

Diálogo entre la Iniciativa Niñ@Sur y los sistemas universal e interamericano de protección de derechos humanos

Ciudad Autónoma de Buenos Aires
13 y 14 de julio de 2010



Iniciativa
Niñ@Sur

**Diálogo entre la Iniciativa Niñ@Sur
y los sistemas universal
e interamericano de protección
de derechos humanos**

Diálogo entre la Iniciativa Niñ@Sur y los sistemas universal e interamericano de protección de derechos humanos / coordinado por Daniela Vetere y Nuria Bril. - 1a. ed. - Buenos Aires : Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Secretaría de Derechos Humanos, 2011.

132 p. ; 24x18 cm.

ISBN 978-987-1407-25-5

1. Derechos Humanos. I. Vetere, Daniela, coord. II. Bril, Nuria, coord.
CDD 323.054

1ª edición: abril de 2011
3.000 ejemplares

ISBN 978-987-1407-25-5

© Secretaría de Derechos Humanos

Esta publicación fue realizada por la Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina, en el marco de la Iniciativa Niñ@Sur de la Reunión de Altas Autoridades competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados Asociados (RAADDHH).

Edición, corrección, diseño y diagramación: Área de Publicaciones de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina.

25 de Mayo 544, PB, Ciudad Autónoma de Buenos Aires
www.derhuman.jus.gov.ar

Hecho el depósito que establece la ley 11.723
Impreso en la Argentina

Contenido

	Palabras de presentación _____	5
	Palabras del Secretario de Derechos Humanos, Eduardo Luis Duhalde _____	7
	Palabras del Secretario de Relaciones Exteriores, Alberto D'Alotto _____	9
	Dialogos para la protección de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, por Victoria Martínez _____	11
	Primera jornada. Diálogo con el sistema universal _____	13
	La presentación de informes periódicos ante el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, por Rosa María Ortiz _____	15
	Síntesis del intercambio con los participantes _____	25
	Las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño, por Marta Mauras Pérez _____	26
	Síntesis del intercambio con los participantes _____	32
	Mesa redonda. Hacia un sistema de comunicaciones individuales _____	33
	Hacia un procedimiento de comunicaciones mediante un protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño, por Sebastián Rosales _____	35
	El papel del Comité de los Derechos del Niño. Aspectos positivos y nuevos desafíos, por Rosa María Ortiz y Marta Mauras Pérez _____	54
	Complementariedad de los sistemas regional y universal en la protección efectiva de los derechos de la infancia, por Susana Villarán de la Puente _____	59
	Hacia un protocolo facultativo que consolide los sistemas de protección efectiva de los niños víctimas de violencia, por Marta Santos Pais _____	66
	Síntesis del intercambio con los participantes _____	70
	Mesa redonda. Intercambios con representantes de organismos internacionales de cooperación _____	71
	Temáticas actuales en las instancias de cooperación regional de Unicef, por Ennio Cufino _____	73
	Panorama regional y debates sobre los derechos de los niños migrantes, por Juan Artola _____	76
	Aportes de la Organización Internacional del Trabajo al enfoque de la Iniciativa Niñ@Sur, por Guillermo Dema _____	79
	Síntesis del intercambio con los participantes _____	83



Segunda jornada. Diálogo con el sistema interamericano ————— 85

El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes desde su jurisprudencia, por Juana María Ibáñez Rivas ————— 87

Síntesis del intercambio con los participantes ————— 110

Un instituto de políticas públicas para fortalecer los derechos humanos en los Estados del Mercosur, por Víctor Abramovich ————— 111

Síntesis del intercambio con los participantes ————— 123

Estrategias para el diálogo entre la Iniciativa Nin@Sur y el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, por Víctor Giorgi ————— 124

Síntesis del intercambio con los participantes ————— 131



Palabras de presentación



Palabras del Secretario de Derechos Humanos

Esta publicación reúne los debates, las conversaciones y las experiencias emanadas del seminario *Diálogo con los sistemas interamericano y universal de protección de derechos humanos desde la Iniciativa Niñ@Sur*, que se realizó en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 13 y 14 de julio de 2010. El encuentro fue de suma importancia y es un orgullo para la Secretaría de Derechos Humanos haberlo impulsado junto con la Cancillería y Unicef.

En la República Argentina, durante la administración del presidente Néstor Kirchner y la de la presidenta Cristina Fernández de Kirchner se ha puesto mucho esfuerzo en la protección y la promoción de los derechos de la niñez. Esto guarda estricta relación no sólo con una convicción ética y jurídica, sino también con el estado de la niñez tras décadas de políticas neoliberales salvajes que llevaron a una fuerte degradación de la situación de la niñez tanto en lo material como en su protección jurídica y en el goce de sus derechos. Mucho ha avanzado la República Argentina en este tema, pero sería necio creer que hemos alcanzado estándares suficientes como para hablar de un alcance efectivo de las políticas realizadas. Se ha avanzado notoriamente en lo normativo, en la adecuación de la legislación interna, en concluir con viejos resabios de políticas oscurantistas como la del patronato, en el mejoramiento decisivo de los estándares materiales de vida de los niños, en la disminución del desamparo por parte del Estado, en las políticas educativas; pero todavía nos queda mucho por hacer. Es política del Estado argentino el apoyo a toda iniciativa de mejoramiento en el sistema de protección de derechos humanos, tanto en los instrumentos como en los protocolos adicionales. La Argentina no sólo ha suscripto todos los tratados e instrumentos que han entrado en vigencia, sino que también produjo declaraciones e iniciativas.

La Iniciativa Niñ@Sur, que se planteó en la primera Reunión de Altas Autoridades competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados Asociados (RAADDHH), en mayo de 2005, en Asunción del Paraguay, entre los otros Estados partes, Estados asociados y países observadores, contó con un decisivo apoyo de nuestro país. Diría que hay dos temas centrales en la RAADDHH que han atravesado el diálogo en una quincena de reuniones, que nuestro país ha impulsado de manera sostenida: la Iniciativa Niñ@Sur y la creación del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH). Estamos absolutamente convencidos de que no basta con la mirada local, con una mirada que en última instancia resulta parcial, limitada por las fronteras, sino que debemos ver los problemas de la niñez y de la adolescencia en el contexto de los acuerdos regionales y universales. Por eso, desde la perspectiva de la Secretaría de Derechos Humanos, el diálogo que ha propuesto este seminario, la reflexión y el intercambio de experiencias son indispensables para seguir aprendiendo, para seguir pensando en conjunto cómo avanzar en estos temas.

El impulso conjunto al protocolo adicional a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) que se planteó en la reunión de 2005 en Asunción, en el ámbito del Mercosur, llevó a que en la tercera y la cuarta reunión, realizadas en Buenos Aires, en 2006, se planteara la redacción de un borrador, que es una herramienta fundamental. Las comunicaciones y el

tratamiento de los casos individuales vivifican el sistema y permiten abandonar el discurso abstracto para empezar a considerar los problemas concretos. No hay mayor impacto que un niño famélico, que un niño abusado, que un niño prostituido, que un niño sin acceso a la educación y a los mínimos bienes materiales. Esa corporización vale más que mil discursos que podamos decir en el plano de las generalidades. Creemos que este protocolo tiene un profundo sentido hoy, como complementación de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, y como tal lo hemos impulsado.

Es preciso enfatizar la necesidad del diálogo con los órganos jurisdiccionales de protección, regionales o universales, puesto que de ese diálogo depende la posibilidad de una mejor aplicación local de los esfuerzos de la normativa internacional y de evitar las responsabilidades internacionales por desencuentros en la interpretación normativa. Reuniones como el seminario que aquí reproducimos fueron muy fecundas para todos los que estuvieron presentes. Por tal motivo, esta publicación tiene el objetivo de difundir los debates realizados y hacerlos extensivos a todos aquellos que estén comprometidos con el bienestar de todos los niños, niñas y adolescentes de nuestro país y de los países vecinos.

Dr. Eduardo Luis Duhalde
Secretario de Derechos Humanos
Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos de la Nación

Palabras del Secretario de Relaciones Exteriores

A partir del retorno de la democracia en la Argentina, se inició un camino en el que la promoción y la protección de los derechos humanos han sido establecidas como una política de Estado y como uno de los ejes y pilares fundamentales de nuestra política exterior. Es así que nuestro país ha logrado un liderazgo en esta materia, gracias a su activa participación en la negociación de instrumentos que promueven y protegen el ejercicio de los derechos humanos en los planos regional, interamericano y universal. La Argentina se encuentra entre los Estados que han ratificado todos los tratados de derechos humanos adoptados a nivel universal e interamericano, y ha aceptado todos los mecanismos que acompañan a estos instrumentos, ya sea por la presentación de denuncias individuales o por la rendición de informes a los órganos de tratados. En línea con esta práctica, con esta política argentina, en 2009, firmamos el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece un mecanismo de denuncias, y actualmente se encuentra en proceso de aprobación ante el Congreso de la Nación. Estamos convencidos de que los esfuerzos internacionales para elevar los estándares en materia de derechos humanos tienen un impacto positivo en nuestras sociedades por medio del desarrollo de políticas públicas activas tendientes a su implementación interna.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es el único instrumento en materia de derechos humanos del sistema de las Naciones Unidas que no cuenta con un procedimiento de denuncia o comunicaciones. Por ello, en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Argentina acompañó las resoluciones que crearon el grupo de trabajo para la adopción de un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, a fin de establecer un procedimiento de comunicaciones. El llamado que los presidentes del Mercosur realizaron en diciembre de 2003 para ratificar a nivel regional la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y otros tratados para la protección de niños y niñas junto al establecimiento de la Iniciativa Niñ@Sur da testimonio del interés regional en fortalecer los sistemas de protección internacional frente a temas como la explotación sexual infantil, la trata, la venta de niños y niñas, el trabajo infantil y la justicia penal juvenil.

La Iniciativa Niñ@Sur implica la articulación de esfuerzos nacionales de los países miembros del Mercosur y Estados asociados para la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño, la adecuación de la legislación interna y la preservación del interés superior del niño por encima de la nacionalidad. Esta iniciativa representa un ejemplo exitoso de diálogo y cooperación en materia de seguimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio vinculados con los derechos de la infancia y la adolescencia en colaboración con actores no estatales estratégicos. He de destacar también que la Argentina, junto a sus pares, ha impulsado la creación del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur, organismo que también hará llegar aportes en esta materia a los Estados.

El seminario *Diálogo con los sistemas interamericano y universal de protección de derechos humanos desde la Iniciativa Niñ@Sur* inauguró una instancia muy valiosa en el proceso

de fortalecimiento de los mecanismos de protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Más allá de la contribución que estimamos ha aportado el debate específico sobre un protocolo adicional a la Convención sobre los Derechos del Niño en materia de comunicaciones individuales, este encuentro significó una oportunidad interesante para establecer un diálogo e intercambio de experiencias tanto con el sistema universal de las Naciones Unidas como con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

La participación de las Altas Autoridades competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados Asociados es fundamental, en vistas de la convicción de elevar los estándares en materia de promoción y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Por tal motivo, es inestimable la presencia de todos los representantes de los países vecinos y amigos que han venido a Buenos Aires a compartir sus experiencias y a trabajar activamente para otorgar una mayor fluidez al diálogo necesario entre todos los sistemas de protección actualmente vigentes.

