ratificación universal de la CEDAW y la aprobación del Protocolo Facultativo de ésta.

Ante estos logros en el ámbito internacional surgen inevitablemente los interrogantes sobre qué es preciso hacer para que esos avances se reviertan en transformaciones concretas en la vida de las mujeres, y permitan pasar de la declaración de principios a la aprobación de mecanismos que garanticen el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los gobiernos y fomenten en amplios sectores de la sociedad civil la conciencia de que la reivindicación del disfrute de los derechos humanos por las mujeres compete al conjunto de la sociedad.

Es en este contexto que surge la necesidad de fortalecer la CEDAW a través de un protocolo, lo que además de su fortalecimiento significaría la creación de un mecanismo de denuncia del incumplimiento de los compromisos adquiridos por los gobiernos y su ratificación. El proceso de elaboración y aprobación de este mecanismo, que se inició en 1991, recorrió un largo camino, y no me detendré en relatar sus detalles, por razones de tiempo y porque a los efectos de esta reunión desearía concentrarme en algunas precisiones conceptuales, en los argumentos que avalan su ratificación y en las estrategias para el seguimiento de este proceso por parte de los diferentes actores involucrados en la ratificación y la apropiación del Protocolo.

PRECISIONES CONCEPTUALES

Un requerimiento fundamental para apropiarnos de estos instrumentos es manejar ciertos conceptos que durante muchos años han sido asociados exclusivamente con el mundo de lo jurídico. Trataré de explicarlos de manera resumida.

¿QUÉ ES UNA CONVENCIÓN?

Es un acuerdo internacional entre dos o más países que contempla mecanismos para proteger los derechos humanos.

Estos acuerdos, que pueden llamarse de diferentes formas -convención, pacto, tratado o convenio- representan en todos los casos compromisos por los cuales los países están obligados a respetar lo que en ellos se ha escrito.

Para que un país acepte las obligaciones o mandatos de una Convención debe firmarla o ratificarla.

En la mayoría de los países las convenciones tienen un rango superior a las leyes nacionales, es decir, mayor importancia, y esto significa que los países que las ratifican deben adecuar su legislación nacional y adoptar todas las medidas necesarias para que esa Convención se cumpla.

La importancia de las convenciones reside en que:

- establecen derechos y obligan a los países firmantes del acuerdo a hacer respetar esos derechos;
- los países firmantes se comprometen a cumplir lo que fue acordado;
- el valor de esos derechos se reconoce en el nivel internacional;
- comprometen a los países a desarrollar políticas adecuadas y a crear los mecanismos necesarios para poner en práctica esos derechos;
- también comprometen a toda la sociedad para que participe en el proceso de ratificación y cumplimiento de la Convención.

RATIFICACIÓN

Desafíos posteriores a la ratificación

Una vez ratificada una Convención, queda mucho trabajo por hacer, pues ella no garantiza:

- que lo establecido por la Convención se cumpla en forma inmediata;
- que se adopten todas las disposiciones y leyes necesarias para su cumplimiento;
- que se creen los mecanismos que aseguren su puesta en práctica;
- que se disponga de los fondos necesarios para realizar las reformas requeridas;
- que el proceso de cambio de las tradiciones y costumbres propuesto por la Convención sea rápido.

¿QUÉ ES UN PROTOCOLO FACULTATIVO U OPCIONAL?

Es un mecanismo jurídico adjunto a una Convención o Pacto, que introduce aspectos no contemplados en la Convención o Pacto al cual se refiere. Se trata de un documento abierto a la ratificación por parte de aquellos estados que ya han ratificado la Convención o Pacto, y se dice que es opcional o facultativo porque los estados no están obligados a ratificarlo, aun cuando ya lo hayan hecho con la Convención.

¿POR QUÉ Y PARA QUÉ SE NECESITA UN PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CEDAW?

Para que los derechos de la mitad de la población de la región sean respetados, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos –IIDH- considera prioritarias la firma y la ratificación del Protocolo Facultativo de la CEDAW por parte del conjunto de los estados que componen la comunidad intera-

mericana. En este sentido, el IIDH aduce las siguientes razones en favor de la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer:

1. El Protocolo Facultativo de la Convención es un instrumento internacional que, sin crear nuevos derechos, establece un mecanismo de exigibilidad de los derechos sustantivos establecidos en la Convención de las mujeres. Algunos de los principales derechos reconocidos en la CEDAW se refieren a:

- ser elegibles en todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas;
- participar en la formulación de las políticas gubernamentales;
- ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas;
- adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad;
- acceder al estudio y a la capacitación profesional;
- considerar el trabajo como derecho inalienable;
- acceder a los servicios de atención médica;
- obtener préstamos bancarios;
- participar en actividades de esparcimiento, deportes y todos los aspectos de la vida cultural;
- asegurar la participación de las mujeres rurales en el desarrollo rural y sus beneficios;
- firmar contratos y administrar bienes;
- circular libremente y elegir su domicilio;
- elegir libremente su cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío.

Lamentablemente, y como consecuencia de prácticas discriminatorias, muchos de estos derechos siguen siendo desconocidos o restringidos a un importante número de mujeres de diversos sectores y grupos sociales.

2. En diversas oportunidades, el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha afirmado que los mecanismos internacionales existentes son inadecuados o insuficientes para la implementación de la CEDAW. El único procedimiento que existe actualmente es un procedimiento de informe establecido en el artículo 18 de la CEDAW y el procedimiento de arbitraje previsto en el artículo 29, que es objeto de gran cantidad de reservas y nunca fue utilizado.

3. Se trata de un tema de justicia en tanto su ratificación permitirá finalmente llevar a la práctica el principal instrumento internacional de protección de los derechos humanos de las mujeres. La CEDAW garantiza los derechos de las mujeres en una gran diversidad de aspectos en los que, como ha reconocido la comunidad internacional, aún se producen importantes discriminaciones, expresas o implícitas, por acción o por omisión.

4. Concuerta con la metas nacionales de muchos países de la región en el sentido de lograr igualdad y equidad de género. La aplicación de la CEDAW mediante su Protocolo Facultativo garantiza un instrumento que acerca a las sociedades nacionales a la meta de igualdad y equidad entre mujeres y hombres, y es indudable que la ratificación del Protocolo Facultativo es un paso hacia esa meta.

5. Equipara el más importante instrumento de protección universal de los derechos de las mujeres a otros instrumentos de Derechos Humanos. La inexistencia de un mecanismo de aplicabilidad y exigibilidad ha colocado a la CEDAW en una posición inferior respecto de todos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Si no se ratifica el Protocolo Facultativo, el mecanismo de informe, único existente, es insuficiente para exigir a los Estados Partes cumplir con sus compromisos. A las mujeres afectadas en sus derechos les resultará más difícil presentar sus casos en el ámbito internacional, cuando les han sido denegadas sus peticiones en sus respectivos países. Ello ha colocado a la segunda Convención más ratificada del mundo en situación de inferioridad respecto de otros instrumentos de protección de Derechos Humanos, como es el caso del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que sí cuenta con un Protocolo Facultativo.

6. Acorta la brecha entre el derecho internacional y el derecho interno en la medida en que incentiva a los estados a legislar y vigilar el cumplimiento de los compromisos nacionales de combatir la discriminación hacia las mujeres. Muchos países latinoamericanos y del Caribe que han impulsado y participado activamente en el avance de los instrumentos internacionales de derechos humanos mantienen normas de autoejecución de los tratados internacionales. Sin embargo, ello no se ha logrado en el caso de la CEDAW, por lo que la ratificación del Protocolo Facultativo contribuiría a disminuir esa brecha.

7. Es tradición de los países de la región actuar con responsabilidad internacional y honrar los compromisos adquiridos. Así, la firma y ratificación de la CEDAW por todos los países de la región en las décadas de 1980 y 1990 los coloca en la posición de tener que honrar el compromiso adquirido ante la comunidad internacional ratificando hoy este nuevo instrumento, que, sin crear nuevos derechos sustantivos, establece un procedimiento de exigibilidad y aplicabilidad de los derechos humanos de las mujeres consagrados en la CEDAW.

Por lo tanto, la ratificación del instrumento que permite hacer exigibles los derechos establecidos en la CEDAW es consecuencia lógica de la asunción por parte de un Estado del compromiso de eliminar la discriminación contra las mujeres.

8. Nuestros países pueden abrir caminos hacia la igualdad y la justicia y formar parte de la comunidad que lidera la realización de los derechos humanos para todos y para todas. En la actualidad, y pese a que sólo Bolivia, Panamá, el Paraguay, el Perú y Costa Rica han ratificado el Protocolo América Latina, son varios los países que cuentan con la sanción de una de sus cámaras legislativas; en otros el Ejecutivo lo ha remitido ya al Poder Legislativo; hay países que lo firmaron pero aún no han dado ese paso y varios otros que ni siquiera lo han firmado.

9. La exigibilidad de la Convención constituye una forma de rendición de cuentas en el ámbito internacional. Ratificando el Protocolo Facultativo el Estado manifestaría su compromiso con la comunidad internacional de rendir cuentas por el cumplimiento de la CEDAW y demostraría una vez más -a la comunidad internacional y a su propia sociedad- que está dispuesto a llegar hasta el final en la lucha por la erradicación de la discriminación de género.

10. Es un mecanismo de rectificación que posibilita corregir situaciones discriminatorias y un instrumento de defensa de derechos de las mujeres ante situaciones concretas. El Protocolo Facultativo no sólo posibilita la denuncia por incumplimiento de los compromisos adquiridos en ocasión de la ratificación de la CEDAW, sino que crea además mecanismos de rectificación de situaciones discriminatorias que, lamentablemente, continúan

existiendo, unas veces en las leyes y otras en las prácticas de las instituciones públicas y privadas.

La necesidad de identificar y abolir esas prácticas o disposiciones normativas o reglamentarias es imprescindible para avanzar en esta lucha y para asegurar la justicia y el respeto a los derechos de las mujeres.

11. Profundiza la democracia mediante la creación de mecanismos de participación ciudadana. Con la ratificación del Protocolo Facultativo, el Estado pone al alcance de toda mujer y todo grupo de mujeres la posibilidad de recurrir a instancias internacionales en caso de que considere que no se ha hecho justicia en su país. Abrir esa posibilidad significa permitir el funcionamiento de mecanismos de participación activa de la ciudadanía en la rectificación de situaciones de discriminación, lo cual contribuye sin duda alguna a la profundización de una democracia representativa con participación ciudadana.

¿QUIÉN MONITOREA LAS CONVENCIONES Y LOS PROTOCOLOS?

Cada tratado o convención tiene un comité que lo monitorea. En el caso de la Convención, el responsable del monitoreo es el Comité de la CEDAW. Así, en el caso del Protocolo será el Comité de la CEDAW el que examine los hechos relacionados con la comunicación y los deberes del gobierno bajo la Convención, y cuando compruebe que un gobierno no ha cumplido con las obligaciones establecidas en la Convención, el Comité hará las recomendaciones pertinentes para que dicho gobierno corrija la situación. Además, cuando recibe información fidedigna el procedimiento de investigación permite al Comité investigar violaciones graves o sistemáticas de los derechos humanos de las mujeres.

Cuando el Protocolo no existía, el Comité sólo podía recibir informes de los Estados Partes para analizar el progreso de los derechos de las mujeres bajo la Convención, que era la que realizaba las recomendaciones generales.

¿QUÉ IMPLICACIONES TIENE LA RATIFICACIÓN DE UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL?

En derecho internacional la ratificación es el proceso por el cual el tratado, y en este caso el Protocolo, adquiere obligatoriedad para el gobierno. En el nivel de la legislación nacional, la ratificación es el proceso por el cual una legislatura confirma la acción de un gobierno que ha fir-

mado un tratado y por el cual el Estado se obliga ante el tratado.

Para que un tratado, convención, pacto o protocolo tenga vigencia y se convierta en ley en el interior de un país debe ser aprobado y ratificado de acuerdo con lo establecido por la Constitución.

Una vez aprobado y ratificado, este instrumento se convierte en una ley tan obligatoria como las que aprueba el mismo Estado en su interior. Un Estado puede ser sancionado por no cumplir con las normas internacionales tanto como un ciudadano puede serlo si no cumple con las leyes de su país.

SITUACIÓN ACTUAL

Pese a las numerosas declaraciones que afirman que los derechos humanos de las mujeres forman parte indivisible e inalienable de los derechos humanos, el instrumento de derechos de las mujeres del sistema universal de protección más importante -la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)- no contaba con mecanismos mínimos de exigibilidad. Como consecuencia, y en cumplimiento de su misión, en 1997 el IIDH se sumó a otras iniciativas para desarrollar una labor destinada a promover la adopción de un Protocolo Facultativo para la CEDAW. Dicho instrumento fue finalmente adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1999, Día Internacional de los Derechos Humanos.

Esta nueva etapa plantea la necesidad de establecer un conjunto de estrategias encaminadas a apoyar las acciones de negociación para la ratificación del Protocolo, lo que conlleva necesariamente alianzas entre instancias gubernamentales, instancias del Estado, organismos de la sociedad civil y agencias de cooperación. Se trata de un trabajo conjunto que debe orientar sus esfuerzos a la comprensión de que la aprobación de este instrumento y su ratificación por parte de los estados facilitaría la gestión de legislación nacional para proteger efectivamente los derechos de las mujeres, el impulso de políticas públicas género-sensitivas, cambios en el sistema de administración de la justicia y la puesta en ejecución de mecanismos internacionales que refuercen el trabajo que se impulsa desde el ámbito nacional.

HACIA LAS OFICINAS GUBERNAMENTALES DE LA MUJER
En lo que respecta específicamente a estas oficinas, no debemos obviar que en la mayoría de los países tienen la responsabilidad de poner en marcha la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, lo que

les confiere un papel fundamental en la promoción y discusión del Protocolo, y en el logro del compromiso de los gobiernos con la elaboración y aprobación del Protocolo Facultativo de la CEDAW, una de las resoluciones de dicha Conferencia.

Con el propósito de someterlas a discusión en los grupos de trabajo me permito recomendar las siguientes acciones.

- Realizar un trabajo conjunto desde la Red Latinoamericana y del Caribe de organismos gubernamentales o instancias nacionales de la Mujer, con el objetivo de socializar la información y profundizar la discusión sobre el Protocolo Facultativo y el significado de sus alcances para los organismos gubernamentales de la mujer y las instancias organizadas de la sociedad civil.

- A través de esta instancia hacer llegar a los medios de comunicación el mayor número posible de comunicados sobre el Protocolo Facultativo de la CEDAW, su significado y sus implicaciones, y sobre el proceso de aprobación y ratificación en curso.

- Hacer un uso óptimo de la comunicación electrónica en la distribución de informaciones y en una mayor movilización de los organismos y mecanismos que conforman la RED. Por ejemplo, conviene crear una home page (hoja casera) y una conferencia electrónica sobre el Protocolo Facultativo con el propósito de promover en el ámbito de los países de América Latina y el Caribe el intercambio de informaciones sobre logros y desafíos en cada uno de los países.

- Desarrollar una estrategia de acercamiento a las agencias internacionales de cooperación para interiorizarlas de la importancia de financiar el movimiento de mujeres en la acción de monitoreo del trabajo en el ámbito de las Naciones Unidas con respecto al Protocolo.

Ello supondría acciones como las que a continuación se detallan.

INICIATIVAS NACIONALES

Adoptar como una de las prioridades de trabajo la participación en el proceso de discusión y ratificación del Protocolo Facultativo de la CEDAW en cada uno de sus países, lo que implica definir estrategias:

HACIA EL EJECUTIVO

- Desarrollar una estrategia para sensibilizar y convencer al Poder Ejecutivo

de la importancia de la aprobación del Protocolo Facultativo para tornar más efectiva la CEDAW y garantizar la igualdad de derechos y de ciudadanía para las mujeres. Un componente importante de esta estrategia debería incluir argumentos contundentes sobre las ventajas que tendría para el gobierno invertir en el fortalecimiento y la aplicación de la CEDAW.

- Realizar un trabajo conjunto con el Ministerio de Relaciones Exteriores para discutir y articular una posición clara y contundente del gobierno en favor de la aprobación y ratificación del Protocolo Facultativo.

- Promover y ejecutar un plan de sensibilización de los funcionarios y las funcionarias gubernamentales, incluyendo a aquellas personas que tienen como sede las misiones de las Naciones Unidas, sobre el significado e implicaciones del Protocolo, brindándoles argumentos en favor de su aprobación y ratificación.

HACIA EL LEGISLATIVO

- Impulsar una activa labor de lobby con el Poder Legislativo y con otros sectores gubernamentales que tienen la capacidad de incidir en la aprobación y ratificación del Protocolo. En este contexto, los organismos gubernamentales dedicados al tema de la mujer podrían operar como interlocutores con las instancias gubernamentales, apoyando las acciones del movimiento de mujeres.

- Realizar lobby en los parlamentos respecto del papel estratégico que ellos juegan en la ratificación. Se sugiere promover en el Congreso Nacional un debate sobre la CEDAW y el Protocolo Facultativo con representantes del movimiento de mujeres, organizaciones de la sociedad civil y otros sectores interesados en la aprobación del Protocolo, con el fin de sensibilizar e involucrar a representantes parlamentarios en la discusión e influir en su ratificación.

- Impulsar una acción hacia el Poder Legislativo, en especial hacia las mujeres parlamentarias, para que introduzcan en el Congreso el tema de la aprobación y ratificación del Protocolo Facultativo de la CEDAW, para que sensibilicen a los parlamentarios sobre este proyecto y los comprometan con su ratificación, pues de esta manera se cumplirá con las resoluciones adoptadas en Viena '93 y Beijing '95.

- Solicitar audiencia con las comisiones técnicas o comisiones especiales afines para discutir la posición y las acciones que están siendo desarrolladas por el Ministerio de Relaciones Exteriores en relación con el Protocolo.

HACIA EL ESTADO

Resulta clave establecer alianzas con procuradurías y defensorías del Pueblo.

HACIA LA SOCIEDAD CIVIL

Desarrollar, en coordinación con las redes y articulaciones de organizaciones de mujeres que trabajan en el campo de los derechos de las mujeres, una estrategia de información y concientización de las mujeres y de la sociedad en general sobre el significado y las implicaciones del Protocolo Facultativo en el marco de la CEDAW.

- Promover debates entre integrantes del gobierno y de la sociedad civil y con especialistas en la materia, en los que se discuta y analice el contenido del Protocolo y sus alcances, como una manera de apoyar y asesorar la posición de sus respectivos gobiernos con miras a la ratificación.

MIRANDO HACIA ADELANTE

La discusión en torno de las estrategias a implementar para lograr una mayor participación del movimiento de mujeres y un compromiso más fuerte de los gobiernos de América Latina y el Caribe en la ratificación y apropiación del Protocolo Facultativo de la CEDAW demuestra que ninguna de esas estrategias será plenamente efectiva mientras no se articulen las iniciativas y las acciones de cada uno de los sectores que participan en él. Aunque corresponde a los gobiernos llevar adelante el proceso de formulación, aprobación y ratificación de este importante y necesario instrumento, la historia demuestra que ellos no pueden hacerlo solos. Por el contrario, requieren del apoyo del movimiento de mujeres y de otros sectores de la sociedad civil, de los organismos gubernamentales de la mujer y de la cooperación internacional, en un esfuerzo mancomunado que no sólo agilizará el proceso de aprobación y ratificación, sino que aportará nuevos elementos para mejorar el proyecto de Protocolo y permitirá que las organizaciones de mujeres y otras organizaciones que lo emplearán como instrumento en la defensa de los derechos humanos de las mujeres lo sientan como una herramienta cercana y útil.

Las alianzas estratégicas entre diversos sectores son un recurso valioso debido a que generan condiciones para el desarrollo de acciones coordinadas que faciliten la oportuna y adecuada aplicación de la Convención. La eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres supone un esfuerzo político que involucra a todos los sectores de la sociedad,

pues es simultáneamente un proceso de cambio en las concepciones, en las estructuras sociales y culturales, en las relaciones entre las personas. Como proyecto en construcción, demanda entonces una concertación que agilice el proceso de elaboración y aprobación, así como la ratificación y monitoreo de la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

POLÍTICAS
PÚBLICAS
PARA LA
CONCRECIÓN
DE
DERECHOS





INTRODUCCIÓN AL DISEÑO Y EJECUCIÓN
DE UNA POLÍTICA PÚBLICA QUE GARANTI-
CE EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS
SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS
MUJERES ARGENTINAS

Carmen Storani

Y A SE HAN ANALIZADO EN ESTE ÁMBITO LOS ASPECTOS SUSTAN-
ciales de la Convención sobre los Derechos del Niño
(CDN). Me voy a referir a la Convención sobre la
Eliminación de todas las formas de Discriminación contra
la Mujer (CEDAW) que, aprobada por la Asamblea
General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, entró en vigor
el 3 de septiembre en 1981, tras su ratificación por 20 países –en el caso de
nuestro país, fue ratificada en 1985 y promulgada ese mismo año-.

Como ustedes recuerdan, fruto de la reforma constitucional del año 1994,
el artículo 75, inciso 22, de la Constitución de la Nación Argentina le ha
otorgado rango constitucional. Y es importante tener en cuenta que la
Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación
contra la Mujer no es sólo una declaración de derechos sino también un pro-
grama de acción, y que su existencia ha significado un invalorable sustento
para las normativas internas de los países que la ratificaron.

En la actualidad, el gran desafío para todos los países que desde hace más
de una década hemos incorporado esta Declaración en nuestro derecho inter-
no reside en la firma y ratificación de su Protocolo Facultativo, que perfec-
ciona su cumplimiento y su aplicación. En este sentido, es con gran satisfac-
ción que hoy anuncio que nuestro país se encuentra transitando esa etapa,
como respuesta a una solicitud originada en el Consejo Nacional de la Mujer
(CNM), que espero llegue prontamente al Congreso de la Nación para que ese
instrumento jurídico posibilite que las víctimas de discriminación por cues-
tiones de género puedan presentar sus denuncias al Comité de seguimiento de

la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de las Naciones Unidas, que es el que debe controlar su cumplimiento y atender las denuncias que se presenten.

Si relacionamos ambas convenciones, y teniendo en cuenta el título del seminario que hoy nos ha convocado, “Del iure al facto”, quiero referirme a uno de los ejes de mi gestión, que engloba la situación de mujeres adultas y adolescentes y en la que reside una de las cuestiones prioritarias que se impulsan desde el Consejo Nacional de la Mujer. Me refiero al tema de la accesibilidad a la salud integral y, específicamente, al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.

En este sentido, quiero compartir con ustedes la trascendencia de la decisión política del gobierno nacional de llevar ante la Asamblea General de Naciones Unidas denominada “Beijing 5 años después”, en el mes de junio del año 2000, una gran definición en defensa de los derechos humanos de nuestras mujeres: ante todos los países del mundo la Argentina manifestó públicamente su decisión de que los derechos sexuales y reproductivos de las argentinas sean considerados derechos humanos. Y hago hincapié en esto porque en el ámbito nacional no se había desarrollado una política pública en defensa de estos derechos, ni el Congreso Nacional había sancionado una ley que los amparara, pese a la existencia de importantes proyectos legislativos que, originados en la Cámara de Diputados, no recibieron tratamiento en la Cámara de Senadores.

Sin embargo, las dos convenciones que hoy analizamos ya eran ley nacional en nuestro país, y ambas tenían rango constitucional desde el año 1994. Si estudiamos los articulados en las normas que se refieren a la salud de las niñas, jóvenes y mujeres adultas, podremos concluir sin equivocarnos que sus normativas amparan sin lugar a dudas la obligación por parte del Estado nacional de propiciar las acciones que tiendan a su cumplimiento, y esto basta para sostener que la falta de políticas activas en esta materia en el nivel nacional era consecuencia, exclusivamente, de la inexistencia de la voluntad política de llevarlas adelante: bastaba cumplir con nuestra Constitución, nada más ni nada menos.