Esperamos que los aportes de todos los especialistas que se reunieron en aquella oportunidad hayan sido la piedra angular de un intercambio que lleve a impulsar la discusión de los estándares de protección establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y sus protocolos facultativos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y todo el trabajo que viene desarrollándose de manera consistente desde la Iniciativa Niñ@Sur. Estos aportes, que están plasmados en esta publicación, ayudarán a promover la invocación de los mecanismos disponibles en dichos ámbitos y la creación de nuevas herramientas en aquellos que todavía no existen, a fin de asegurar a cada niño, niña o adolescente el acceso a la justicia y el pleno goce de todos sus derechos.

En consecuencia, celebramos la publicación de las conversaciones producidas en aquel encuentro, ya que redundará en más debates y participación de todos aquellos implicados en la garantía de los derechos de los niños y jóvenes.

Es un honor para la Cancillería haber participado de dicho seminario, que hoy se traduce en esta publicación, en el entendimiento de que se fortalece el intercambio de ideas y buenas prácticas, de modo de poder detectar los desafíos que nos depara un tema de tanta importancia como la protección de los derechos de los niños.

Dr. Alberto D'Alotto

Secretario de Relaciones Exteriores
Ministerio de Relaciones Exteriores,
Comercio Internacional
y Culto de la Nación

Diálogos para la protección de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes

La Iniciativa Niñ@Sur tiene como finalidad promover el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y otros instrumentos de derechos humanos universales y regionales. Su propósito es articular los esfuerzos que los países hacen en relación con esta normativa y promover acuerdos en la región orientados al cumplimiento de los instrumentos internacionales como piso mínimo de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Uno de sus ejes prioritarios es el fortalecimiento de los sistemas de protección de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

De acuerdo con los lineamientos trazados en el Plan de Trabajo 2008-2009, se concertó la realización de un seminario técnico cuyo objetivo fuera el fortalecimiento del diálogo con los sistemas interamericano y universal de protección de derechos humanos. El encuentro fue realizado en la ciudad de Buenos Aires, el 13 y 14 de julio de 2010, con el nombre de *Diálogo con los sistemas interamericano y universal de protección de derechos humanos desde la Iniciativa Niñ@Sur*.

El seminario fue organizado sobre dos ejes. El primero fue orientado a fortalecer el diálogo con el sistema universal de protección de derechos humanos, para promover, desde la Iniciativa Niñ@Sur, el impulso de un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño que establezca un procedimiento de comunicaciones individuales. El segundo eje consistió en un diálogo con el sistema interamericano de protección de derechos humanos, con el objetivo de facilitar la incorporación de los estándares de derechos humanos al interior de las políticas públicas de los Estados, adecuar las normativas internas y evitar incurrir en responsabilidad internacional. Esa adopción alienta a los Estados a establecer acuerdos y posiciones conjuntas desde la Iniciativa Niñ@Sur.

La actividad realizada durante el seminario tiene como antecedente la primera Reunión de Altas Autoridades competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur (RAADDHH), celebrada en Asunción del Paraguay, en mayo de 2005. En esa oportunidad, los Estados acordaron “impulsar y apoyar el estudio de un eventual protocolo a la Convención sobre los Derechos del Niño que consagre el sistema de comunicaciones individuales para el caso de contravención a los derechos incluidos en la citada convención”. A instancias de la realización de la tercera y cuarta RAADDHH en Buenos Aires, se consignó como tema de agenda la redacción de un texto para hacer una propuesta de borrador de protocolo facultativo de la CDN sobre comunicaciones individuales, que fue presentado por la Presidencia Pro Tempore Argentina, discutido en ambas reuniones de la Iniciativa Niñ@Sur y elevado al comité, como insumo de trabajo para que fuera debatido.

Por otra parte, en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, mediante Resolución 11/01 del 19 de junio de 2009, se dispuso la creación de un grupo de trabajo abierto para el diseño de un protocolo adicional a la Convención sobre los Derechos del Niño sobre comunicaciones individuales. El 18 de marzo de 2010, el consejo resolvió prorrogar el mandato del grupo de trabajo hasta el decimoséptimo período de sesiones y encomendarle la elaboración de un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del

Niño a fin de establecer un procedimiento de comunicaciones individuales. La propuesta se discutió en la segunda y tercera reunión del Grupo de Trabajo, donde se aprobó un texto de proyecto de protocolo, que continúa siendo discutido en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Es importante destacar que, a través de la Comisión Permanente Niñ@Sur, los Estados del Mercosur mantienen una posición conjunta como bloque, realizando aportes en el debate de modo articulado.

En el plano interamericano, se propuso identificar temas comunes a fin de promover la solicitud de opiniones consultivas en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para lograr el cumplimiento de estándares comunes en la región. En ese sentido, el seminario fue el espacio para la presentación de la propuesta del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH) relativa a la protección de derechos de niños y niñas migrantes. Durante la XIX RAADDHH, en el marco de la reunión de la Iniciativa Niñ@Sur, se adoptó un texto final de propuesta de Opinión Consultiva sobre Niñez Migrante elaborada por el IPPDH para ser presentado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las Altas Autoridades acordaron efectuar la presentación en forma conjunta ante dicha corte como bloque Mercosur, constituyéndose en una iniciativa que no posee precedentes, que refleja el compromiso de los Estados con la temática y da cuenta de los importantes avances de cumplimiento de derechos de las personas migrantes que, en el plano interno, se están logrando.

En esta línea de trabajo, el seminario se realizó sobre la base del entendimiento de que la cooperación entre los sistemas de protección y los Estados redundará no sólo en beneficio de los afectados en sus derechos en casos individuales, sino que además impulsa a los Estados a establecer recursos locales más eficaces y a echar luz sobre los alcances de los derechos contenidos en instrumentos internacionales.

Es importante destacar que la Iniciativa Niñ@Sur da cuenta del camino de integración que los países de América del Sur están llevando a cabo a través de acciones comunes para la profundización de los procesos democráticos y de las transformaciones políticas y sociales que generan las políticas de inclusión para el logro de mayor equidad en el acceso a derechos de todos sus habitantes, especialmente los niños, niñas y adolescentes. Esto se plasma en la visibilidad que ha cobrado el bloque de países de América del Sur a nivel internacional en su trabajo conjunto de posiciones políticas comunes a la hora de defender los valores democráticos o elevar estándares de promoción y protección de derechos humanos.

El espíritu, entonces, de estas jornadas de diálogo es el de afianzar la comunicación entre el sistema interamericano y el sistema universal de protección de derechos y los países que participan de la Iniciativa Niñ@Sur. En ese sentido, el propósito de esta publicación es extender y difundir las experiencias y las ideas compartidas durante los debates, para así continuar en el camino de la garantía de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes. A partir de esta experiencia, se entiende que resultará de gran importancia el diálogo que pueda establecerse entre la Iniciativa Niñ@Sur y las diferentes instancias de ambos sistemas de protección de derechos humanos.

Lic. Victoria Martínez
Directora Nacional de Atención
a Grupos en Situación de Vulnerabilidad
Secretaría de Derechos Humanos



Primera jornada

Diálogo con el sistema universal



La presentación de informes periódicos ante el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas

Esta ponencia trata sobre buenas prácticas en la elaboración y la presentación de los informes periódicos que realizan los Estados ante el Comité de los Derechos del Niño acerca de los avances en el cumplimiento y la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus dos protocolos facultativos.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es el tratado de derechos humanos más ratificado, son 193 los Estados que lo ratificaron. Estados Unidos de América y Somalia han firmado el texto pero aún no lo han ratificado. El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados ha sido ratificado hasta el momento por 133 Estados y el Protocolo Facultativo sobre Venta de Niños, Prostitución y Utilización de Niños en Pornografía, por 137. Estos protocolos, ratificados por Estados Unidos, todavía no han sido ratificados por ocho Estados del Caribe; es de interés de todos promover que estos Estados puedan ratificar ambos protocolos.

En cuanto a la presentación de informes para la Convención sobre los Derechos del Niño, todos los Estados del Mercosur han presentado el informe inicial. Algunos ya han presentado el cuarto informe, mientras que otros todavía no presentaron el segundo, y esperamos que lo hagan muy pronto. En relación con los protocolos, estamos un poco rezagados, ya que sólo ocho Estados partes de nuestra región de América Latina y el Caribe han presentado el informe inicial y, de todos los que lo han ratificado, faltan trece, y a estos también los animamos a que los presenten.

La elaboración y la presentación de informes

Me gustaría señalar que un informe no sirve para satisfacer al Comité de los Derechos del Niño y que su proceso de elaboración no termina en la presentación al comité. La presentación ante este comité es una etapa más de un proceso que, sobre todo, es un estímulo para que los Estados diagnostiquen el avance en el cumplimiento de la convención y los protocolos. Por eso, es importante considerar la presentación de informes como una oportunidad

Rosa María Ortiz
Vicepresidenta del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas

de hacer un diagnóstico. Pero este ejercicio debe ser lo más participativo posible. Para el comité no es importante la presentación del más perfecto informe hecho por un consultor o una consultora, mientras que sí lo es un informe que realmente sea el producto de un diagnóstico participativo, que incluya también la información y la mirada que tienen las organizaciones de la sociedad civil. La consulta también debe incluir a niños, niñas y adolescentes porque al ser reconocidos como sujetos de derecho, tienen también que participar, pero esta participación debe ser de la manera en que ellos puedan y quieran; porque el derecho a participar es un derecho y no una obligación.

Además, la elaboración del informe es un proceso que tiene muchas etapas. Hemos visto, desde el comité, que muchas veces falta información desagregada por provincias. El informe nacional debe ser escrito una vez que se hayan elaborado los diagnósticos por provincia, Estado o departamento –según como esté organizado cada país–. Pero, desde el comité, hacemos un llamado para que cuando los Estados partes elaboren un informe periódico hagan un esfuerzo especial para que también las provincias puedan hacer ese diagnóstico y que este ejercicio pueda ser útil para ellas en el avance hacia la realización de derechos de niños y niñas. La finalidad del informe no es terminar en el comité, porque el comité es, por un lado, una excusa para que el Estado se evalúe, y es también una oportunidad para que, después de ese diálogo con los Estados, el comité pueda aportar su mirada, basada en su experiencia, mediante las observaciones finales y recomendaciones. Estas observaciones son una estimación de lo que el Estado parte ha avanzado, señala lo positivo que ha venido haciendo y brinda recomendaciones para lo que le faltaría hacer.