A DENTRÉMONOS EN LA NORMATIVA

En lo que respecta a la Convención sobre los Derechos del Niño, quiero comentarles cuáles son los artículos que se refieren a la cuestión de la salud; por un lado, el artículo 17, que sostiene: “[...] Los estados en parte

reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación social y velarán por que el niño tenga acceso a la información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social y espiritual, moral y su salud física y mental [...]”.

El artículo 24 se refiere a las obligaciones de los estados, que en parte reconocen el derecho del/la niño/a al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud, y por otro lado sostienen que deben asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres, desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de las familias (si bien en su momento nuestro país había hecho reserva sobre este artículo).

La preservación de la salud sexual y reproductiva de los/as adolescentes puede considerarse garantizada a través de la normativa marco introducida por la Convención. Asimismo, siguiendo el espíritu de este artículo, en este punto se establece el deber estatal de asegurar las prestaciones médicas, así como el de difundir los principios básicos de la salud a través del acceso a la educación, aplicando una locución más amplia, fundada en el reconocimiento de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes.

Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad prevén en el texto del artículo 87, párrafo “D”, que en defensa de los derechos de los menores se deberá velar por su salud física y mental, incluida la protección contra el maltrato sexual, y que deberán adoptarse las medidas de protección médica que sean necesarias.

En las Directrices de Riad se impone a los organismos gubernamentales el deber de priorizar los planes y programas dedicados a jóvenes, para lo cual deben suministrar recursos que permitan prestar servicios eficaces para la atención médica y cerciorarse de que lleguen a éstos y redunden especialmente en su beneficio.

En su artículo 5º inciso “B”, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer determina la obligación de los Estados Partes de adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que la educación familiar incluya la comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y el desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la

consideración primordial en todos los casos.

El artículo 12 determina que los Estados Partes deben tomar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación de la mujer en la esfera de la atención médica, con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica -incluyendo los que se refieren a la planificación familiar-, así como garantizar servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fueren necesarios y asegurando una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Por último, el artículo 16 inciso "E" de la misma Convención reconoce también la necesidad de que los Estados Partes tomen medidas adecuadas para eliminar la discriminación de la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares. En particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos, a tener acceso a la información, a la educación y a los medios que les permitan ejercer estos derechos.

Las normas analizadas forman parte de la normativa constitucional, y son de cumplimiento obligatorio para el Estado (nacional, provincial y municipal). Bastaría ponerlas en ejecución, como lo he planteado en esta intervención.

Sin embargo, desde un amplio espectro de opinión, dentro del cual se encuentra la opinión del Consejo Nacional de la Mujer, se define de gran valor político, introducir la sanción de leyes que promuevan y garanticen la salud sexual y reproductiva de las mujeres en todas las jurisdicciones provinciales y en la nacional. Ello permitiría generar un proceso de trabajo muy importante que generaría un ámbito de debate social y daría mayor sustento y representatividad política a un tema que a pesar de contar con la norma constitucional que le otorga legitimidad, sigue siendo polémico, y aún existen sectores que siguen interesados en sostener temores y fantasmas. Es por eso que, a pesar del sustento constitucional, es tan importante propugnar estos proyectos legislativos, no sólo porque fortalecen la idea de defensa de los derechos humanos de nuestras ciudadanas, sino porque desmitifican aquellas cuestiones que atentan contra la accesibilidad a los servicios de salud. Así lo entendieron las legislaturas de diez provincias que sancionaron su legislación en salud sexual y reproductiva y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Sin embargo, aunque la sanción de las leyes es fundamental, como ya lo he

planteado, no basta con la ley, con la igualdad formal; debemos transitar hacia una verdadera igualdad real, porque los datos que hoy tenemos de mortalidad materna, de abortos y de embarazos no deseados nos demuestran que además de la legislación, si no se logra efectivamente hacer “asequibles”, “amigos” y “cercanos” los servicios hospitalarios para que se ejerzan verdaderamente los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos, se va a estar muy lejos de plasmar y velar realmente por el cumplimiento de estas dos convenciones, y por ende de la Constitución de la Nación.

De lo que se trata es de pasar de la igualdad formal a la igualdad real, a la igualdad cotidiana, y para eso se requiere voluntad y decisión política en el cumplimiento de las leyes y en la provisión de los recursos necesarios para implementar las políticas públicas pertinentes, sin excusas.

En relación con estas consideraciones, voy a introducir la temática de las políticas públicas para referirme al Plan Nacional de Disminución de la Mortalidad Materna e Infantil, presentado oficialmente el día 11 de julio del corriente año, junto al presidente de la Nación, doctor Fernando de La Rúa, en la Casa Rosada. Este proyecto, que fue una iniciativa de la Unidad Coordinadora Materno-Infantil del Ministerio de Salud, se trabajó en sus inicios en conjunto con el Ministerio de Desarrollo Social, el Ministerio de Educación y el Consejo Nacional de la Mujer. Se elaboraron dos documentos: el “Plan Nacional para la Reducción de la Mortalidad Materna Infantil” y la “Estrategia de Acciones Intersectoriales”.

Es importante incorporar algunos datos objetivos que dieron sustento a esta iniciativa intersectorial y transversal, en que la perspectiva de género estuvo incorporada desde el comienzo por decisión política de todos/as los/as actores. Nuestro país tiene un gasto anual en salud de \$ 650 por habitante, y un Producto Bruto Interno (PBI) de \$ 7978 por habitante, lo que no se condice con los indicadores de mortalidad infantil (MI) y de mortalidad materna (MM) y por ende con la esperanza de vida. Esta combinación desfavorable nos coloca en situación postergada con respecto a otros países latinoamericanos, que con menor gasto por habitante y menor PBI logran indicadores mejores que los nuestros. Basta citar a modo de ejemplo que en 1998, año en que la Argentina tuvo una MI de 19,1 por mil nacidos vivos, Cuba presentó valores de 9,4, Chile de 11,1, Costa Rica de 12 y el Uruguay de 16.¹

1. UNICEF, 2000.

En la última década, la mortalidad materna descendió en nuestro país sólo un 20%, y durante 1998, 229 mujeres fallecieron como consecuencia de complicaciones del embarazo, el parto y el puerperio (MSAS, 2000). En cuanto a la tasa de mortalidad materna, que fue de 38 muertes por 100.000 nacidos vivos para todo el país, si bien es inferior a la de los países clasificados como de "alta mortalidad materna" (5-10 muertes por 10.000 nacidos vivos), es suficientemente alta con relación a otros parámetros que caracterizan a la Argentina (por ejemplo, tasa de natalidad, porcentaje de partos institucionales). En 1998, la tasa de mortalidad materna fue de 23 por 100.000 en Chile y de 21 por 100.000 en el Uruguay. Sin embargo, es importante destacar que según investigaciones realizadas en algunas jurisdicciones argentinas, el subregistro de muertes maternas sería de alrededor del 50%.

Por otra parte, la tasa nacional encubre fuertes diferencias entre las provincias: Formosa presenta una tasa que prácticamente cuadruplica el promedio nacional (164 por 100.000) y el Chaco y Jujuy triplican la tasa nacional, con 130 y 131 muertes maternas por 100.000 nacidos vivos, respectivamente.

Se estima que mueren en la Argentina alrededor de 500 mujeres por año y otras 15.000 quedan afectadas en su estado de salud debido a causas relacionadas con el embarazo, el parto y el puerperio. De igual forma, 13.000 menores de 1 año, o sea 36 niños por día, mueren anualmente, y la mayoría de las muertes de mujeres, niños y niñas podrían reducirse con los recursos de que se dispone.

Este sintético panorama muestra que la Argentina no escapa de los problemas críticos que enfrenta la mayoría de los países en desarrollo. La tasa de mortalidad materna resulta inaceptablemente alta. Aun frente a la evidencia comprobada del subregistro de muertes maternas en nuestro país, el hecho de que la mayoría de las mujeres embarazadas asista a los controles prenatales, y que un altísimo porcentaje de los partos tenga lugar en instituciones y sea atendido por médicos, torna evidente que el contacto de las mujeres con los servicios de salud no está garantizando una atención adecuada y preventiva de los eventuales riesgos asociados con el embarazo y con el parto.

Las defunciones infantiles y maternas son la expresión extrema de la baja calidad de vida a la que están expuestos amplios sectores de la población, situación que también afecta a los sobrevivientes, deteriorando y limitando

sus potencialidades de desarrollo futuro y sus posibilidades de alcanzar una vida plena. Por ello, toda acción orientada a disminuir la mortalidad infantil y materna tiene impacto sobre el conjunto de la población, a la que es preciso asegurar niveles adecuados de salud y de bienestar.

Alrededor del 90% de las defunciones femeninas son producidas por aborto, hemorragia, toxemia y sepsis puerperal, lo que sería posible reducir con prevención, con los conocimientos disponibles y con adecuada accesibilidad y calidad de los servicios en todos los niveles de atención. Las complicaciones del aborto, que constituyen la primera causa de muerte materna, representan un tercio del total, con un aumento preocupante en la última década. Esta situación refleja el inadecuado acceso de las mujeres a información y servicios de salud reproductiva que les permitan evitar embarazos no deseados.

Es importante destacar que si bien el sector salud tiene la obligación y la responsabilidad indelegable de atender a las mujeres, a las embarazadas y a los niños y niñas, también requiere de la acción conjunta de otros sectores, ya sea de sectores gubernamentales como comunitarios. Por eso ha sido importante proponer esta serie de acciones conjuntas e intersectoriales desde el sector público e idear una convocatoria amplia hacia aquellos sectores que pueden aportar estrategias de intervención desde y con la comunidad.

Para analizar el contenido de este plan voy a desarrollar particularmente algunos puntos.

En los fundamentos éticos del plan se definen los siguientes derechos.

Todos los recién nacidos tienen derecho a:

- comenzar su vida en condiciones seguras,
- recibir posteriormente atención para su adecuado crecimiento y desarrollo y el sostén de su nutrición, especialmente con la protección del amantamiento,
- que se les asegure el estímulo adecuado para lograr el máximo desarrollo de su potencial humano.

Todas las mujeres tienen derecho a:

- la protección y atención integral de su salud, con especial énfasis en lo relacionado con el proceso reproductivo, incluyendo acciones de procreación responsable.

¿ CUÁLES SON LAS ACCIONES DISEÑADAS ?

Las acciones a las que el CNM se ha comprometido, y en cuya prosecución está trabajando con las Áreas Mujer provinciales y con organizaciones de mujeres, consisten en jornadas de sensibilización y capacitación sobre el Plan Nacional, talleres de capacitación en salud reproductiva, materiales de promoción de derechos de usuarios/as de servicios de salud, que se están elaborando y diseñando juntamente con UNICEF - Oficina de Argentina, materiales de apoyo para la elaboración de diagnósticos de la salud reproductiva en cada jurisdicción, materiales de apoyo para diseño y monitoreo de leyes en salud reproductiva, materiales de apoyo para diseño, monitoreo y evaluación de programas de salud reproductiva.

¿ CUÁLES SON LAS ESTRATEGIAS CENTRALES ?

La coordinación intersectorial de programas y acciones, la capacitación de los/as agentes involucrados/as de los programas intervinientes, la promoción de los derechos individuales y sociales, la comunicación social para el compromiso y el control ciudadano.

¿ CUÁLES SON LOS OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL PLAN PARA REDUCIR LAS MUERTES MATERNAS ?

- Prevenir el embarazo no deseado mediante programas de procreación responsable, de educación sexual y de prevención de la violencia sexual.
- Concientizar a las mujeres sobre sus derechos y fortalecer su capacidad de demanda.
- Vigilar y controlar las muertes maternas.

Los objetivos específicos para reducir las muertes infantiles son los siguientes:

- mejorar la accesibilidad y la calidad de los servicios de atención primaria;
- asegurar el acceso a competencias educativas básicas de las mujeres en edad fértil;
- incorporar en los programas sociales el componente de apoyo social a la mujer embarazada y a la madre;
- promover la lactancia materna y proveer alimentos y nutrientes a las mujeres embarazadas y a los niños y niñas.

Para que esto sea posible, los servicios de salud deben estar abocados al cumplimiento de estos objetivos, y en el caso de la Argentina, por el hecho de que se trata de servicios de salud descentralizados, se requiere indefectiblemente de la voluntad política de quienes están a cargo de las jurisdicciones provinciales y de los/as responsables de sus ministerios sectoriales.