El proceso continúa, por tanto, con el aporte que hace el comité con la devolución

de su propio diagnóstico acerca del Estado parte. Esas recomendaciones no deben ser guardadas, menos aún escondidas, sino que deben ser divulgadas para que, justamente, sean un instrumento para todos, Estado y sociedad, y que ayuden a avanzar. De eso se trata todo lo que hacemos; todo lo que discutimos es para poder avanzar hacia aquel objetivo, hacia aquel horizonte que son los derechos del niño. Por eso, el seguimiento de las observaciones finales es tan importante como la elaboración de los informes. Y si nos ponemos a pensar que en cinco años se debe presentar un próximo informe, estimamos que en los primeros dos años y medio se debería priorizar el trabajo sobre las observaciones del comité. Las recomendaciones deberían ser incluidas en los planes nacionales de derechos humanos. Deberían servir para alimentar esos planes, sus programas y presupuestos, de manera que después de dos años y medio o tres años, se comience a hacer el nuevo diagnóstico para el próximo informe. Las guías de presentación de informes son un instrumento importante a tener en cuenta. Periódicamente el comité adapta dichas guías, es importante tener en cuenta la última versión, ya que si no se las respetan, se dificulta la lectura de la situación del país y esto también dificulta el diálogo posterior en Ginebra. En este momento, estamos elaborando nuevas guías que incluyen la convención y sus dos protocolos facultativos, ya que a partir del segundo informe los protocolos serán incluidos en uno sólo, en el informe periódico de la convención.

Además, es importante que se respete el número de páginas, porque en el sistema de Naciones Unidas existe un grave problema con las traducciones y, si se excede el número de páginas, el problema aumenta y el resultado es que, a veces, no tenemos los informes traducidos a tiempo. Como se imaginarán, esto daña el diálogo con el Estado, pues sólo algunos miembros hablan

el idioma en el que está escrito el informe. A partir del procedimiento del Informe Periódico Universal se han agotado los recursos en términos de traducción y a veces tenemos dificultades. Por lo tanto, solicitamos a los Estados que cumplan con el límite de páginas para contribuir en ese sentido.

La lista de preguntas que el comité elabora tres meses antes de que el Estado vaya a Ginebra constituye una oportunidad de actualizar la información. Como la CDN es el tratado más ratificado y, también, debido a la presencia de dos protocolos facultativos adicionales, el número de informes presentados al comité supera en exceso su capacidad de trabajar en ellos. Por lo tanto, permanentemente hay alrededor de ochenta informes en espera y eso hace que no podamos atender los informes inmediatamente, sino hasta a dos años después de su presentación, como promedio.

El comité elabora la lista de preguntas, llamada *List of Issues*, con anticipación para que los gobiernos puedan actualizar información antes del diálogo. Es importante no pasar el número de páginas solicitadas para esta lista de preguntas. Es preferible agregar anexos. También se tienen problemas en realizar las traducciones a tiempo, debido a que es muy corto el tiempo (el comité las solicita con tres meses, el Estado responde al mes y medio o dos meses, queda un mes para la traducción y a veces ese tiempo no es suficiente). Para estos casos, el comité solicita a Unicef un apoyo especial para traducir al inglés estas respuestas a la lista de preguntas y asegurar, de esta manera, que esté la información a tiempo. Hemos tenido problemas para el diálogo con Uruguay y con Colombia porque la información no estaba traducida.

En relación con el rol del comité, voy a referirme a los artículos 43 y 44 de la CDN. El comité se basa en los informes de los Estados, de los informes de las coaliciones de ONG, de las instituciones nacionales de derechos humanos o defensorías del pueblo, de organismos de las Naciones Unidas presentes en el país en estudio, de los sistemas regionales de derechos humanos, de los informes que hacen los relatores que han visitado ese país, de los diversos comités de derechos humanos y de sus observaciones generales, y de cualquier persona o individuo que quiera aportar al comité. También se nutre de días de debate general, que se realizan una vez al año; en esas instancias, los Estados y la sociedad civil o cualquier persona o

“Para el comité no es importante el más perfecto informe hecho por un consultor o una consultora, mientras que sí lo es un informe que sea producto de un diagnóstico participativo”.

institución pueden presentar investigaciones, publicaciones, propuestas y participar en el debate. Todo esto tiene repercusión, ya que el comité incorpora esos temas y los utiliza en sus observaciones finales, así como en sus observaciones generales.

También este comité lleva a cabo visitas a los Estados. Más que cualquier otro comité, está abierto a recorrer los Estados para participar de reuniones como ésta, para conocer mejor los problemas y las buenas prácticas y poder fortalecerse y ser más efectivo en sus funciones. En estas ocasiones, las autoridades están más relajadas que en el diálogo en Ginebra pues constituyen visitas informales de las que no resulta ningún informe. También realizamos seminarios regionales en la mayoría de las regiones del mundo (aunque en este momento no los estamos haciendo por falta de recursos).

El comité tiene una autoridad moral fuerte frente a los Estados, sin embargo, no podría realizar su trabajo si no contara con la colaboración de éstos, de la sociedad civil, de los organismos de las Naciones Unidas. Entonces, podríamos hablar de una codependencia, de fortalezas y debilidades. Si los Estados quieren un comité que les sea útil a los fines de la convención que ratificaron, es necesario que se acerquen al comité, que presten atención a los candidatos y candidatas que promueven y eligen, que la región no esté subrepresentada, que participen en la elaboración de las observaciones generales, de manera que el comité pueda alimentarse de lo que viven los Estados y pueda responder más adecuadamente a sus necesidades. Los derechos humanos no son algo fijo, estable, sino que están en permanente construcción, para que el comité pueda ser útil no basta con estar sentados en Ginebra, sino que es fundamental que tengamos esta interacción. De hecho, el comité se ha nutrido fuertemente de experiencias de América Latina.

El 21 de diciembre de 2010 se realizarán las elecciones para cambiar la mitad de los miembros del comité. Algunos aspirarán a ser reelectos, pero es importante que la región asegure candidatos o candidatas nuevas. Actualmente, tres miembros son de América del Sur. Es conveniente pensar en términos de toda la región; cuidar que haya una distribución geográfica equilibrada y también es fundamental pensar en los temas que la región quiere decidir en el comité, en necesidades que vemos desde nuestra región y que necesitamos que el comité incorpore para que nos sea más útil. Es necesario establecer las áreas que precisamos desarrollar, de manera de proponer candidatos y candidatas con conocimientos relativos sobre dichos temas, por ejemplo, el tema indígena y afrodescendiente, el presupuesto con enfoque de derechos, los medios y los derechos del niño, de modo que el comité pueda hacer observaciones más efectivas en esos temas y en otros campos que los Estados puedan identificar.

La adecuación legislativa

La adecuación legislativa es un proceso. Ningún Estado tiene terminada su adecuación legislativa, menos aún si se consideran los dos protocolos facultativos, siempre hay aspectos pendientes que se deben ir ajustando. También es importante recordar que las leyes adoptadas, a veces sufren retrocesos, y que no basta con legislar, sino que hay que asegurar que se conocen las leyes, se las comprende y se las aplica. En América Central, se han dado retrocesos notables en relación con la reducción de la edad de responsabilidad penal y el aumento de penas. Las políticas de “mano dura” producen estragos en la población adolescente. En toda la región hay carencias en el conjunto de medidas que hacen al sistema de la justicia penal juvenil. Es preciso avanzar en todo lo posible

una vez aprobadas las leyes acordes a la convención. Esa es la mejor manera de no retroceder, no dar por sentado que por tener las leyes ya hemos avanzado.

En los países del Mercosur, el problema de los adolescentes en conflicto con la ley todavía deja mucho que desear. La aplicación de las medidas socioeducativas y no privativas de libertad no están lo suficientemente extendidas. En particular, en cuanto a los protocolos facultativos un tema pendiente de tratamiento legislativo es tipificar como delito la posesión de material pornográfico y la venta de niños. La protección de los niños frente a los medios de comunicación es otro desafío. Hay países, como Colombia, que en el Código del Menor tenían mejor protección frente a los medios de comunicación que en el Código de la Niñez y Adolescencia actual, ya que en éste suprimieron un artículo que penalizaba a los medios por el incumplimiento del respeto a la imagen e integridad de los niños.

Aun cuando la mayoría de los Estados en la región ha sancionado nuevos códigos de la niñez, la figura del patronato es todavía muy poderosa e impide la aplicación efectiva de la CDN. La convención propone que los niños, como sujetos de derechos, deben ser atendidos por toda la estructura del Estado.

Los cuidados alternativos de niños también precisan ajustes por parte de la ley para asegurar que las nuevas guías o directrices de cuidados alternativos de niños, recién adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas puedan estar incorporadas en la legislación. Por ejemplo, la revisión periódica de la medida de cuidado o el derecho del niño a ser escuchado, si no están establecidos por ley, da la sensación de que no son obligatorios y en muchos casos no se cumplen. La atención a víctimas de abusos, de explotación laboral o sexual también es un tema que merece atención legislativa y, consecuentemente, la reparación a las víctimas. Por último, todavía se sigue confundiendo el Protocolo Facultativo sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía con el Protocolo de Palermo, y es una pena que muchos Estados lleguen al comité pensando que ya están al día con ese protocolo por haber legislado la trata. Ambos protocolos se complementan.

La aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el momento en el que el comité estaba elaborando su Observación

“Este comité lleva a cabo visitas a los Estados. Más que cualquier otro comité, está abierto a recorrer los Estados para participar de reuniones como ésta, para conocer mejor los problemas y las buenas prácticas y poder fortalecerse y ser más efectivo en sus funciones”.

General N° 11 sobre los niños indígenas en virtud de la convención contribuyó a que se consideraran los derechos colectivos en dicho texto. Así, cuando se hace referencia a los cuidados alternativos, se toman en cuenta las características de la cultura de vida de una población indígena. No sólo en la observación general mencionada, sino también en las observaciones finales se incluyen con más frecuencia las medidas culturalmente apropiadas tanto para la población indígena como para la afrodescendiente. En cuanto a la aplicación del interés superior del niño, también se introducen innovaciones en su consideración en cuanto se refiere a un niño indígena o a grupos de niños. En las observaciones generales número 11 y 12 podrán encontrar información al respecto. En relación con el derecho del niño a ser escuchado también hay innovaciones y hay propuestas a los Estados para que la opinión del niño sea tenida en cuenta tanto en forma individual como colectiva. Cabe traer a colación la Observación General N° 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, referida al derecho de toda persona a participar de la vida cultural, que conceptualiza cuáles son los derechos culturales, cómo aplicarlos y cómo exigirlos a los Estados.

Otra innovación es la mención del derecho positivo y el derecho consuetudinario. Por ejemplo, el Estado de Bolivia estuvo explicando al comité de qué manera están trabajando para que su sistema de justicia consuetudinaria pueda incorporar también los principios de la CDN: el Estado como facilitador de procesos que crea condiciones adecuadas para la aplicación de estos derechos.

Preocupa al comité la falta de regulación suficiente para el sector empresarial corporativo, nacional e internacional, en la protección y el respeto de los derechos del niño. Preocupa, por ejemplo, los efectos de los

agrotóxicos y de la producción minera sobre los niños. El comité urge a los Estados a desarrollar guías y regulaciones claras para el sector empresarial y avanzar en el ámbito de la responsabilidad social y ambiental de las corporaciones, desde una perspectiva de derechos humanos. Estamos orientados a pedir a los Estados que, así como se hacen estudios ambientales como requisito previo para la aprobación de un convenio, se realicen también estudios previos en relación con el efecto sobre los niños.