Parte de la estrategia en la búsqueda del consenso político referido ha sido la elaboración de un proceso de validación del citado Plan Nacional, como consecuencia de lo cual éste fue aprobado por el Consejo Federal de Salud² en marzo de 2000, lo que da cuenta de la voluntad política de los ministros de Salud de todas las provincias de la República Argentina en el sentido de aplicarlo en sus jurisdicciones.

Si bien las diferentes jurisdicciones provinciales y municipales tienen realidades sanitarias y sociales distintas, existen situaciones comunes que habilitan el diseño y la implementación de una propuesta de acción unificada y coordinada para reducir la mortalidad materna e infantil. Con el objeto de contribuir a la reducción de las desigualdades sociales, el Plan propone realizar una discriminación positiva hacia los grupos poblacionales socialmente más postergados, centrada en la garantía del acceso y el mejoramiento de la calidad de la atención de los servicios de salud.

¿CUÁLES SON LOS CURSOS DE ACCIÓN CENTRALES DEL PLAN?

El Plan Nacional para la Reducción de la Mortalidad Materna e Infantil propone dos grandes cursos de acción.

1) La transformación de los servicios de salud: centrándolos en la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad, sin descuidar la curación y la rehabilitación, enfatizando el trabajo en la atención primaria y priorizando los siguientes objetivos:

- mejorar la cobertura y la calidad de los servicios del primer nivel, de maternidades y servicios de referencia pediátrica, de manera tal de asegurar una atención humanizada, libre de riesgo, digna, respetuosa y con capacidad resolutoria de las necesidades, demandas y expectativas de la gente;
- reorientar la formación de los recursos humanos de salud y enfatizar la educación permanente del personal en servicio;

2. Está integrado por el conjunto de ministros de Salud de las jurisdicciones provinciales, por el ministro de Salud de la Nación y por el secretario de Salud, coordinador de este consejo. En dicho ámbito se diseñan políticas comunes y se aprueban cursos de acción conjuntos.

- fortalecer la gestión mediante el apoyo a la programación local, la gerencia, el liderazgo, la motivación, la supervisión y la evaluación;
- promover la investigación epidemiológica y la auditoría de MI y MM;
- promover la atención integral de la salud de la mujer incluyendo acciones de procreación responsable.

2) Utilización de la comunicación social: para promover en la gente la conciencia de sus derechos, el dominio de la información básica necesaria y el control de las acciones de los servicios sociales y de salud que recibe o demanda.

He descrito sintéticamente los contenidos del Plan Nacional de Disminución de la Mortalidad Materna e Infantil, sobre la base de los documentos elaborados por el Consejo Nacional de la Mujer: la nota Técnica N.º 1 - “Mortalidad materna: problema de salud pública y derechos humanos”, y el “Documento de presentación del Plan ante el Consejo Federal de la Mujer”, integrado por las Áreas Mujer provinciales, documentos de uso público de los cuales hay ejemplares en el organismo.³

Las integrantes del Consejo Nacional de la Mujer estamos abocadas a profundizar estas acciones pese a los obstáculos que encontramos en el camino, porque quienes participamos de este ámbito de debate sostenemos que se trata de un tema de agenda pública y de derechos humanos. Formo parte de un conjunto de mujeres de nuestro país compuesto por académicas, trabajadoras sindicalizadas, mujeres políticas, que conjuntamente hemos desarrollado –y lo seguimos haciendo– diversos cursos de acción tendientes a tornar visible esta problemática y a formular diversas estrategias para diseñar las leyes respectivas y las políticas públicas adecuadas. Desde la sociedad civil y desde los organismos gubernamentales impulsamos un trabajo coordinado y conjunto en el planteo de estos temas. Nos une la voluntad de enfrentar los desafíos que transforman cotidianamente nuestra sociedad, y sostener de ese modo que la defensa del acceso igualitario a los servicios de salud adecuados para todas las habitantes es una forma de garantizar una vida digna, sin distinciones entre pobres y ricos.

3. La elaboración de estos documentos ha sido coordinada por la licenciada Silvina Ramos, a cargo del Área de Salud del Consejo Nacional de la Mujer.

Por último, quiero agradecer el esfuerzo conjunto de organización realizado para llevar adelante el diseño y la puesta en ejecución de este seminario, a los equipos que trabajan en el Consejo Nacional de la Mujer, en el Consejo Nacional del Menor, en UNICEF y en UNIFEM.



POLÍTICAS DE VIGILANCIA
CIUDADANA Y SISTEMAS
DE SEGUIMIENTO DEL ESTADO
DE LOS DERECHOS

Mauricio González

V OY A REFERIRME AL TEMA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS, ATEN-
diendo especialmente a la solicitud de desarrollar el tema
de la vigilancia y la exigibilidad ciudadana de los dere-
chos. Para empezar, quisiera mencionar tres ideas –o tres
deseos- alrededor de los cuales parece existir cierto con-
senso en diferentes países y también entre gente diferente.

En primer lugar, que es deseable que la información generada por la esta-
dística social, por los sistemas de información nacional, sea utilizada de
alguna forma en la toma de decisiones de política, en la programación y en
la elaboración del desempeño institucional, algo que está en el espíritu de
quienes procesan esa información, de manera tal de tornar racional nuestra
decisión articulándola con esos cúmulos de información que suele ser agru-
pada en instituciones especializadas en el nivel nacional e internacional.

También existe el deseo –por lo menos en algunos-, vinculado con la evo-
lución que ha tenido el tema de la democracia, de que la sociedad civil esté
en condiciones de utilizar esa información para movilizarse en pro de la
defensa y la exigibilidad de derechos, y en este caso en particular en pro de
la defensa y la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia y de
los derechos de las mujeres.

Un tercer deseo, a propósito de la experiencia legislativa de los últimos
años, es que la propia legislación prevea algunas normas y que entregue ins-
trumentos jurídicos a la población y a las instituciones para posibilitar una
gestión más independiente de la información que éstas producen, de la
información que produce la academia y de la información que producen las
propias comunidades, de manera tal de poder garantizar una cierta igualdad
de condiciones en el acceso y el uso de ese tipo de información.

Entonces, es a partir de esas tres premisas -que parecen reunir un cierto acuerdo entre cierta gente que piensa de cierta manera el tema de los derechos humanos y de las políticas públicas- que quisiera extenderme en algunas ideas.

A los tres deseos que acabo de expresar a propósito de la producción y del uso de la información subyace el hecho de que sería deseable que la producción y el uso de la información dejara de ser un hecho estrictamente técnico para convertirse en un hecho político, un hecho político en el sentido de que en él tenga participación, tanto la oferta institucional, que es la que usualmente ha tenido el privilegio de utilizar esa información, como la ciudadanía, es decir, que se produjera un movimiento desde la ciudadanía tutelada y receptora de servicios y de datos objetivados, hacia una ciudadanía un poco más autónoma y demandante como consecuencia del uso de la información.

A partir de algunas experiencias me inclino a pensar que el uso público de la información estadística social podría mejorar y depender cada vez más de la construcción de legislaciones y del diseño de políticas que promuevan a la ciudadanía, es decir, de políticas que superen la centralidad del enfoque burocrático y tecnocrático que ha imperado hasta este momento en la concepción de los sistemas de información vigentes, y es en este sentido que hemos exigido a los legisladores que generen cada vez más normas que restrinjan de alguna manera la discrecionalidad y la arbitrariedad de los administradores de justicia, exigencia que debería extenderse a la creación de normas e instrumentos jurídicos que tiendan a limitar, también, la discrecionalidad y la arbitrariedad de los planificadores sociales, de los administradores sociales y de los gerentes sociales. En mi opinión, en esta tarea que nos hemos impuesto hemos vinculado necesariamente el tema del derecho con la administración de justicia, y creo que eso está bien. Pero también creo que deberíamos inclinar las preocupaciones hacia el tema de la producción social del derecho y hacia la apertura democrática –o hacia la restricción- de esa capacidad discrecional con que cuentan los gerentes sociales y los planificadores.

El día de ayer, cuando se inauguraba esta actividad, quedó muy claro en una de las primeras ponencias el hecho real, el hecho político de la producción social del derecho; y me parece que es un punto clave para poder seguir con esta discusión de las políticas públicas y las políticas de exigibilidad y vigilancia de los derechos. Sin duda, la necesidad de echar mano de

las normas y de crear o reformar instituciones que existen habla de sociedades que están logrando acuerdos para democratizarse, para usar de alguna manera instrumentos cada vez más transparentes y democráticos con el fin de ordenar sus relaciones colectivas.

En el caso de las normativas sobre niñez y adolescencia, diría que son tres las situaciones con las que nos hemos enfrentado durante este tiempo. En primer lugar, aplicar de alguna manera las reformas a las que da lugar el derecho a las instituciones existentes: abrir todos aquellos espacios públicos que han estado negados para niños y para mujeres, que han estado reservados a cierto tipo de tomadores de decisiones, y no inventar ningún tipo de institución, ni de organización, ni de sociedad paralela, sino intentar abrir lo que ya existe. En eso hemos estado trabajando y ése ha sido el punto de encuentro con la justicia, no así con la política social, que todavía sigue ajena, en otra parte.

Por otro lado, existe la necesidad de crear nuevas instituciones, y lo que sin duda queda claro a partir de toda esta experiencia es que la creación de nuevas instituciones públicas desde la perspectiva de la legislación debe ir de la mano no sólo de la función estatal, sino de la función de las demás organizaciones de la sociedad civil, dotándola de instituciones propias, de organizaciones que de alguna manera puedan funcionar del lado de la demanda, de la demanda social, de la exigibilidad. Todo lo cual no ha sido fácil, ya que muchas de las organizaciones creadas terminaron por asumir las funciones de las organizaciones viejas, ya sea porque éstas dejaron de cumplirlas o porque no conocemos otra forma de hacer las cosas. La cultura organizacional o institucional aprendida lleva a que muchas organizaciones sociales creadas por las nuevas legislaciones terminen replicando relaciones de autoritarismo, relaciones de clientelismo o convirtiéndose en instrumentos de la sociedad civil que vigilan a la propia sociedad civil.

Creo que a esta altura -en la misma perspectiva legislativa, en el diseño legislativo, en el diseño de la política propiamente tal y de la organización- es posible comenzar a averiguar qué es lo que ha ocurrido para no volver a cometer los mismos errores. Existen países que han avanzado más y países que han avanzado menos, y creo que las experiencias de los países que de alguna manera ya han creado estas instituciones son útiles para ver dónde están los avances y dónde están los yerros.

Me parece que es en esta perspectiva -y lo repito porque lo considero central para seguir la discusión- que los productores, los procesadores, los

sistematizadores de información pública -información que finalmente se produce socialmente, porque es la gente la que da información para aquellos sistemas-, tendrían que conectarse de alguna manera con el mundo de esta reforma legislativa y someterse al escrutinio público para poner toda esa información al servicio de la demanda. Se trata de una perspectiva un poco sistémica que puede ser objeto de discusión, pero que intenta ubicar diferentes dimensiones de la política pública a partir de un enfoque de derecho de niñez y adolescencia.

En este caso en particular hay en mi opinión por lo menos tres dimensiones de lo que se ha denominado política de la protección integral de la niñez y de la adolescencia: una primera dimensión en que podemos ubicar el mundo de las políticas sociales y que, orientada con un enfoque de derechos, tendría que ser la respuesta institucional integradora para la garantía del cumplimiento de los derechos sociales, y no, como se ha considerado en algún momento, la organización de servicios para satisfacer necesidades o, en sus visiones más perversas, para terminar creando más asistencialismo y más dependencia clientelista de las instituciones y del sistema político. Entonces, se trata de una primera dimensión que debería ser ampliamente considerada para comenzar a articular de alguna manera esta visión de universalidad de los derechos para todos con las particularidades que una política social dirigida a sujetos particulares debería tener. Es decir, entender que las políticas sectoriales de educación, salud, y, con una visión amplia, las políticas culturales, de resistencia, e incluso dentro de la política social las medidas de protección de la infancia -que por lo general son medidas de protección que se aplican a niños y niñas que ya han traspasado el umbral de riesgo, que están institucionalizados-, etc., deberían formar parte de una concepción global de la política social. Lo que significa que no hay que crear políticas sociales segmentadas según las cuales una política social universal, para la mayoría, para todos, es la política para todos los que pueden acceder a la educación, para los que tienen acceso a la salud, etc., sino que incluso las medidas de protección específicas para niños específicos en condiciones particulares de violación de sus derechos también deben integrar el paquete de política social.

Que todas aquellas políticas selectivas -por ejemplo, las que atienden la pobreza-, o todas aquellas políticas institucionales relacionadas con medidas de protección específicas, deberían operarse en función de conectar a los niños y las niñas excluidas con el ámbito de la universalidad. Porque

hemos tenido experiencias de políticas sociales idénticas a las del modelo anterior, el modelo tutelar, y para no aplicar el modelo tutelar –que integraba las políticas sociales- hicimos una división en políticas universales, políticas de asistencia y medidas de protección totalmente desarticuladas entre sí, a tal grado que la gente que está en educación no tiene ningún contacto ni entiende lo que está haciendo la gente que está en asistencia, o la gente que está en política de protección. Y a los que están aplicando medidas de protección para niños que están en situación de extrema vulnerabilidad de la violación de sus derechos poco les importa el tema de la universalidad, de su inclusión en la escuela, sino que más bien inventan alternativas, alternativas de asistencia, alternativas de institucionalización, etcétera.

Esa fragmentación, esa división –que a veces tiene incluso un carácter de clase (de las clases medias hacia abajo)- de las políticas es uno de los mayores desafíos que una política pública debe vencer en el ámbito de la política social, y al revés, lo contrario es cómo hacer para no perder de vista la particularidad que tendrían que tener las políticas sin perder ese ingrediente de universalidad para niños y niñas que están en diferentes condiciones de vulnerabilidad, pero que también están en diferente etapa de desarrollo, de desarrollo humano.

Cuando se discute lo particular –en algunos casos prácticamente la individualización de las políticas sociales- cada vez cobra más vigencia el tema inevitable del círculo de vida, el tema inevitable del ciclo de vida y el tema inevitable del género, cruzando, de alguna manera, los dos espacios de concepción: el de política social en lo universal y en lo particular.

Es muy claro, casi obvio, que no se pueden diseñar políticas para niños de cinco años como las que se diseñan para adolescentes, independientemente de que los derechos sean para todos los niños y todos los adolescentes. Hay allí un nivel de especialización y de particularidad y de sujetos específicos en condiciones muy específicas que la política social, de alguna manera, debe contemplar, y que por obvio que parezca no ha estado muy presente. Incluso, cuando se hace un análisis más pormenorizado se advierte que en los países más integrados, que tienen mayores niveles de satisfacción de los derechos sociales, hay dos extremos que están en buena medida desprotegidos, y son los dos extremos de este ciclo: hacia la adolescencia y hacia los menores de cinco años, y con condiciones de género totalmente específicas para cada uno de los dos sexos, ya sean niñas o niños. Entonces, hago una primera reflexión sobre el tema de la política social, para que

exactamente aquí, en este ámbito, se tenga en cuenta la necesidad de contemplar que en la legislación y en el diseño de las políticas debe reducirse la discrecionalidad de los planificadores y de los gerentes sociales.

Una segunda dimensión de la política social reside en lo que genéricamente podría calificarse como política judicial, y en esto creo que la región da lecciones, da lecciones sobre lo que ha significado el avance en las reformas legislativas en pro de modernizar la justicia para la niñez y la adolescencia. La política judicial tendría que entenderse, pues, como una respuesta institucional para el cumplimiento de las garantías y los derechos fundamentales en los procesos judiciales, y también como una fuente para la restitución de los derechos, no solamente de los adolescentes en conflicto con la ley, sino de todos y todas las niñas y los adolescentes, ya que ésta es la otra parte de la historia, pues implicaría que la niñez y la adolescencia tengan acceso a la justicia en todas las esferas en las que ésta toma intervención: desde el Derecho de Familia hasta el Derecho Constitucional, pasando incluso por el Derecho Penal, como ha ocurrido, ya sea en calidad de víctimas o de victimarios y dependiendo de la edad y de todas las instancias que conocemos.

Se trata de otra forma de concebir la universalidad: qué ocurre cuando un niño o un adolescente, directamente, sin intermediación o con intermediación, con el apoyo o no de un adulto, pide amparo por la violación de su derecho a la educación, ¿tiene o no acceso a la justicia constitucional en nuestros países? Y aquí se trata de una discusión sobre el Derecho Civil y el nuevo derecho de niños y adolescentes, que ya ha comenzado, que es una pregunta que de alguna manera está ahí, para discutir, y que alguna gente ya está contemplando.

Otro tanto ocurre respecto de cuáles son los mecanismos de exigibilidad de las instituciones de derechos que pueden tener los niños y los adolescentes en las nuevas instancias judiciales que se han creado desde la perspectiva del Derecho de Niñez y Adolescencia, todos estos tribunales que se han especializado en la protección de derechos. O sea, cuántos derechos sociales se están exigiendo cuando ya no queda otra instancia y es necesario acceder a la justicia. Se trata de un punto de encuentro entre los derechos sociales y los derechos fundamentales de los niños y los adolescentes que me parece interesante explorar y que debería incorporarse en esta discusión.

Por último, la tercera dimensión consiste en cómo concebir como políti-

ca el tema de la vigilancia de la exigibilidad de los derechos, lo que a mi juicio equivale a dos cosas: en primer lugar, poner los sistemas de información al servicio del público, dotándolos de los instrumentos técnicos necesarios para que sean cada vez más capaces de bajar desde el nivel conceptual y normativo en que se encuentran actualmente al nivel del discurso de los derechos, a categorías variables e indicadores más sensibles para la mediación en nuevos problemas. Que los planes, programas y acciones en las esferas institucionales –tanto de la política social como de la política judicial- queden sometidos al seguimiento y la evaluación que da lugar a la incorporación de su gestión y su desempeño institucional en los sistemas de información. Es decir, cómo construir sistemas de información públicos que de alguna manera rindan cuenta, sobre todo respecto de esa parte de derechos sociales o político-sociales que no está tan desarrollada, con los indicadores existentes o con otros nuevos, que habría que desarrollar, incluso sobre la eficiencia en los servicios de justicia, o si se cumple o no el tema de la justicia pronta y cumplida, y otros desempeños institucionales para los que aún no tenemos indicadores sensibles debido a que el marco conceptual que pone el sistema de información es totalmente tecnocrático y burocrático, y no, por supuesto, un marco conceptual pensado para la ciudadanía.

Entonces, me parece que hay una tarea de formulación de una política de vigilancia y exigibilidad de derechos, me parece que, sin ensañarse demasiado con el tema de la reforma legislativa, deberían dictarse algunas normas básicas para darle a esto una mayor solidez, una solidez que vaya más allá de la decisión política de cada gobierno, que se convierta verdaderamente en una política pública.

En segundo lugar menciono el problema de cómo otorgar más poder a la sociedad civil, a sus organizaciones –que, dicho sea de paso, no sólo son ONGs-, que también tienen que someterse a escrutinio público y al rendimiento de cuentas, y creo ver ahí otro punto en discusión, porque la democracia, las normas de humanidad y las costumbres están prácticamente destruidas. Y creo que si queremos una nueva cultura de participación civil deberíamos asegurar mecanismos con mucha transparencia y mucho seguimiento, y el rendimiento de cuentas de este tipo de instituciones.

Creo que las organizaciones de la sociedad civil, y la gente en general, necesitan participar para vigilar y exigir, y es por eso que la posibilidad de vigilar y exigir deberían ampliarse a organizaciones y también a individuos: de alguna manera debería promoverse la acción individual, creando para

ello instrumentos que les garanticen cierto grado de igualdad en relación con las instituciones públicas y los funcionarios y políticos y tomadores de decisiones, porque el problema, de alguna manera -revisando un poco la experiencia de lo que hemos hecho- reside en que se puede dotar a las comunidades, a la sociedad civil de ciertos instrumentos sin que tengan el carácter de exigibilidad ni de vinculación con decisiones suficientes para cambiar algo. Es decir que estamos creando instituciones de la sociedad civil sin poder y en eso hemos participado todos, ésta ha sido la primera parte de la experiencia. Además, equiparar el poder de instituciones públicas, en un modelo tan estatista como el nuestro, y cepillarle los colmillos a muchas posibles normativas ha sido, de alguna manera, parte de la negociación para lograr legislaciones, para avanzar un poquito.

Pero fíjense que dotar de poder y de mecanismos de exigibilidad a las comunidades, a la sociedad civil, tendría un doble carácter: en primer lugar, como alguna vez escuché decir, sustituir la calle y las pedradas por formas de diálogo y por discusiones institucionales que logren buscar soluciones un poco más sólidas. En segundo lugar, dotar a la parte de la demanda de políticas públicas de instrumentos que tengan una incidencia sobre la propia oferta; creo que la vigilancia ciudadana, la participación, el rendimiento de cuentas deben tener en su contenido efectos positivos sobre el tema del mejoramiento de los servicios, y no sólo por presión, no sólo por persecución, por miedo a los funcionarios públicos, no sólo por eso, sino también por la sabiduría misma que la gente tiene y que puede transmitir. Hasta la gente más joven sabe cómo hacer para resolver algunas cosas que el funcionario público no es capaz de oler, de ver, de sentir, y desde ese punto de vista me parece que hay una perspectiva de mejorar las políticas.

Una última idea sobre algo que desarrollé un poco, con cosas más puntuales y con algún tipo de instrumentos, es la siguiente: que en términos de legislaciones y de políticas que incorporen el tema de la vigilancia social, el tema de la exigibilidad de los derechos, no hay recetas. No es posible decir “éste es el camino”, ni vender una idea mesiánica acerca de por dónde tiene que ir la cosa. Creo que depende mucho de las circunstancias, depende mucho del desarrollo intelectual y técnico de los países, eso es vital: depende de los grados de complejidad de cada país.

Sin embargo, estoy dispuesto a arriesgarme a compartir algunas experiencias de Juventus, algunas cosas que hemos ido desarrollando para ver qué ocurre en el debate. En el caso de Costa Rica hemos optado por una fór-

mula que es un cóctel que combina varias cosas, y donde de lo que se trata -la apuesta, por decirlo de alguna manera- es de articular los discursos de la producción y la sistematización de la producción de la información con la vigilancia y la exigibilidad de los derechos, en la línea que he planteado, tratando de hacer un uso activo de la comunicación, no de la comunicación en el sentido de los medios, sino de un esquema comunicacional mucho más amplio. Esa fórmula es un poco complicada, tiene sus bemoles, sus altas, sus bajas y sus limitaciones, pero hasta el momento hemos utilizado esa triangulación tanto en actividades nacionales como en el nivel local, y también en el tratamiento de temas de carácter general y en otros de carácter específico. Es decir, cómo producir información, cómo generar nuevas variables, nuevas categorías, nuevos indicadores, cómo generar información que no existía, cómo hacer para lidiar con fenómenos que son estrictamente cualitativos y con los que no vale la pena seguir lidiando, como es el caso denominado “niñas prostitutas”, cómo dejar de hacer antropología con un niño de la calle, algunas cosas que van más allá del dato duro y que sin embargo hay que combinar con datos duros.

Bueno, no voy a ampliar la explicación de esta fórmula en diferentes temas y niveles, pero sí quiero agregar que el factor común en su utilización ha sido la incorporación de la academia, la incorporación de la universidad, ya no como un vendedor de servicios –como podría haber sido la universidad en algún momento-, ya no como un centro aislado y lento en la producción de cosas –porque también hay que reconocer que las universidades han sido lentas-, sino más bien como un actor, una especie de actor raro, un cruce de institución pública, estatal, autónoma y que concentra muchísima fuerza en la sociedad civil y que tendría que asumir una responsabilidad social en el tema de los derechos humanos de los niños, la adolescencia y las mujeres y en cualquier tema que tenga que ver con su misión institucional.