Por otro lado, el comité está observando la vinculación de los medios de comunicación con los derechos del niño (Argentina hizo un aporte valioso respecto de este tema). Esto es un pedido de varios Estados, que esperan que el comité pueda hacer una observación general sobre el tema, ya que preocupa al comité que los niños –fundamentalmente los adolescentes– continúen siendo caracterizados de manera inadecuada por los medios, lo que puede contribuir a su estigmatización. También le preocupan los efectos que los medios puedan tener en la conducta de los niños en relación con patrones de consumo y consumismo, de nutrición no saludable y de estilos de vida riesgosa. El comité, por tanto, urge a los Estados partes a que garanticen el derecho del niño a una información apropiada, a promover medidas legislativas para proteger a los niños de información perjudicial y a asegurar un tratamiento respetuoso de la imagen, la privacidad y la dignidad de los niños. El comité, además, anima a los Estados a promover programas que habiliten a los niños a tener una lectura crítica de los medios y refuercen su participación en la programación de los medios. Estos son los temas novedosos que se refieren a innovaciones en materia legislativa. Como se habrán dado cuenta, es un proceso en el cual el comité se nutre de la práctica de los Estados y viceversa.

La coordinación entre sectores

El comité recomienda que los Estados cuenten con una instancia de coordinación que asegure una articulación efectiva y descentralizada de diversos sectores para la realización de todos los derechos del niño. Se trata de contar con un ente de coordinación –no más patronatos– que se dedique casi en exclusividad a funciones de coordinación entre sectores, como señala la Observación General N° 5. El comité recomienda la creación de un ente que ayude a coordinar todas las instancias del gobierno; más que un ente que se ocupe de todos los niños, que alcance esa coordinación a todos los niveles. Recomienda que se establezcan paulatinamente las defensorías municipales –como el caso de Bolivia–, defensorías municipales de la niñez y la adolescencia –en particular, en las comunidades rurales e indígenas– y que se las dote de los recursos humanos, financieros y técnicos necesarios acordes con su cultura. Esta recomendación puede servir para cualquiera de nuestros países, para asegurar que esa descentralización o esa coordinación para el cumplimiento de todos los derechos de los niños alcance a todos los niveles y que no quede sólo en la capital. Es importante que la instancia de coordinación sea de alto nivel para que pueda establecer un diálogo de igual a igual con el nivel ministerial y pueda vincularse con autoridad frente a los demás poderes. El objetivo de estas instancias multisectoriales que son los consejos (nacional, departamental, municipal) es que puedan colaborar en la elaboración de políticas, con todas las particularidades culturales, que presten asistencia en el seguimiento y la aplicación, y que garanticen la participación de todas las partes, incluso de los niños. Es un proceso ambicioso, pero la CDN es ambiciosa. Recuerden que se contemplan todos los derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales y el nuevo paradigma no es fácil de ser implementado.

Otro tema que hay que considerar con el mismo espíritu es el de los planes nacionales. No es de utilidad un plan nacional de la niñez que esté aislado, sino uno que se incorpore dentro de los grandes planes, en el plan de acción nacional de derechos humanos, en el plan de desarrollo económico y social, en el plan de erradicación de la pobreza, para poder mantener ese carácter intersectorial y de coordinación. El comité también recomienda a los Estados que proporcionen los recursos humanos y económicos

“El comité urge a los Estados partes a que garanticen el derecho del niño a una información apropiada, a promover medidas legislativas para proteger a los niños de información perjudicial y a asegurar un tratamiento respetuoso de la imagen, la privacidad y la dignidad de los niños”.

necesarios para que este plan se pueda aplicar, que se evalúe periódicamente en cuanto a los progresos conseguidos y también las fallencias existentes para poder tomar medidas para paliarlas.

El defensor del niño

La figura de la institución nacional independiente tiene una importancia fundamental y cada vez más estas instituciones presentan informes al comité de una manera independiente, ya que no son parte del Estado pero tampoco son organizaciones de la sociedad civil. Conforman una institución muy cercana al comité. El comité reitera su inquietud por la falta de una total independencia de estas instituciones y recomienda que, además de investigar denuncias, sea accesible a los niños, para que éstos puedan presentar sus denuncias. El comité espera que no solamente exista una defensoría de los derechos humanos, sino un defensor o una defensora de los derechos del niño, ya sea incorporada en el ámbito de la defensoría de los derechos humanos o una defensoría aparte. Hay países que todavía no permiten a los niños hacer denuncias de modo que, para poder denunciar, éstos tienen que ser mayores de edad. El comité recomienda que la oficina del defensor del pueblo siga trabajando con las instituciones a nivel municipal, que es donde están los niños y las familias, que esta defensoría fortalezca y articule con las defensorías municipales y procure que éstas cuenten con defensores comunitarios indígenas que puedan trabajar de forma coordinada con la defensoría del pueblo.

Recursos para generar políticas para la infancia

El comité observa que hay un aumento en la inversión en la infancia. Son programas generalmente relacionados con el derecho a

la salud, a la educación y al fortalecimiento familiar. Sin embargo, recomienda continuar aumentando la asignación de recursos. El desafío es asegurar que eso que se aumenta en inversión se sostenga, para proteger determinados rubros de eventuales crisis económicas internas o externas y de situaciones de emergencia. El desafío es buscar un mecanismo que asegure recursos para los niños.

El comité también recomienda que los Estados definan líneas presupuestarias estratégicas para las situaciones que requieren medidas sociales afirmativas. Hay grupos o sectores de niños que no pueden llegar a alcanzar el nivel común de los servicios que ofrece el Estado y, por lo tanto, precisan recursos adicionales para poder disfrutar de los mismos servicios que los demás niños. La distribución equitativa es otra recomendación: que todas las provincias puedan abordar las disparidades que tienen. Nuestra región sobresale por la disparidad en la distribución de los recursos, a veces, en 5, 15, 30, 50 y 500% de diferencia entre unas provincias y otras; el comité se ve obligado a señalar que, por más que haya aumentos o avances en muchos aspectos, todavía sufrimos por ser una región con una distribución desigual, demasiado desigual.

Otra recomendación es que se hagan adecuadas rendiciones de cuentas a nivel de las autoridades locales, que los niños también puedan comprender qué es un presupuesto y puedan participar en la exigibilidad y en el control del manejo del dinero público que va dirigido a ellos; que sea abierto, transparente y facilite la participación ciudadana. Y, por último, en estas recomendaciones nos basamos el día de discusión general que tuvimos con el lema “Derechos del niño, responsabilidad del Estado”, en la que Norberto Liwski fue uno de los promotores de la discusión, en gran parte basado en la experiencia de América Latina.

En cuanto a los datos, sabemos que este es un problema que arrastramos y tenemos que seguir tratándolo hasta que podamos medir la aplicación de las políticas públicas en base a datos que estén contemplados de forma sistemática. La recomendación es que el Estado asegure que la información recogida cuente con datos confiables desagregados por provincia, municipio, por género, edad, ingreso, para facilitar políticas y programas, conocer avances y desafíos en su implementación. Es necesario que las políticas públicas estén vinculadas con el sistema de estadísticas y apunten a la equidad.

Educación en derechos humanos

Si queremos que todas estas medidas tengan éxito, es necesario el conocimiento y el convencimiento de la población sobre lo que son los derechos del niño, por qué son derechos humanos y qué significan en la vida, en el día a día de una familia, de los niños, de los adolescentes, de la escuela, de los policías, de las universidades.

Para que lo sostenido en los puntos anteriores sea recogido como un elemento esencial en la formulación de políticas públicas para la infancia es fundamental la educación en derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Ese conocimiento no puede ser fragmentado, porque todavía se reciben camadas de profesionales sin haber estudiado la convención en su universidad y se enteran de la convención por cursos o cursillos que dan la impresión de que los derechos humanos son algo opcional. Los Estados hacen un gran esfuerzo por modificar su legislación, sus instituciones, sus políticas y no puede ser que la universidad siga divorciada de estos esfuerzos. Es importante asegurar que en todos los niveles de educación se incluyan los derechos de los niños en el currículum. Preocupa al comité que todavía haya un nivel bajo de conocimiento de la convención entre los profesionales, los medios de difusión, los grupos de niños. Preocupa que en el nivel universitario, y también en todos los niveles educativos, los derechos humanos y los derechos del niño en particular puedan estar contemplados y traducidos a los idiomas pertinentes, pero no solamente traducidos, sino también informados de una manera culturalmente sensible, de una manera culturalmente apropiada. Por otro lado, las organizaciones de la sociedad civil han sido fundamentales en todos los avances en materia de derechos humanos, fueron las principales impulsoras, y estas

“Es importante asegurar que, en todos los niveles de educación, se incluyan los derechos de los niños en el currículum. Preocupa al comité que todavía haya un nivel bajo de conocimiento de la convención entre los profesionales, los medios de difusión, los grupos de niños”.

responsabilidades van siendo asumidas por los Estados. La sociedad civil es importantísima para poder avanzar en el cumplimiento de los derechos, para colaborar con el Estado y también para controlar al Estado, para exigirle al Estado. Como dice Norberto Bobbio, si queremos un Estado sólido, eficiente, necesitamos una sociedad civil bien integrada y sólidamente formada. El comité recomienda que la sociedad civil no trabaje en forma aislada, sino en coaliciones y, donde sea posible, colabore con el Estado. Habrá un crecimiento más integral si coaliciones de la sociedad civil de diversas áreas se integran para tener más fuerza frente a los Estados y también frente a los objetivos que se trazan.

Quisiera referirme al principio de no discriminación, que en nuestra región tenemos que trabajar muy en serio. ¿Cómo enfrentar esa discriminación atávica? El comité manifiesta su preocupación por la falta de mecanismos institucionales y jurídicos coherentes para hacer frente a los problemas de discriminación. Sólo quería señalar eso: que no se terminará la discriminación si no hay una política definida para enfrentarla.

Los indicadores sociales de matriculación escolar, de terminación de los estudios, de mortalidad infantil, de acceso a la atención de la salud y, por último, de falta de oportunidades para niños y adolescentes son medidas fundamentales para poder trabajar la problemática de la discriminación. Y quisiera referirme a este último punto en relación con los barrios urbanos y suburbanos, en los que el Estado está muy ausente, y esa falta de oportunidades lleva, muchas veces, a la explotación de diversos tipos (laboral, sexual) y a la vulnerabilidad social. Por lo tanto, frente a la discriminación, tenemos que proponernos tener programas y leyes que efectivamente aborden este problema.

Por último, el Estado tiene que crear las condiciones para que los niños y las niñas puedan ejercer el derecho a ser escuchados. Porque el solo hecho de que sean sujetos de derecho no significa que los derechos humanos se cumplan; esto es algo que deben aprender los niños y, sobre todo, deben aprenderlo los padres, los maestros, las autoridades para que su ejercicio esté garantizado.