Y eso ha permitido dos cosas: en primer lugar, transferir a las universidades conocimientos en técnicas, informaciones, enfoques, que las universidades no habían asumido, lo cual es vital en la línea de lo que se ha hablado aquí en el sentido de dónde se están formando los profesionales, qué se está haciendo en investigación y qué impacto tiene esto en la sociedad. Así, en sociedades un poco más integradas, como las nuestras, el rol de la universidad es importante, además de que para el caso de Costa Rica la alianza estratégica es curiosa, porque en el orden de las instituciones más respe-

tadas figuran la iglesia, la defensoría del pueblo y las universidades y los medios de comunicación. Ahora bien, el tema de la capacidad técnica y de la transferencia -el tema de las universidades- es complejo, porque hay investigadores formados, hay un currículum hecho que es bastante difícil de modificar, pero también ha habido una apertura bastante amplia a todo esto. Quizá lo que siempre resulta más complicado es la oportunidad de poder hacer una investigación y de poder sacarla a tiempo, debido a los ritmos y a los tiempos, pero me parece que eso es parte de la experiencia, es parte de las cosas que hay que dejar correr y que pueden hacerse.

Además, debido al fenómeno de la precarización del empleo de los intelectuales -lo que en nuestro continente es particularmente elocuente-, muchos de nosotros, que hemos trabajado en universidades, nos hemos acostumbrado a trabajar un tiempo en la universidad y otro tiempo haciendo consultorías, trabajos part-time o, como dicen los músicos, haciendo "chivos". El caso es que ha habido gente que ha desarrollado habilidad en el campo de las consultorías y que cuando pasa un tiempo en la universidad haciendo una investigación de ese tipo entiende el problema de los tiempos. O sea que no todo ha sido negativo -tengo que decirlo así- en la exposición a algunas experiencias "mercantiles".

Luego de varios ensayos, lo más evolucionado en la cooperación entre Unicef y el gobierno de Costa Rica y con otras instancias, como las universidades y el Poder Judicial -dentro de una visión de trabajo con diferentes instituciones- se ha volcado en dos productos en la línea de la producción de instrumentos de vigilancia y de exigibilidad: uno ha sido la necesidad de crear un sistema de información estadístico en derecho de niñez y adolescencia, y otro que consiste en la producción de una publicación sobre el Estado nacional de los derechos de la niñez y la adolescencia.

Como podrán apreciar luego por las someras descripciones que haré, lo que sucede en este caso es lo siguiente: cuando se trata de este tema no hay que tenerle miedo a la dispersión; creo que hay que hacer muchas cosas, probar muchas cosas, para poder, luego, tomar decisiones. En nuestro caso hicimos muchas cosas y al final llegamos a la conclusión de que, efectivamente, el sueño de un nuevo sistema de información -no un sistema de información creado sobre otras cosas, sino un sistema de coordinación de la producción de las estadísticas sociales con un enfoque determinado- era posible siempre que no se inventara una institución más, un presupuesto más y toda una parafernalia más. La cuestión supone en parte una reforma de tipo

institucional: cómo hacer para que todos los departamentos de estadísticas de todas las instituciones –porque todas lo tienen-, que sólo procesan el 20% de las estadísticas -porque el otro 80%, que es muy importante para muchas cosas, no pueden procesarlo-, cómo hacer –decía- para impulsar a este tipo de instancias a que se articulen, y lo hagan en torno de una instancia nacional que existe en todos nuestros países: las direcciones de estadísticas y censos, que además en los últimos años han sufrido modificaciones en sus leyes constitutivas en todos los países de la región, lo que de alguna manera les da un carácter de organización, de rectoría, de seguimiento, etc. que a nosotros nos favorece en este contexto especial. Entonces se trata de cómo hacer para agrupar la información que ya tenemos, lo que ya sabemos, lo social, etc., por un lado, y de cómo hacer para desarrollar nuevos instrumentos que permitan captar lo que no podemos captar porque no ha estado en el esquema y producir las instancias de coordinación apropiadas para eso. Y esto no es fácil, porque hay cotos institucionales, hay feudos, hay cuasi mandatos institucionales que obligan a la no integración.

Sin embargo, se trata de cómo hacerlo en términos estadísticos, en términos de la propia universidad, que debería ofrecer asesoría técnica, y en términos de su articulación con estas nuevas instancias de consejos de coordinación de la política social que han empezado a surgir a raíz de las reformas legislativas. Es en este sentido que se presenta el desafío: se trata de un desafío de coordinación social. Cómo hacer para que esto se convierta en una información netamente pública, donde cualquiera tenga acceso a conocer cuáles son las brechas, dónde están las inequidades, dónde está la exclusión, cómo es ésta según edad y según género: éste es el gran desafío de la coordinación.

El otro producto es la confección de una publicación sobre el Estado nacional de los derechos de la niñez. Hemos gastado mucho dinero en investigaciones y lo vamos a seguir gastando en la medida en que sean necesarias, pero la cuestión está en cómo hacer para medir, para agitar el estado de la conciencia nacional y someter a los programas y las políticas sociales a escrutinio, en términos de sus resultados y no ya en términos de sus costumbres, y -quiero subrayar esto- en términos de sus postulados, porque hoy en día cualquier presidente de la región se refiere al enfoque de derechos y a los derechos de la infancia, cualquier técnico de cualquier nivel, cualquier municipio, a un grado tal que corremos peligro de banalización, y a esto, como dice Emilio García Méndez, deberíamos tenerle un poco de miedo. Si

bien deberíamos alegrarnos porque se asume el postulado, en relación con la operacionalización y con el rendimiento de cuentas sociales de los resultados, me parece que son esos postulados los que están en discusión, porque es exactamente lo que en la mayoría de los casos no se está haciendo. Lo que se intenta obtener con un estado de los derechos de la niñez es una radiografía analítica de la situación. En Costa Rica, por ejemplo, se han aliado para esto tres instituciones, y se trata incluso de una situación particular, porque el Código de niñez y adolescencia incluye artículos que establecen que una vez al año deberá informarse a la nación sobre el estado de los derechos de la niñez de acuerdo con los principios y los postulados que contiene ese código y, justamente, las universidades tienen la responsabilidad de asumir parte de esta obligación. Entonces, hicimos un convenio directo con la universidad, se planteó una alianza con la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales y ése fue el primer producto.

Por supuesto que la reacción pública es muy particular y muy diversa. Una de las reacciones más interesantes fue la que tuvieron los sectores gubernamentales, debido a que se empezó a dar cuenta de su gestión desde otra parte. Pese a que todos participaron -todas las instituciones dieron información, todas se juntaron, todas fueron muy francas-, todos dijeron: bueno, nos propusimos una meta de 10.000 pero apenas tenemos 102. Y ése es el dato: hace cuatro años se inició el programa de erradicación del trabajo infantil; la meta radical eran 10.000 y hay 102. “¿Qué está pasando?, ¿se dan cuenta de qué pasó? ... El que tenía que dar la beca no la dio y el presupuesto no se ejecutó y se saltaron tal trámite... El que tenía que hacer el diagnóstico psicosocial y económico de la familia no lo hizo a tiempo...” Entonces empiezan a verse todas las trabas del aparato burocrático, que aunque no son atribuibles a la administración de ningún gobierno en particular, ocurre que el que está de turno no puede permitirse el cuestionamiento.

Éste es el tipo de dilema y de discusiones que comienzan a plantearse en una sociedad un poco más abierta, donde esto comience a ponerse verdaderamente en práctica. Porque cuando definitivamente se empieza a deliberar más sobre el tema de las políticas y de los resultados de las políticas y la discusión se democratiza en el buen sentido, da la impresión de que ni los gobernantes ni los gobernados estamos todavía en condiciones de aceptar esto de manera plena. Y aparece entonces un obstáculo en el sentido de que en el momento en que cambien determinadas cosas, esas cosas ya no se van

a poder seguir haciendo. Y lo dejo ahí porque es parte de una experiencia que parece que vale la pena compartir.

En lo que respecta al sistema de información han surgido discusiones interesantes: para agrupar los derechos se pueden hacer muchas tipologías, hay muchísimas opciones, tantas como especialistas, y el consenso fue el siguiente: partamos de la generación histórica de los derechos humanos y hablemos entonces de derechos civiles, de derechos individuales, de derechos sociales, de medio ambiente, crucemos estas cosas con género, con grupos etarios, además de toda la discusión de la especificidad de los sujetos en sus diferentes etapas de desarrollo; y creo que entre todos los técnicos de la administración pública, las universidades y la gente que estaba participando llegamos a un buen consenso: que de esta manera se puede organizar la cosa.

Se han descubierto 300 posibles indicadores y no son todos. Hay una parte que falta, que es la que nos da el enfoque tradicional, y esto ha generado una cuestión interesante, donde la experiencia más rica ha sido la coordinación, y la ocasión sería institucionalizar eso. Hubiera querido traer una versión del CD pero aún no estaba listo. El esfuerzo va en esa dirección: lograr un nivel donde la cuestión sea alimentada constantemente desde las diferentes instancias que pueden alimentar, tratando de que sea en red para que desde el funcionario público hasta la directora de la ONG de mujeres o el dirigente estudiantil puedan acceder “a ver cómo está funcionando la situación de los niños”.

Sólo quiero agregar, para ir terminando mi exposición, cuál es el producto de la experiencia acumulada. Hemos experimentado con algunos estudios y algunas investigaciones que nos dejan el interrogante de cómo abordar el tema del estado de la niñez y el sistema de la información, lo que me parece importante en cuestiones tan tradicionales y tan complicadas y nunca bien ponderadas como el trabajo infantil y la explotación sexual. Por ejemplo, respecto del tema del trabajo infantil siempre se lo ha abordado desde la antropología, la antropología del trabajo infantil y, dicho sea de paso, había tantas categorías de niños de la calle como niños en la calle no había.

Entonces el problema se plantea cuando se aborda el tema de los derechos desde la perspectiva del derecho violado fundamental, que es el de la educación y el de la convivencia familiar, etc. Además, desde otra perspectiva, la de la escuela, uno se encuentra con que los 3000 niños que en Costa Rica se estimaba que estaban vinculados con el tema del trabajo

infantil ahora llegan a 150.000, a partir de introducir una nueva encuesta de hogares y de empezar a entender que cualquier actividad generadora de ingresos que ponga en peligro el acceso a la educación es trabajo infantil. Uno se encuentra entonces con que el problema es mucho más abarcador, con que hay un montón de brechas, con que los sitios donde esto sucede son inversamente proporcionales al tema de la cobertura educativa, que por edades la cuestión es cada vez más excluyente, que por supuesto los adolescentes se quedan cada vez más afuera. Entonces uno se encuentra con que el diseño de la política social con respecto al trabajo infantil es muchísimo más complejo, más demandante y más ambicioso de lo que pudimos haber pensado.

Lo mismo ocurre en el caso de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, donde se pasa de hacer historias de vida y biografías de niñas prostituidas a entender lo que es la ruta crítica de la explotación sexual, que -al igual que en el caso de los niños varones, en el que está el tema de la delincuencia juvenil, adolescente- se descubre que en el tema de las niñas explotadas sexualmente son todos los mismos cuadros, todos los casos se alinean en la ruta crítica del tema de la violencia familiar, y por supuesto de la pobreza, de algunos estilos de consumo que incluso están afectando a las niñas de las clases medias, además del drama de esas niñas que están en la calle o en instituciones y que pese a que ya pasaron por lo menos tres o cuatro veces por alguna institución pública, en vez de corregir el problema lo que se hizo fue institucionalizarlas cada vez más y complicarlas cada vez más.

Bueno, cuando ya se percibe la ruta crítica y, transversalmente, el círculo de vida, y se deja de reparar en los “casitos”, y entonces dejamos de abrir ONGs para cambiar la situación de dos o tres niñas porque advertimos que el tema es un tema de política social y, de manera transversal, de prevención, la cuestión se torna otra vez bastante complicada y entonces la gente que tiene que rendir cuentas se pone nerviosa y definitivamente se entra en otro tipo de desafío.

Otro tema que se ha convertido en uno de mis favoritos es el de cuánto excluyen las relaciones de poder en un sistema educativo: excluyen a los adolescentes, principalmente, que están hartos de aceptar normas que no entienden y de tener que aceptar que hay un sistema de administración de la educación y de las evaluaciones del que ellos no son sujetos, sino objetos tutelares absolutos. Estoy trabajando ese tema e imaginé una matriz -

perdón, un plano cartesiano-: imaginemos un eje Y que represente el derecho a la educación o la educación como un derecho, y ahí nos encontramos con el tema de la exclusión y de la inclusión. Imaginemos otro eje, X, que represente el tema del derecho en la educación. Uno advierte que si bien tiene cuadrantes en los que la inclusión puede estar totalmente resuelta, del lado izquierdo está totalmente no resuelto el tema de la igualdad. Entonces ocurre que sí, que el niño o el adolescente está incorporado, pero recibiendo un currículum cultural paralelo de que los conflictos se resuelven a la fuerza y arbitrariamente. Se le puede enseñar historia, matemática, geografía y hasta educación ciudadana, pero la forma de relacionarse en términos de poder y en términos de resolver conflictos es absolutamente antidemocrática, y me parece que eso es parte del currículum. Esto se puede aplicar a los servicios de salud, de hecho se ha aplicado a los servicios de salud, a la administración de la justicia, el esquema funciona como para ver diferentes alternativas.

Se trata de estudios cualitativos, de estudios en profundidad, estudios que no se pueden dejar de hacer porque hacen sistema, hacen informes; ésta es la investigación que hay que seguir haciendo porque es la que siempre va a arrojar datos nuevos, resultados nuevos sobre los que una sociedad, una institución, una organización no puede dejar de reflexionar.

Sólo me resta un punto relacionado con algunas cuestiones de coordinación y seguimiento institucional de algunas políticas, como es el caso de la reforma de la ley penal juvenil, que en Costa Rica fue acompañada por un foro que funcionó desde los seis meses de activación de la ley. Se trata de un foro que administra justicia y participa en la ejecución de sanciones, lo que ha sido muy interesante, porque ha permitido ir viendo, día a día, cómo se aplica esa ley y por lo que ha permitido hacer. Otro tema que hemos impulsado es el de la creación de los sistemas locales de protección de la oferta y la demanda, donde se trata de que haya órganos ciudadanos independientes para la exigibilidad y que, aunque también tienen sus contratiempos, resultan experiencias interesantes.



LA CEDAW COMO
INSTRUMENTO DE EMPODERAMIENTO *
DE LAS MUJERES

Leila Linhares Barsted

A GRADEZCO MUCHO A LAS ORGANIZADORAS DE ESTE ENCUENTRO la oportunidad de estar en Buenos Aires debatiendo una cuestión tan importante como es la referida a la implementación, de hecho y de derecho, de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

Básicamente, en mi ponencia me referiré a tres cuestiones: las políticas públicas; los componentes de la ciudadanía y la actuación de los distintos agentes del Estado y de la sociedad civil para la concreción de la ciudadanía a través de la implementación de políticas públicas; y el rol de la CEDAW en el “empoderamiento” de las mujeres.

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

En primer lugar, creo que cuando nos referimos a las políticas públicas como herramientas para la promoción y la protección de los derechos humanos debemos prestar atención a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que de alguna manera fundamentó lo que podemos llamar el Estado de Bienestar Social. Esta forma de Estado, desarrollada en algunos países de Europa a través de una especie de capitalismo más humano o intentada en las experiencias socialistas, también fue aplicada con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial en los Estados Unidos y en América Latina. Es necesario pensar que la década de 1940, la posguerra y todo el proceso de redemocratización de los países de nues-

* Neologismo que significa dar poder efectivo o de decisión a las mujeres o a grupos vulnerables. [N. del E.]

tra región fueron situaciones que estuvieron presentes en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, a través de los derechos económicos, políticos, sociales, culturales, y en la exhortación que la ONU, en su Asamblea General, hizo a los estados miembros para que respetasen y cumpliesen con este conjunto de derechos.

En la legislación de nuestro continente –la del Brasil, la del Uruguay, la de la Argentina- se observa una propuesta preliminar de legislación social del trabajo, de providencia social. De alguna manera, el Estado, de características típicamente liberales hasta entonces, pasa a responsabilizarse de políticas sociales universalizantes, para todos, o por lo menos para todos los trabajadores reconocidos e incorporados formalmente a la producción y a los servicios.¹ Y es en ese sentido que podemos afirmar que los fundamentos jurídicos del Estado de Bienestar Social están muy presentes en la Declaración Universal de los Derechos Humanos: por un lado, el derecho a tener derechos y, por otro, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado en la concreción de los derechos humanos, en la concreción de la ciudadanía.

Es por eso que el concepto de políticas públicas hace referencia al Estado actuante, el Estado en acción, pero el Estado no sólo en el área del Poder Ejecutivo, sino en todas sus funciones, también las del Poder Legislativo y las del Poder Judicial. Y ese Estado en acción no puede desarrollarse aislado de la sociedad civil, de modo tal que en el concepto de políticas públicas está presente también la participación, no sólo como demanda de la sociedad civil, sino en la construcción de la sociedad civil.

Cuando se piensa en el Estado y uno se pregunta qué podría hacer el Poder Legislativo en lo que respecta a las políticas públicas (además, como es obvio, de elaborar las leyes), se advierte que él puede utilizar su poder de elaborar el presupuesto del país previendo e incluyendo recursos suficientes para la implementación de políticas públicas sociales y universalizantes. Y es en este sentido que la creación del presupuesto es fundamental, no sólo para crear los recursos necesarios con vistas a la implementación de políticas públicas de carácter universal, sino porque pone de manifiesto la inten-

1. Cuando en el Brasil se establecieron las leyes laborales y previsionales -a partir de la década de 1940- los trabajadores rurales y las trabajadoras domésticas no fueron incluidos como beneficiarios de esa legislación, y sólo fueron incorporados, respectivamente, en las décadas de 1960 y 1970.

ción real y no solamente una intención formal del Estado y de las políticas.

En cuanto al campo de acción del Poder Ejecutivo, él puede generar los servicios, o puede intervenir, por ejemplo, en el cambio de la mentalidad a través del área de Educación, puede fiscalizar la aplicación de la ley, puede promover campañas, o sea que existe un área muy grande en que el Poder Ejecutivo tiene una actuación muy importante para la generación de políticas públicas.

En lo que se refiere al Poder Judicial, tradicionalmente se ha sostenido que este poder no hace política, aunque todos sabemos que el Poder Judicial hace política permanentemente. En ese sentido, este poder puede hacer políticas públicas cuando aplica e interpreta la ley y contribuye a través de una jurisprudencia que permite el avance de la ley hacia la dinámica social. Por lo tanto, el Poder Judicial tiene una gran contribución que hacer en el área de los cambios de mentalidad, en el sentido de que el derecho puede contribuir a concretar una fase transformadora y no mostrar sólo un rostro conservador.

El sector privado, y particularmente las organizaciones no gubernamentales, también pueden desarrollar políticas públicas, ya sea monitoreando las políticas del Estado o contribuyendo al diseño e implementación de servicios destinados a la concreción de los derechos humanos y, particularmente, actuando de forma activa en la proposición y en la defensa de leyes democráticas y de servicios universalizantes en la perspectiva de la indivisibilidad de los derechos humanos.

Por otra parte, si bien las políticas públicas de promoción y de protección de los derechos humanos deben ser siempre universalizantes, no podemos excluir la necesidad de políticas específicas que compensen deudas históricas con grupos tradicionalmente marginados. Es el caso, por ejemplo, de las mujeres, de los niños, de los indígenas o de los negros, es también el caso de toda una población que tradicionalmente quedó exenta de los beneficios de las políticas públicas (aunque no de manera explícita, como ocurre por ejemplo con la ley brasileña, que no discrimina a mujeres, negros, indígenas y niños, aunque de hecho éstos no son beneficiados por las políticas públicas, a través de un proceso muy disimulado). Ejemplo de esto es el hecho de que, en general, hasta la década del 1970, incluso las leyes internacionales utilizaban expresiones como "todos los individuos humanos", o sea, el plural genérico masculino, que oculta a los sujetos concretos de los derechos. Es por ello que para conferir visibilidad a las mujeres, a los niños,

a los negros, a los indios, es necesario, por ejemplo, hacer una evaluación crítica del lenguaje, cambiar esa utilización desmesurada del plural genérico masculino y utilizar los vocablos específicos, superar esa homogeneidad abstracta. Es necesario que las leyes digan: hombres y mujeres, adultos y niños, blancos, negros e indígenas. Puede parecer excesivo, pero estamos tratando de cambiar una cultura de ocultamiento de sujetos para sustituirla por una cultura de reconocimiento y de respeto de la diversidad de sujetos. Estamos intentando crear una cultura de ampliación, no sólo de los derechos, sino de los sujetos de los derechos, y para nosotras, mujeres, creo que es fundamental incluir en las leyes el vocablo “mujer”. En ese sentido, en el conjunto de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979, es paradigmática, porque nombra específicamente a las mujeres.

L A C I U D A D A N I A Y S U S C O M P O N E N T E S

Cuando nos referimos a políticas sociales públicas dentro de un espacio democrático tenemos que pensar necesariamente en la ciudadanía. El concepto de ciudadanía está intrínsecamente articulado con las nociones de libertad y de igualdad y con la idea de que la organización del Estado y de la sociedad debe representar y responder al bien común, así como estructurarse a partir de la movilización política de los ciudadanos (en el siglo XVIII y aun en el XIX este concepto no incluía al conjunto de la sociedad, pues dejaba al margen a los pobres y a las mujeres, por ejemplo, mientras convivía con su opuesto -los africanos secuestrados para servir como esclavos en las colonias americanas-).

En el siglo XX, diversos movimientos sociales contribuirían a la ampliación del concepto de ciudadanía y nuevos sujetos fueron incorporados y sus derechos reconocidos: trabajadores, mujeres, negros, indígenas, analfabetos. La entrada en escena de esos nuevos sujetos fue acompañada de nuevas concepciones de derechos que se sumaron al concepto de ciudadanía de la libertad y de la igualdad formales: salud, habitación, trabajo, medio ambiente, tiempo libre y cultura, entre otros.

El ciudadano pasó a ser el titular de los derechos individuales y sociales, tal como se declara en todos los ordenamientos jurídicos de los países democráticos, incluyendo el Brasil y la Argentina, por ejemplo. Podríamos considerar que desde el punto de vista formal y legal, en mi país, el Brasil, la ciu-

dadanía sólo se completó en 1988, con el reconocimiento de la igualdad entre los hombres y las mujeres en los espacios público y privado.²

“Ciudadanía” significa no sólo la existencia, sino también la titularidad de derechos individuales y sociales, y en la actualidad también podemos incluir como parte de ella los derechos colectivos o de interés difuso, como el derecho al medio ambiente. Por lo tanto, la titularidad no se agota en las declaraciones o en el reconocimiento jurídico formal de derechos; la titularidad consiste en tener derechos y en poder gozar, usufructuar de ellos. O sea que para que una mujer o un hombre puedan ser titulares de derechos³ es necesario que exista un conjunto de derechos expresados en declaraciones formales, tales como leyes nacionales e internacionales, es decir, que es necesario tener la norma jurídica positivizada y declarada. Tener una correspondencia entre esta norma positivizada y declarada y los valores, las costumbres, los comportamientos sociales.

La titularidad también implica la implementación efectiva de esos derechos, su introyección en las representaciones sociales, e incluso el propio sentimiento de titularidad. Muchas veces nos encontramos con mujeres que tienen conocimiento de la existencia de una ley que les reconoce un derecho pero que aun así no se sienten titulares de ese derecho, no se sienten ciudadanas. Entonces, hay condiciones muy amplias para la ley de la declaración formal de derechos que están incluidas en la idea “titularidad de derechos”.