Síntesis del intercambio con los participantes

- Todos los Estados presentes coinciden en que la elaboración y la redacción de los informes periódicos previstos en el artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño debe ser un proceso participativo y de instancia de diagnóstico que sea útil al propio Estado.

- Los Estados solicitaron más tiempo en las audiencias para responder las preguntas que elabora el Comité de los Derechos del Niño y para poder informar sobre temas relevantes no incluidos en las preguntas.

- Los tiempos con los que cuenta el Comité de los Derechos del Niño para la devolución de los informes a los Estados son acotados. Por ello, se debatió sobre la

necesidad de ampliarlos, para poder tener una perspectiva lo más cercana a la realidad de la situación de los Estados.

- Es necesario profundizar el diálogo entre el Comité de los Derechos del Niño y los Estados para que éste sea continuo y no se limite al momento de la presentación de los informes.

- El Comité de los Derechos del Niño sugiere –y la sugerencia es bien recibida por los Estados– no concentrarse sólo en la presentación del informe, sino también centrarse en el seguimiento, en la difusión y en la incorporación de las observaciones y recomendaciones de las políticas públicas desarrolladas por cada Estado.

Las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño

Esta ponencia analiza los aportes de las observaciones generales para la infancia que produce el sistema de las Naciones Unidas. Destaca el valor de esta herramienta como producto de la visión especializada de un grupo de expertos y en relación con la interpretación y la reglamentación de las normas.

Marta Mauras Pérez
Miembro del Comité
de los Derechos del Niño
de las Naciones Unidas

Quisiera comenzar la exposición refiriéndome a las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño, porque justamente creo que la intención es dialogar acerca de cuáles son los temas sobre los que, según ustedes, como integrantes de la Iniciativa Niñ@Sur, deberíamos avanzar en relación con las observaciones generales del comité. Este es el objetivo de la charla, además de contarles en qué situación está el comité en esta materia.

En primer lugar, es importante recordar qué son las observaciones generales (tengo entendido que los diversos comités de derechos humanos les dan distintos nombres, pero son la misma cosa): son el desarrollo, por parte del comité, o sea el trabajo de los expertos, de una interpretación, de una explicación de ciertos artículos de la convención o de temas que están anclados en los artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), y que el comité considera que requieren mayor elaboración, a partir del examen y del diálogo con los Estados respecto de los informes nacionales. De allí surge, en el seno del comité, la idea de hacer o no alguna observación general. Ante la reiteración de ciertos temas en los diálogos con los Estados partes se empieza a descubrir que hay algunos vacíos o que hay diferencias de interpretación en diversas cuestiones; por lo tanto, se llega a la conclusión de hacer o de elaborar una observación general.

Las observaciones generales son uno de los productos del comité; otro resultado, por supuesto, y el más importante, son las conclusiones finales a cada uno de los diálogos con los Estados partes sobre el informe nacional. Otro punto fundamental es lo que se llama los días de discusión o debate general, que hasta el año pasado se había hecho anualmente. Es el único tiempo disponible que tiene el comité, y de hecho sustraer un día al año de los tres meses que tenemos dedicados al diálogo con los Estados es, desde ya, dificultoso. Es muy complicado poder sustraer ese día. El año pasado no se hizo porque se realizó una

conferencia, un seminario mundial, sobre el vigésimo aniversario de la CDN. De hecho, ocurrió lo mismo para el décimo aniversario de la convención. Además, están las visitas a los países, que ustedes mismos han señalado como muy importantes en el seguimiento y en el aprendizaje mutuo. Y, por supuesto, diversos seminarios, conferencias y discusiones en los que participamos.

Es importante señalar que el comité, desde el punto de vista estrictamente oficial, y desde el punto de vista del presupuesto asignado por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, solo funciona tres veces al año. La verdad es que todos los expertos utilizan muchísimos más días del año para poder responder a las diversas demandas y a nuestro propio interés de aprender más, y de que se diseminen mucho más los resultados de los diálogos con los Estados partes. De hecho, sin dudas, las observaciones generales tendrán que ir incorporando también el resultado que se hace de la aplicación de los protocolos facultativos. Aún no ha sucedido, pero lo más probable es que, poco a poco los vayamos incorporando.

La elaboración de las observaciones generales

Las observaciones generales hasta ahora son doce. En veinte años de trabajo, algunos podrán decir que son pocas, pero la verdad es que son bastantes. En primer lugar, porque el comité, para tomar la decisión de avanzar con la elaboración de una observación general lo hace con mucha dedicación, pues sabemos que requiere una enorme cantidad de tiempo y mucha colaboración. Al final, las observaciones generales del comité son el producto de los 18 expertos, pero se alimentan de muchísimo trabajo que surge de los informes nacionales, y también del interés, el estudio y la investigación que realizan muchas otras organizaciones. De hecho, algunas de las observaciones generales son sugeridas por otras organizaciones, no necesariamente por nosotros. Entonces, son pocas porque el comité considera con prudencia cuáles, porque requieren mucho tiempo y una amplia colaboración para poder producir un producto universal, equilibrado, y que tenga sustentabilidad en el tiempo. Evitamos que ocurra que lo produzcamos hoy y mañana esté pasado de moda. De hecho, algunos ya lo están. Por ejemplo, la Observación General N° 1 respecto de la educación, sin dudas, requiere un nuevo examen en profundidad. En los países se ha avanzado enormemente desde que se hizo esa observación.

“Las observaciones generales son el desarrollo de una interpretación de ciertos artículos de la convención o de temas anclados en los artículos de la convención, que el comité considera que requieren mayor elaboración, a partir del examen y del diálogo con los Estados respecto de los informes nacionales”.

La corporación Opción de Chile publicó un documento que es muy útil porque están aquí todas las observaciones generales, excepto las últimas dos, de 2009, que espero que las publiquen. Además, las observaciones generales tienen que tomar en cuenta que el sistema de tratados internacionales y lo que éste va produciendo es cada día más complejo y más comprensivo. En consecuencia, lo que están produciendo los otros comités en materia de comentarios generales u observaciones generales también es un insumo importante para nosotros. Además, los Estados están produciendo informes a los distintos comités, y están produciendo informes al Consejo de Derechos Humanos. Es decir, todo este sistema complejo también hay que tomarlo en cuenta a la hora de redactar una observación general. En consecuencia, tenemos doce observaciones generales. En 2009, aprobamos dos: la número 11, respecto de los niños y las niñas indígenas, y la número 12, respecto del derecho de los niños y las niñas a ser escuchados.

Yo diría que las observaciones generales constituyen una guía, y esto redundante en el diálogo solicitado por los Estados. Constituyen la destilación de la jurisprudencia en el examen de los informes, por un lado, y por eso son una guía. Son un ir más allá de la convención en términos de su explicación. La convención, como tal, es inamovible, hasta que los Estados partes decidan cambiarla. Sin embargo, es evidente que en veinte años ha habido muchos cambios en el mundo y, en consecuencia, las miradas son diferentes. Éste es el valor de las observaciones generales.

Asimismo, consideramos la necesidad de ir haciendo compendios e intercambios de buenas prácticas, a lo que hay que decir, sin dudas, que las observaciones generales no son compendios de buenas prácticas, son observaciones generales y también son doctrina. Sin embargo, se alimentan mucho de buenas prácticas. Y, a su vez, pueden servir de guía para buenas prácticas. Por mucha

ambición que tengamos en el comité, no hay ninguna forma de que nosotros podamos iniciar intercambios de buenas prácticas. La verdad es que solamente durante el examen con el Estado podría realizarse un intercambio de experiencias. Quizás es una reflexión sobre las prácticas anteriores y nuevas en ese Estado. Pero hacer reflexiones es muy difícil, y más cuando se está tratando de discutir en profundidad los avances en un país determinado. Sin embargo, a veces sí lo hacemos. Así que, sobre las buenas prácticas, yo diría que iniciativas como Niñ@Sur y otros organismos, como Unicef, u organizaciones como Save the Children, entre muchos otros, son los llamados a realizar esa tarea.

Ahora bien, las observaciones generales no son obligatorias en su aplicación, porque son un producto de un grupo de expertos, pero se constituyen en directrices casi ineludibles, porque surgen de ese proceso de reflexión y de ir compartiendo con los Estados partes. Cuando uno mira las observaciones generales y los días de debate general, es interesante la relación que hay entre unos y otros. Y de hecho yo quería contarles rápidamente qué es lo que ha ido pasando, así en términos dinámicos, respecto de los procesos de ir produciendo estas discusiones. En 1992, se dio la discusión sobre los niños en conflictos armados. De ahí surgieron muchas cosas, por ejemplo, surgió una iniciativa mundial y el producto final fue el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados. O sea, hay un trabajo que puede surgir de un día de debate, un día de debate mundial. Las invitaciones se hacen a todos los Estados miembros, a las ONG nacionales, internacionales, etcétera. Un día de debate general puede determinar un producto tan importante como el protocolo facultativo respecto de la situación que viven los niños en países que atraviesan conflictos armados. En 1995, el día de debate general sobre justicia juvenil dio por origen,

no solo la Observación General N° 10 del comité, sino, además, una resolución del Consejo de Derechos Humanos sobre justicia juvenil, que todos ustedes conocen.

En 2001, tuvimos un día de debate general sobre la violencia contra los niños en la familia y en la escuela. Y este debate fue absolutamente decisivo para lanzar la iniciativa de un estudio global sobre violencia que aprobó la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyo resultado final fue la creación de una posición de muy alto nivel en la Secretaría de Naciones Unidas para un representante especial en el tema de violencia contra los niños, que hoy ocupa Marta Santos País, que fue anteriormente miembro del comité. Hace pocos días, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una resolución sobre el derecho de los niños a la educación en situaciones de emergencia, que surge del último día de debate general que organizó el comité en 2008. Esto es para contarles que hay mucho diálogo y muchas posibilidades de que los temas se vayan plasmando poco a poco en directivas que sean finalmente consensuadas globalmente.

“Un día de debate general puede determinar un producto tan importante como el protocolo facultativo respecto de la situación de los niños en países que atraviesan conflictos armados”.

Perspectivas y nuevos temas de agenda en materia de observaciones generales

Quisiera contarles que estamos pensando nuevos temas para las observaciones generales, por un lado, una observación general sobre la niña adolescente y, por otro lado otra relativa al artículo 19 sobre la violencia, el abuso y el maltrato.

La observación general sobre la niña adolescente y, específicamente, sobre las prácticas tradicionales perniciosas es una iniciativa conjunta del Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y del Comité de los Derechos del Niño que resulta innovadora. Todavía estamos debatiendo algunas cuestiones sobre si serán prácticas perniciosas en general y que incluyan algunas no tradicionales o más bien modernas, como la pornografía, aunque este aspecto ya esté cubierto por su protocolo facultativo. Debo decir que, en el sentir de la mayoría de los miembros del Comité de los Derechos del Niño, hubiéramos preferido tener una observación general sobre la niña adolescente en general, más que sobre prácticas perniciosas. Sin embargo, para la CEDAW era extremadamente importante tener una observación general sobre prácticas perniciosas que afectan a las mujeres y a las niñas. Entonces, en principio, lo que

hemos acordado es que haremos esta primera observación y, luego, seguiremos en el tema de la niña adolescente, que nos parece que tiene otras dimensiones que interesan mucho más a otros países.

El segundo tema, que está en un proceso de trabajo bastante avanzado, es el artículo 19 sobre la violencia, el abuso y el maltrato. Hubo un seminario interno del comité con un grupo de expertos que está apoyando la iniciativa. Para su redacción, habrá varios encuentros, y se espera que podamos aprobar ambos documentos a final de 2010, aunque eso ya se nos dificulta mucho porque, de hecho, lo único que nos queda de 2010, desde el punto de vista del comité, es la sesión de septiembre y octubre, que ya la tenemos enteramente planeada.

A su vez, la tenemos en dos cámaras todavía. Durante 2010 –como ustedes saben, al menos los que acudieron este año como Ecuador, Argentina y Paraguay– trabajamos en dos cámaras precisamente para poder tratar de acelerar el ritmo. Todavía tenemos más de cuatrocientos informes que están esperando. Y resulta que como máximo podemos procesar nueve informes a la vez, porque hacemos la sesión con el Estado parte y, además, hacemos la sesión previa con los organismos de la sociedad civil y los organismos internacionales, que viene a la cola de las tres semanas que les dedicamos a los Estados partes.

En preparación tenemos la idea de hacer una observación general sobre la relación entre los derechos del niño y los medios de comunicación. Estimo que para esta región es algo extremadamente importante, y para la Argentina lo es en particular. En la Argentina es muy importante el avance que se ha logrado, no sólo en materia legislativa, sino también en materia de acuerdos nacionales respecto de cómo producir una relación más virtuosa entre los medios de comunicación y la realización de los derechos de los niños. Precisamente, en este país se han hecho muchas investigaciones

orientadas a conocer la influencia de los medios en el consumismo de los niños, y este tipo de cuestiones nos interesa mucho poder desarrollar. Ojalá nos juntemos con Niñ@Sur para poder desarrollar esa observación general.

Existe una decisión del comité de hacer una observación general sobre el interés superior del niño, que es otro de los temas que ustedes como Estados partes señalaban que querían debatir. Este es un tema difícil, hay tratados y tratados disponibles, páginas y páginas escritas sobre el tema, pero considero que la disciplina de redactar una observación general nos servirá a todos porque la interpretación que hagamos del interés superior del niño será muy importante para el protocolo facultativo número tres, el de las comunicaciones individuales que discutiremos esta tarde.

Otro tema pendiente de discusión es el del sector privado corporativo. Algunos países de esta región y organismos internacionales tienen interés en discutir este tema. Aquí está presente Cecilia Anicama, en representación de la fundación Save the Children, que es una experta en el tema, y que está trabajando para redactar una observación general sobre el sector corporativo nacional e internacional y los derechos del niño. Está también Unicef –y Unicef Argentina, en particular– que también ha puesto a disposición del comité una parte de sus recursos intelectuales y financieros para poder trabajar ese tema. A este interés se suma la Comisión Internacional de Juristas con sede en Ginebra, que ha expresado su compromiso para trabajar en este tema. A propósito de esto, vengo de una reunión de la Comisión de Juristas con representantes de todos los comités de tratados, los nueve comités de tratados sobre el tema de los derechos del niño y el sector corporativo privado y estatal. También nos interesaría muchísimo poder tener discusiones en el seno de Niñ@Sur y de otras organizaciones interamericanas.

Hay también una idea respecto de las migraciones que interesa muchísimo en este país, igual que en Europa y otros países. Pero en esto recién estamos comenzando. Unicef ha prometido dar el puntapié inicial, que esperamos poder hacerlo también a principios del próximo año, ya que considero que es una materia urgente.

En fin, hay muchísimas propuestas, pero a nosotros nos parece que estos son los temas que tienen mayor prioridad y más posibilidades de ser realizados. Porque en la medida en que existan el interés y los recursos, se podrán hacer.

Difusión de las observaciones generales

En cuanto a la difusión, el comité usa y cita todas sus observaciones generales en las conclusiones que emite a partir del diálogo con los Estados partes. Y aunque a veces parezca repetitivo, no lo es. Es precisamente porque queremos llamar la atención del Estado parte en la aplicación de nuestras recomendaciones sobre cuál es el pensamiento del comité respecto de ese tema particular que estamos tocando.

Los organismos internacionales, especialmente Unicef y las organizaciones de la sociedad civil, han hecho una gran tarea de difusión de las observaciones generales, incluidas las traducciones.

Las traducciones a idiomas, a otros idiomas que no sean los de Naciones Unidas, sobre todo en el nivel local, es una cuestión muy importante en países en los que hay más de un idioma. De hecho, Rosa María Ortiz ha trabajado enconadamente en Ginebra para asegurarse que la traducción al español sea revisada por los servicios oficiales de traducción en Ginebra. Porque tenemos dificultades con las traducciones oficiales. De hecho, Rosa ha hecho el trabajo personalmente, y hemos logrado un acuerdo con el servicio de traducción oficial de Naciones Unidas para que cambien muchas de las terminologías que estaban incluidas originalmente. Por supuesto, eso se aplicará tanto a las traducciones de los informes de los Estados, como a las traducciones de nuestras conclusiones y recomendaciones. Hemos tenido unas discusiones intensas con los traductores, porque hay traductores que son europeos y, por ejemplo, en España se sigue usando el término “menores”, así como también en Francia o en Italia. Y nosotros, finalmente, hemos prevalecido como latinoamericanos con el sistema de traducciones para erradicar del léxico la palabra “menor”.

“La disciplina de redactar una observación general nos servirá a todos porque la interpretación que hagamos del interés superior del niño será muy importante para el protocolo facultativo número tres, el de las comunicaciones individuales”.

Síntesis del intercambio con los participantes

- Se destacó la importancia de la elaboración de las observaciones generales realizadas por el Comité de los Derechos del Niño, en tanto es la herramienta mediante la cual los expertos toman la norma que ha sido producto de un trabajo político y la llevan al terreno de la especialidad, y asimismo facilita la aplicación práctica de la Convención sobre los Derechos del Niño al hacer una interpretación clarificadora de ella.
- Los Estados sugirieron temas relevantes para futuras observaciones generales, entre ellos:
 - Dotar de mayor precisión el concepto de “interés superior del niño”.
 - Niñez migrante.
 - Derechos del niño y medios de comunicación.
 - Sistemas de protección integral de derechos a nivel nacional.
 - Niños en conflicto con la ley–justicia restaurativa.
 - Derechos del niño y medio ambiente.
 - Se destacó la importancia del diálogo permanente entre los Estados, específicamente desde la Iniciativa Niñ@Sur, tanto con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como con la Organización de las Naciones Unidas, a fin de detectar temas relevantes en la región para futuras observaciones generales.

Mesa redonda

Hacia un sistema de comunicaciones individuales

En las páginas que siguen, cinco especialistas analizan experiencias relacionadas con la creación de un sistema de comunicaciones individuales para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En los temas abordados, los expositores caracterizaron los avances, las limitaciones y los desafíos de los primeros veinte años de la convención, destacaron la complementariedad de los sistemas regional y universal en la protección efectiva de los derechos de la infancia y de la adopción de posiciones conjuntas desde el bloque Mercosur ante el sistema universal de protección de derechos humanos.

Hacia un procedimiento de comunicaciones mediante un protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño*

Esta ponencia relata la experiencia de elaboración de un proyecto de protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre comunicaciones individuales y colectivas y analiza el estado actual de la negociación y sus perspectivas inmediatas. Asimismo, expone los procedimientos generales del sistema universal de derechos humanos y la adopción de posiciones conjuntas como bloque Mercosur ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Quisiera comenzar por agradecer la invitación realizada por los organizadores de este seminario, en particular, la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, que cuenta asimismo con el apoyo de la Oficina Regional de Unicef, y con el auspicio de la Cancillería argentina que ha facilitado mi participación en este evento.

Creo que se trata de una oportunidad muy valiosa para promover el intercambio de experiencias e ideas sobre la Iniciativa Niño@Sur, que se da en una etapa clave de las negociaciones intergubernamentales para la elaboración del protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) destinado a establecer un procedimiento de comunicaciones individuales.

Dado que me desempeño en la Misión Argentina ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, y he tenido la posibilidad de estar en las discusiones intergubernamentales desde sus comienzos, me gustaría aprovechar esta intervención para describir brevemente los siguientes aspectos:

- Los antecedentes recientes que llevaron a la constitución del grupo de trabajo de composición abierta, destinado a elaborar un protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño, como las negociaciones mediante las que se adoptó la Resolución 11/2 del Consejo de Derechos Humanos.
- La primera sesión del grupo intergubernamental en diciembre de 2009.

Sebastián Rosales
Funcionario diplomático
de la Misión Permanente
de la República Argentina
ante los Organismos
Internacionales en Ginebra

* Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad de su autor y no reflejan necesariamente la posición del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

- La Resolución 13/3 del Consejo de Derechos Humanos posterior al grupo de trabajo (GT), adoptada en marzo de 2010.

- El estado actual de la negociación, el compromiso de la Argentina con los demás procedimientos de comunicaciones del sistema convencional onusiano, así como las perspectivas futuras del proceso.

En los párrafos siguientes describiré cada una de las etapas de este proceso, y procuraré dar cuenta de los esfuerzos de coordinación que han realizado los países del Mercosur y sus Estados asociados desde el inicio de las negociaciones en Ginebra, en consonancia con los trabajos impulsados desde la Reunión de Altas Autoridades competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur, desde 2006.

I. La creación del grupo de trabajo en el marco del Consejo de Derechos Humanos

En primer lugar, de acuerdo con la práctica corriente de la Organización de las Naciones Unidas, el primer paso para la elaboración de un instrumento internacional de derechos humanos, convenio o protocolo incluye la recolección de contribuciones de expertos en la temática y la constitución de un grupo de trabajo en el marco de un órgano de corte predominantemente interestatal para que discuta, primero, la posibilidad de realizar un determinado instrumento, sus objetivos, alcance y contenido y, luego, la elaboración de un primer borrador.

A continuación, en línea con el derecho de los tratados, se activa la etapa que, por lo general, es más compleja y enriquecedora, como lo es la instancia de negociación del instrumento; su culminación se da con la adopción del texto y posterior firma y ratificación o adhesión por parte de los Estados.

En segundo lugar, los principales antecedentes que llevaron al establecimiento del

grupo de trabajo para la consideración de la elaboración de un protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La propuesta de establecer un protocolo no es nueva. Fue objeto de discusiones durante la negociación y elaboración de la propia CDN y, luego, considerada también al cumplirse el decenio en 1999. Una vez más, al cumplirse los veinte años de la convención, se produjo otra vez un *momentum* para considerar esta iniciativa en el marco de la evaluación de los trabajos realizados y de los progresos y desafíos identificados.