Se puede afirmar que en muchos países de Latinoamérica gran parte de los derechos humanos, tanto en el campo de los derechos individuales como en el de los sociales, están consagrados por la constitución de cada país, aunque quizá no todos, porque hay grupos, como por ejemplo el de las empleadas domésticas, que continúan marginados de la ley (no sé qué ocurre en este sentido en la Argentina, pero en mi país la Constitución brasileña no garantiza a las trabajadoras domésticas el conjunto de derechos de los que gozan

2. Debe destacarse que en el Brasil, a las trabajadoras domésticas aún no se les han garantizado legalmente todos los derechos de que gozan los demás trabajadores. Además, la desregulación del trabajo, y la consecuente ampliación del sector informal, privó a muchos trabajadores de derechos duramente conquistados a lo largo del siglo XX.

3. Con respecto a la noción de “titularidad”, véase Petchesky, Rosalind, y Judd, Karen (orgs.), *Negotiating Reproductive Rights*, International Reproductive Rights Research Action Group –IRRRAG-, NY, Zed Books, 1998.

los demás trabajadores). Sin embargo, se puede afirmar que, en general, un 70% u 80% de los derechos y garantías individuales y sociales son positivos, es decir, están consagrados por las leyes nacionales. Ahora bien: ¿qué ocurre cuando nos detenemos en la correspondencia entre el derecho declarado y los valores y las costumbres en la práctica? Todos sabemos que hay una enorme distancia, una gran distorsión que impide la titularidad social y que se refleja en las estadísticas sociales, y creo que lo que Mauricio González afirma en este sentido en su ponencia es muy importante.

Las estadísticas sociales, que dan visibilidad a la situación concreta de los derechos de la ciudadanía, señalan una distorsión muy grande, presentan una realidad muy desalentadora: una pequeña participación política de las mujeres, un salario mucho más bajo que el de los hombres, tasas de mortalidad materna muy altas, porque las prioridades de los presupuestos en el área de la salud no se dirigen necesariamente a la salud de las mujeres o más específicamente a la salud reproductiva, por ejemplo. Entonces hay una distorsión, hay una distancia muy grande entre la titularidad formal, legal, y las condiciones de titularidad.

En cuanto a las representaciones legales de la titularidad, siempre existe la posibilidad de que haya un sentimiento ambiguo en la sociedad. Muchas veces las personas dicen que no conocen el derecho, otras veces el derecho es confundido con los esquemas de favores, muy comunes en el Brasil y muy claramente presentes en las prácticas sociales orientadas por la personalidad y no por la ciudadanía.

En otros momentos el derecho es percibido con una idea difusa de operacionabilidad, otras veces como algo sin sentido, porque no se logra acceder a él. El acceso a la justicia, el acceso a los mecanismos que pueden hacer que el derecho se concrete, es o bien desconocido o de alguna manera evaluado como ineficaz. Entonces se verifica una situación de incumplimiento de la titularidad de derechos, incumplimiento que vale tanto para las mujeres como para los hombres, para los niños, para los negros o para los indígenas, pero que en relación con las mujeres se explica por el hecho de que ellas obtuvieron más tardíamente sus derechos formales como ciudadanas, por el hecho de que están poco representadas en las instancias del poder del Estado y de la sociedad civil, por el hecho de que son afectadas en forma más contundente, tanto respecto de las discriminaciones sociales cuanto del autorreconocimiento de que son titulares de derechos. Es por eso que es mucho más difícil concretar la titularidad de derechos para las mujeres que para los hombres.

En este contexto, desde 1975, con la primera Conferencia Mundial de la Mujer, realizada en la ciudad de México, los movimientos organizados de mujeres emprendieron esfuerzos para la ampliación de la ciudadanía de las mujeres, esfuerzos que hoy, utilizando un vocablo contemporáneo, podríamos decir que significaron un empoderamiento de las mujeres, que se verificó de muchas formas, una de las cuales fue la visibilidad que la problemática de las mujeres, mediante un esfuerzo muy grande, cobró en la década de 1970 debido a la producción –cuya importancia resultó fundamental– de datos estadísticos desagregados por sexo.

Frecuentemente se afirmaba que las mujeres inventaban situaciones (en principio, la cultura machista considera que las mujeres siempre mienten): se decía que las mujeres habían inventado su situación de discriminación. Los datos estadísticos oficiales mostraron que no, que las mujeres no mentaban, que en realidad la situación de las mujeres era mucho peor que la de los hombres, y que en los estratos sociales más bajos, entre los pobres, las mujeres eran más pobres, y entre ellas, en el Brasil por ejemplo, las mujeres negras eran más pobres aún.

Fue la conferencia de México la que impulsó la organización de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, pero nosotras no podemos minimizar el poder, la fuerza, la presión política de las mujeres feministas, y en ese momento particularmente de las feministas europeas y norteamericanas, para la organización de la CEDAW. Yo comparto en gran parte la afirmación de que la ampliación de los derechos civiles de las mujeres responde a las necesidades del sistema económico de tener más consumidoras, más trabajadores. Pero no podemos desconocer que la CEDAW es producto de una acción política muy importante del movimiento internacional de mujeres. En ese sentido, la CEDAW establece una especie de ciudadanía internacional, y desde entonces, desde 1979, impacta en todas las legislaciones nacionales: en las reformas constitucionales de muchos países –como es el caso de la reforma de la constitución brasileña de 1988– la CEDAW fue utilizada como una especie de paradigma jurídico para que las mujeres pudiésemos demandar nuestros derechos de ciudadanía.

También debemos señalar que la CEDAW tiene limitaciones propias de su época e incluso omisiones, y que la gran omisión reside en que no abordó la problemática de la violencia contra la mujer, y por ello la CEDAW

debe ser utilizada junto con la Convención de Belem do Pará de 1994. Pero la actualización de la CEDAW no sólo es posible mediante un cambio de la propia Convención, sino que se puede proponer una ampliación. En este sentido, yo en particular pienso que nosotras, las mujeres, no tenemos el poder suficiente como para mejorar la CEDAW, pero que debemos, sí, tener el poder de presionar a los gobiernos de nuestros países para que firmen y ratifiquen el Protocolo Facultativo de la CEDAW, que amplía los poderes de su Comité para recibir e investigar denuncias de violaciones de los derechos humanos de las mujeres. Es en este sentido que considero que tenemos que avanzar en la construcción de un derecho nuevo, un derecho nuevo que incorpore a la CEDAW, la Convención de Belem do Pará y los principios éticos de los planes de acción de la década de 1990, de la Conferencia de Viena, de la Conferencia del Cairo sobre población y desarrollo, de la Conferencia de Beijing, de la Conferencia de Copenhagen y también de la Conferencia del Medio Ambiente.

El contenido de esos planes de acción de las conferencias de las Naciones Unidas realizadas en la década de 1990 se ha erigido de hecho en principios generales de derecho internacional, que a partir del momento en que son incorporados a las legislaciones nacionales se transforman en principios generales de las leyes nacionales. Por ejemplo, el artículo 12 de la CEDAW, que trata de la salud de las mujeres, habla muy poco sobre derechos reproductivos, se refiere simplemente a la posibilidad de tener o no tener hijos, y a que esta decisión les compete a la mujer y al hombre sin presión del Estado. Pero nosotras sabemos que en el Plan del Cairo, y en el Plan de Acción de la 4ª Conferencia de la Mujer de Beijing, se avanzó mucho en la idea de que los derechos reproductivos también son derechos humanos. Es en ese sentido que es posible utilizar el artículo 12 de la CEDAW con una interpretación más extensiva y más amplia a través de los planes de acción de las conferencias de la década de 1990. Más allá de que se trata de un ejercicio muy interesante, creo que es un ejercicio que nosotras, mujeres, y particularmente las mujeres que trabajamos como operadoras de derechos, tenemos la necesidad y debemos tomar el compromiso de llevar a cabo.

De alguna manera, desde 1979 hasta nuestros días hubo un esfuerzo legislativo muy grande, pero -como ya he dicho- la distancia entre ese esfuerzo legislativo y las políticas públicas también es muy grande todavía. Por ejemplo: el Poder Legislativo ha aprobado leyes en consonancia con el

derecho internacional sobre derechos humanos, pero ha sido muy poco generoso cuando se trató de incluir en el presupuesto nacional, por ejemplo, recursos para la creación de servicios en favor de las mujeres o de los niños.

Por su parte, el Poder Ejecutivo muchas veces ha omitido incluir el enfoque de género o de raza con una visión transversal en sus diversas áreas de actuación; en ese sentido, cuando nosotras estamos pensando en políticas públicas, necesariamente tenemos que pensar en transversalidades, porque en caso contrario no estaremos hablando de políticas, estaremos hablando de servicios, de servicios aislados que no se relacionan entre sí. Entonces es necesario que el Poder Ejecutivo incluya la transversalidad de género y de raza en sus diversas áreas de actuación.

Pero el Ejecutivo también ha sido muy tímido en la creación de servicios específicos. Por ejemplo, en mi país, donde podemos observar índices muy altos de violencia contra las mujeres, practicada por sus maridos o compañeros, y tenemos cerca de 307 comisarias de la Mujer, no hay más que 25 refugios para mujeres víctimas de violencia y no más de 20 servicios de salud para la atención de mujeres víctimas de violencia sexual. Pese a que son escasos, estos servicios representan claramente un avance y no podemos despreciarlos, debemos utilizarlos como una posibilidad, ampliarlos y tornarlos más eficientes, más eficaces.

Dentro del Estado, el área tal vez más dura es el área del Poder Judicial, que se mantiene como un poder rígido, conservador, indiferente, e incluso un poder que interpreta las situaciones con un espíritu muy machista y sexista. Un periódico brasileño publicó el archivo de una investigación donde un abogado se encontró con una situación absurda: en la capital del Brasil, un hombre que había violado a una niña de 13 años fue considerado inocente por el juez. El referido juez adujo que, en realidad, cuando un hombre va a tener relaciones sexuales con una mujer no le pregunta la edad. Sólo se fija en si ella tiene un físico compatible con el de una mujer adulta, si tiene senos grandes o caderas anchas. Evidentemente podemos afirmar que este juez desconoce completamente la protección de los niños.

Las organizaciones no gubernamentales han tenido un papel muy importante como fuerza impulsora de la titularidad de derechos de las mujeres. La presión de los movimientos de mujeres muestra, por lo tanto, muchos logros, algunos de los cuales son muy importantes para nosotras: en el Brasil uno de ellos es la ley de derechos reproductivos, llamada Ley de planeamiento familiar. Otro avance es la norma técnica del Ministerio de Salud que regula los

servicios para las mujeres víctimas de violencia sexual, que ha creado servicios para atender la contracepción de emergencia, la profilaxis de enfermedades sexuales, incluso el sida, y también el derecho al aborto legal.

Creo que ante estos avances, todavía muy tímidos, de las políticas públicas, resta mucho por hacer para tornar real la ciudadanía de las mujeres, buscando, como mínimo, acceder a las metas previstas en los planes de acción de las conferencias del Cairo y de Beijing.

También debemos tener conciencia de que esos avances ocurren en un terreno adverso para todos: el cuadro de precarización del empleo, de la desregulación de los derechos sociales, del retroceso del Estado nacional en relación con las políticas universalizantes de bienestar social, de la crisis representada por la desmovilización política de la sociedad y de tantos otros procesos sociales que inciden sobre las mujeres y los hombres.

En ese terreno pantanoso, la lucha por la ciudadanía es más que nunca una tarea urgente y continua. Esa lucha pone a las mujeres, una vez más, ante el desafío de duplicar su incursión en el espacio público: actuar en defensa de sus derechos específicos y actuar en defensa del respeto a los derechos humanos en general.

Pienso que las mujeres debemos radicalizar nuestra presión sobre las instituciones del Estado y de la sociedad, porque en la última década nos hemos comportado demasiado dócilmente como buenas señoritas. Creo que con el fin de siglo llegó la ocasión de recuperar nuestra radicalidad de la década de 1970, de definir nuevas estrategias para impulsar el proceso de empoderamiento de las mujeres. Uno de los aspectos de esa estrategia ya está siendo puesto en práctica por algunas organizaciones de mujeres: el diálogo permanente con otros sectores progresistas de la sociedad. Es preciso que la lucha por los derechos humanos de las mujeres también esté presente en los objetivos de todas las organizaciones de los distintos sectores de la sociedad que actúan para la ampliación de la consolidación de la democracia en nuestros países y en todo el mundo.