En ese contexto, el Comité de Derechos del Niño dio apoyo para avanzarlos en esa dirección, y la presidencia se pronunció a favor en varias oportunidades, incluso en sus intervenciones ante la Asamblea General de las Naciones Unidas. También hubo apoyo de muchas organizaciones no gubernamentales que se dedican a la temática, en particular, de la coalición que impulsa la iniciativa. El comité referido y las diversas organizaciones de la sociedad civil no estuvieron solos. Varias delegaciones gubernamentales en Ginebra decidieron tomar un papel protagónico en el proceso.

Antes que nada, cabe tener presente que la iniciativa de los derechos del niño ha sido tradicionalmente impulsada en el sistema universal de derechos humanos por dos grandes grupos regionales: el grupo de países de América Latina y el Caribe y la Unión Europea. Ello se ha realizado tanto en los órganos internacionales pertinentes de Ginebra, como también en los de Nueva York.

El foro apropiado para impulsar un instrumento de derechos humanos como el de referencia en el ámbito internacional es el Consejo de Derechos Humanos, que tiene su sede en Ginebra. Se trata del órgano intergubernamental de mayor jerarquía en el sistema universal de promoción y protección de derechos humanos.

El consejo forma parte del sistema de las Naciones Unidas, está compuesto por 47 Estados miembros responsables del fortalecimiento de la promoción y la protección de los derechos humanos en el mundo. Fue creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de marzo de 2006 en reemplazo de la antigua Comisión de Derechos Humanos. Entre sus funciones, se incluye el tratamiento de situaciones de los derechos humanos en todo el mundo (por ejemplo mediante el examen periódico universal) así como la promoción del desarrollo progresivo del derecho internacional de derechos humanos.

Tradicionalmente, una iniciativa en el consejo comienza mediante la adopción de una resolución o decisión. Cada una de las resoluciones y decisiones de este órgano es impulsada por uno o más Estados miembros u observadores. Sólo los Estados pueden presentarlas.

La promoción de temáticas en el consejo y la representatividad de las delegaciones estatales involucradas no son temas menores, dada la frecuente dinámica de bloques del consejo y las diferencias de sistemas jurídicos y de concepciones religiosas y culturales. Junto con las posiciones comunes de grupos regionales, como el africano, conviven también posiciones de bloque subregionales, como las de la Unión Europea o el Mercosur, así como otros grupos políticos (por ejemplo, la Organización de la Conferencia Islámica y el Movimiento de Países No Alineados). Esto vale para el fomento de todos los temas de derechos humanos en el sistema universal, y las cuestiones de la promoción y la protección de derechos del niño no son una excepción.

En ese contexto, algunos países de la Unión Europea, en particular Eslovenia y Eslovaquia, organizaron encuentros informales con distintos formatos durante 2009 para promover la reflexión sobre la implementación de la CDN, sus protocolos y los desafíos.

Luego de estos intercambios –y convencida de que se trataba del momento oportuno para reimpulsar el tema–, la delegación de Eslovaquia con el apoyo de un grupo de países de distintas regiones tomó el liderazgo para impulsar el primer proyecto de resolución en el Consejo de Derechos Humanos en la sesión de marzo de 2009, que finalmente se convirtió en la Resolución 11/1.

El objetivo central de la iniciativa consistía en crear un grupo de trabajo de composición abierta dependiente del Consejo de Derechos Humanos para elaborar el

“La promoción de temáticas en el consejo y la representatividad de las delegaciones estatales involucradas no son temas menores, dada la frecuente dinámica de bloques del consejo y las diferencias de sistemas jurídicos y de concepciones religiosas y culturales”.

protocolo de referencia. A tal fin, Eslovaquia realizó tres consultas informales abiertas. En la primera, las delegaciones estatales tuvieron oportunidad de expresar si daban o no apoyo a la propuesta. En la segunda, discutieron alternativas de párrafos que al final llevaron a una fórmula de compromiso, en particular, el contenido del mandato que se restringió a “explorar la posibilidad de elaborar un protocolo facultativo”. En la tercera de estas consultas, se ajustaron detalles previos a su tableado oficial ante el Consejo de Derechos Humanos y su posterior adopción.

El papel del Mercosur en la etapa inicial

Los Estados miembros y asociados del Mercosur participaron activamente en todo el proceso. Durante la etapa inicial, la delegación de Uruguay (que tradicionalmente ha asignado prioridad al desarrollo de la temática de derechos del niño en el consejo) introdujo el tema de agenda en las reuniones de coordinación y contó con un apoyo rotundo de las delegaciones del bloque.

Las discusiones en el bloque se dieron en el marco del impulso que existe en Ginebra para operativizar las actas y recomendaciones de la Reunión de Altas Autoridades competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados Asociados. Ello incluye procurar coordinar posiciones comunes en el consejo y, si es posible, alcanzar una voz común en el abordaje de temas prioritarios para la subregión.

En ese contexto, los Estados partes del Mercosur y la mayoría de los Estados asociados acordaron tener posiciones unificadas en los siguientes temas: desapariciones forzadas, derecho a la verdad, extrema pobreza y la temática de los derechos del niño en el marco de la Iniciativa Niñ@Sur, incluido el análisis de un posible protocolo de la convención.

Los Estados miembros y la mayoría de los Estados asociados del Mercosur procura-

ron actuar de manera unificada durante las negociaciones apoyando la posibilidad de explorar la elaboración de un protocolo así como también, de forma más general, un sistema eficiente de promoción y protección de los derechos del niño.

Al apoyo del Mercosur se sumó el de otros países latinoamericanos como México, Panamá y Nicaragua y de otras regiones como Egipto, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, India, Portugal, Bielorrusia, Italia, Kazajistán, Kenia, Líbano, Tailandia, Macedonia y Ucrania, entre otros.

Otros países demostraron también interés en el proceso, entre ellos, Argelia, Azerbaiyán, Bután y Bosnia-Herzegovina.

Las principales preocupaciones de las delegaciones en la etapa inicial

Todos los Estados hicieron aportes muy constructivos durante el proceso impulsado por Eslovaquia. Sin perjuicio de ello, algunos Estados destacaron en varias oportunidades su preferencia por continuar las conversaciones antes de establecer un grupo de trabajo, porque consideraban que existían varios asuntos a tener en cuenta para impulsar el proceso.

Uno de estos aspectos estaba dado por la necesidad de contar con un protocolo.

La mayoría de los derechos de la CDN están incluidos en otros instrumentos (por ejemplo, los pactos de 1966) y por ello cabe preguntarse en primer término sobre la necesidad de contar con un protocolo.

Al respecto, cabe destacar que existen derechos contemplados en la CDN que no están en ningún otro instrumento y se trata del único de los principales tratados de derechos humanos que no cuenta con un procedimiento de comunicaciones individuales. Su necesidad y conveniencia parece evidente.

Otra cuestión a tener en cuenta es que si hace falta un protocolo, es necesario restringir su alcance a los derechos no contemplados en otros instrumentos. Este argumento es más

complejo –el hecho de que ya existan derechos en otros instrumentos plantea la necesidad de considerar un enfoque restrictivo de las comunicaciones–.

El argumento subyacente puede quizás entenderse mejor con un ejemplo: los niños tienen el derecho a la vida como también lo tienen las personas adultas y para proteger este derecho ya existe un procedimiento de comunicaciones individuales en el marco del Comité de Derechos Humanos. Distinto es el caso de los derechos no comprendidos en otros instrumentos, como, por ejemplo, el derecho del niño a ser escuchado, previsto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ello conlleva la necesidad de referirse a un debate respecto del alcance de los derechos que deben ser comprendidos en el procedimiento de comunicaciones individuales; esto es, a la controversia entre aquellos que defienden el enfoque de derechos *à la carte* (es decir, en el que el alcance de las comunicaciones individuales tenga sólo algunos de los derechos de la convención, en este caso, aquellos que ya no están consagrados en otros instrumentos de derechos humanos) y el criterio integral (es decir, todos los derechos contenidos en el instrumento).

No se trata de un tema nuevo, se discutió ad náuseam en la negociación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado en 2008, instancia en la que finalmente primó el enfoque integral. En la actualidad, esto da más argumentos a los países que defienden la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, previstos también en la convención.

Teniendo en cuenta los instrumentos del sistema universal, parece razonable considerar que se apoye el alcance amplio del procedimiento de comunicaciones, es decir, a todos los derechos de la CDN.

El alcance de las comunicaciones respecto de las disposiciones de los protocolos también fue otro de los aspectos destacados para impulsar el proceso. Asimismo se plantearon interrogantes sobre el alcance de las comunicaciones individuales respecto de los protocolos facultativos de la convención para el caso de aquellos Estados partes de dichos protocolos.

El único ejemplo similar en este sentido en el sistema universal se da en el marco del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) destinado a Abolir la Pena de Muerte, que

“Existen derechos contemplados en la CDN que no están en ningún otro instrumento y se trata del único de los principales tratados de derechos humanos que no cuenta con un procedimiento de comunicaciones individuales. Su necesidad y conveniencia parece evidente”.

dispone que las normas del primer protocolo se harán extensivas a los Estados que hayan reconocido el procedimiento de comunicaciones, a menos que el Estado parte haga una declaración en sentido contrario en el momento de ratificarlo o de confirmar su adhesión.

Para muchas delegaciones, este tema requiere de mayor reflexión y detenimiento debido a las siguientes consideraciones.

- Se recordó que la situación del segundo protocolo al PIDCP no es exactamente igual a ésta porque en aquel caso el procedimiento de comunicaciones ya estaba previsto en el primer protocolo. En este caso, el procedimiento de comunicaciones se establecería varios años después de la adopción y entrada en vigor de los protocolos.

- Se indicó que algunos aspectos de los protocolos en términos de derechos están ya contemplados en cierta medida en la CDN (por ejemplo, los artículos 32, 34 y 35) y, por ello, podrían ser tomados en cuenta en el procedimiento de comunicaciones, incluso sin los protocolos (aunque existan mejoras cualitativas en términos de derechos en los protocolos, por ejemplo, las relativas a la edad mínima en caso de conflictos armados [ver artículo 38 de la convención; cfr. artículos 1 a 3 del protocolo en la materia]).

- Se señaló que los dos protocolos imponen más obligaciones a los Estados partes en materia de venta, prostitución y utilización de niños en pornografía que derechos a los niños. No se trata de instrumentos tradicionales de derechos humanos que disponen catálogos de derechos y sobre los que se establece un procedimiento de comunicaciones, como el PIDCP y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

- Se reconoció que, en cualquier caso, siempre existe la posibilidad de que se extiendan los protocolos a aquellos Estados que estén interesados en reconocer la competencia en dichos casos.

Otro de los aspectos a tratar en las conversaciones previas a la formación del grupo de trabajo es el tema de la capacidad del comité para absorber una nueva responsabilidad.

Se cuestionó el perfil de los expertos ya que se hizo mención al hecho de que no existen muchos juristas especializados en la temática. Asimismo, se hizo mención a la gran cantidad de trabajo que el comité ya tiene en la actualidad, dado que la Convención sobre los Derechos del Niño es uno de los instrumentos más ratificados.

Los miembros del comité y distintas representaciones no gubernamentales se refirieron a este punto en el primer período de sesiones indicando que el comité tiene las herramientas para poder llevar a cabo con éxito la tarea, cuestión a la que me referiré más adelante.

El impacto presupuestario también fue otro de los aspectos tratados. Se argumentó que hay limitaciones presupuestarias y que este procedimiento implicará necesariamente la erogación de recursos adicionales.

Sin perjuicio de todas las reservas expuestas, una vez que hubo ajustes en el texto en el sentido de indicar que el grupo de trabajo sólo exploraría la posibilidad de avanzar hacia la elaboración del protocolo, todas las delegaciones se sumaron al consenso.

La resolución fue adoptada sin votación durante la sesión de marzo de 2009 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y fue el puntapié inicial del proceso.

El proyecto de resolución contó con el patrocinio conjunto de muchos Estados partes del Mercosur y Estados asociados, entre ellos, Bolivia, Brasil, Ecuador, Chile, Perú y Uruguay.

Estructura de la Resolución 11/2

La estructura de base que da establecimiento al grupo de trabajo intergubernamental es simple. Toma en cuenta la Carta de la ONU, la preeminencia que se asigna al tema en la Declaración y Programa de Acción de

Viena, la ratificación casi universal de la CDN, el comentario 5 del comité y el hecho de que todos los principales instrumentos de derechos humanos tienen un procedimiento y el apoyo del comité al futuro protocolo.

Sobre la base de esos elementos, se decidió crear el grupo de trabajo para considerar la elaboración de un protocolo de comunicaciones. Asimismo, se solicitó especialmente a los expertos del comité, a los titulares de procedimientos especiales de Naciones Unidas y a otros expertos relevantes que realizaran contribuciones para el futuro instrumento. Esto último se tornó especialmente relevante ante la falta de respuestas sustantivas de peso a los cuestionamientos formulados en las negociaciones por parte de los principales copatrocinadores.

II. Las labores del grupo de trabajo

a. Hacia el primer período de sesiones del grupo de trabajo. La creación del *core group* para el protocolo

El primer paso hacia la consolidación de un grupo que tuviera suficiente representatividad y apoyo a la iniciativa se logró con celeridad e inmediatamente después de la adopción de la resolución en el Consejo de Derechos Humanos. Una de las principales virtudes fue su claro corte transregional. Este grupo de núcleo duro (*core group*) que impulsa la iniciativa de la mano de Eslovaquia está conformado por Chile, Egipto, Finlandia, Francia, Kenia, Maldivas, Eslovaquia, Eslovenia, Tailandia y Uruguay.

Dicha medida otorgó fuerza y legitimidad al proceso y permitió evitar dinámicas de oposición en términos de bloques regionales y subregionales.

b. El primer período de sesiones del grupo de trabajo.

Inauguración y reacción de los Estados

En la inauguración de las sesiones, Uruguay, en calidad de representante de los Estados partes y de la mayoría de los Estados asociados del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú) pronunció una intervención conjunta para felicitar al presidente del grupo de trabajo por su designación, reiterar el compromiso del bloque con la promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito nacional e internacional y aprovechó la oportunidad para describir los trabajos de la Reunión de Altas Autoridades competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur.

“En las conversaciones previas a la formación del grupo de trabajo, se trató sobre la capacidad del comité para absorber una nueva responsabilidad. Se cuestionó el perfil de los expertos, ya que se hizo mención al hecho de que no existen muchos juristas especializados en la temática”.

En particular, se describieron los esfuerzos desplegados en el marco de distintos grupos de trabajo. En lo atinente a esta temática, el grupo pertinente es la Iniciativa Niñ@Sur. Se informó sobre la celebración de varias actividades conjuntas, proyectos e intercambios de mejores prácticas con el objeto de lograr avances en la protección efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes en nuestros países.

También se destacó que la elaboración de un posible protocolo de la CDN que disponga la creación de comunicaciones individuales forma parte de la agenda de este grupo de trabajo desde 2006. Desde entonces, se han intercambiado visiones y se han coordinado acciones tendientes a la aprobación de un protocolo. Se adelantó el interés de realizar una contribución como bloque.

Finalmente, se apoyó la constitución del grupo, la decisión de proceder a la elaboración de un protocolo y se subrayó la valiosa contribución de los expertos para activar el proceso.

Cabe destacar que se trató del único bloque regional o subregional que se pronunció en calidad de tal durante el debate y demostró su interés y compromiso en el tema.

En línea de apoyo, también se expresaron Finlandia, Tailandia y Marruecos. En cambio, Nigeria, Reino Unido, Irán, Nueva Zelanda y Dinamarca señalaron disposición para conversar, aunque no apoyaron el proceso ni el comienzo de negociaciones sobre un futuro instrumento. Algunos de ellos incluso señalaron la necesidad y la conveniencia de reflexionar sobre el valor agregado del instrumento.

Por su parte, Indonesia señaló sus reservas y la necesidad de mayor estudio del tema, mientras que China indicó que es necesario tener en cuenta las situaciones específicas de los países en desarrollo así como también las competencias internas en la materia. Algunos países asiáticos expresaron preocupaciones en el sentido de tener en

cuenta elementos culturales y religiosos, y el papel de la familia y las tradiciones.

Más allá de la función constructiva y de apoyo del Mercosur y el apoyo mayor o menor de otros actores al proceso señalado al comienzo del debate del primer período de sesiones, cabe destacar los aportes técnicos que existieron en la reunión. En efecto, tal como fuera solicitado, existieron varios insumos escritos que alimentaron el proceso y también se contó con la participación muy activa de varios expertos durante la sesión.

Los aportes escritos provinieron de expertos que forman o formaron parte del comité de procedimientos especiales (Nevena Vuckovic, Yhangee Lee, Jean Zermatten) y de la Red Europea de Ombudsman para la Infancia (Sérgio Pinheiro, Najat Maalla M'jid), entre otros.

No sólo hubo valiosas contribuciones escritas, sino que la organización del primer período de sesiones se concentró en el análisis de distintos puntos centrales y tuvo como principales actores a expertos invitados, que mantuvieron un diálogo con los Estados que forman parte del grupo de trabajo y procuraron evacuar sus dudas e inquietudes.

c. Temas considerados en el primer período de sesiones

En los debates del primer período de sesiones se visibilizaron los siguientes ejes: las razones y el tiempo oportuno para elaborar las comunicaciones; los mecanismos internacionales existentes y la accesibilidad; la eficiencia de mecanismos existentes; la naturaleza única de los derechos del niño; el derecho del niño a ser escuchado e implicaciones y viabilidad.

- Razones y tiempo oportuno para elaborar las comunicaciones: entre sus aportes escritos y orales, los expertos indicaron la necesidad de contar con el procedimiento, así como de que éste tenga en cuenta la naturaleza dependiente de los niños y la evolución de sus facultades. Indicaron que la adopción del

protocolo refuerza el derecho del niño a ser escuchado previsto en el artículo 12 de la CDN y también los remedios ante la violación del instrumento. También enfatizaron que, con la adopción del protocolo del PIDESC, la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales no está más en discusión.

Varias delegaciones gubernamentales apoyaron esta visión e indicaron que varios derechos de la convención no están en otros instrumentos, que las quejas de las víctimas se beneficiarían del *expertise* de los miembros del comité y que las decisiones de ese órgano colaborarían con el fortalecimiento de los mecanismos y órganos nacionales. En esa línea, indicaron también que se trata de un mecanismo subsidiario, que sólo trabajaría en caso de fallas de los mecanismos nacionales.

La opinión de los Estados sobre el tiempo oportuno para hacerlo no fue unánime, varios señalaron que era importante una adecuada reflexión más que una decisión apresurada sobre el particular.

- Mecanismos internacionales existentes y accesibilidad: la relatora sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía recordó que su mandato incluye la posibilidad de realizar llamamientos urgentes y misiones a países. Asimismo, indicó que un protocolo de la convención sobre comunicaciones tendría un alcance mucho más amplio que el de su mandato y permitiría el fortalecimiento del sistema de protección de los derechos del niño. Destacó también la importancia de la accesibilidad a tales mecanismos. Al respecto, señaló que la mayor parte de las denuncias provenían de ONG y que era importante lograr que los mecanismos puedan ser activados por los propios afectados.

Varios Estados destacaron la importancia de evitar el tratamiento de idénticos casos en más de un mecanismo y señalaron que ello debería estar entre los requisitos de admisibilidad. También recordaron que todo el sistema de procedimientos especiales está abierto a denuncias por parte de niños, a lo que algunas ONG contestaron que se trataba de una estructura fragmentada para la protección de los derechos de los niños.

En ese sentido, parece difícil sostener que el procedimiento de comunicaciones puede ser reemplazado por el sistema de procedimientos especiales. Para verificarlo, cabe describir brevemente este sistema.

“En el primer período de sesiones se visibilizaron razones y tiempo oportuno para elaborar las comunicaciones; los mecanismos internacionales existentes y su eficiencia; la naturaleza única de los derechos del niño; el derecho del niño a ser escuchado e implicaciones y viabilidad”.

El sistema de procedimientos especiales es un conjunto de mecanismos del Consejo de Derechos Humanos compuesto por 31 mandatos temáticos y 8 de países. Dichos procedimientos son muy valiosos y en muchos de ellos se permite que existan comunicaciones individuales (por ejemplo, mediante la figura del relator sobre los derechos de los pueblos indígenas y en el ámbito del grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias). Cada uno de ellos tiene un titular (en el caso de los grupos de trabajo son cinco expertos, uno por región) y tienen un trabajo intenso y desafíos importantes para cumplir con sus mandatos. No existe un procedimiento sobre derechos de los niños per se y sólo hay, en el marco del Consejo de Derechos Humanos, dos mandatos que se ocupan de algunos aspectos de los derechos de los niños (relatoría sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y relatoría especial sobre la trata de personas, especialmente las mujeres y los niños).

Es evidente que no se puede esperar que dicho sistema (de complejidad y alcances de relevancia) pueda ser la herramienta más adecuada para los niños o sus representantes en caso de que los sistemas nacionales fallen.

- Eficiencia de mecanismos existentes: uno de los expertos indicó la importancia de que la información fuera *child friendly* (realizada de forma que fuera fácilmente comprensible para los niños), insistió en la cuestión de la accesibilidad a los mecanismos de queja por parte de los niños y sus representantes así como la accesibilidad a los tribunales cuando los otros mecanismos administrativos no han funcionado. Recordó la importancia de asegurar reparaciones. Indicó que el eje rector debe ser la perspectiva de niños como sujetos y no objetos de derechos.

Además, recordó el Comentario General N° 2 del Comité sobre los Derechos del Niño, que insta a los Estados partes a

facultar a sus respectivas instituciones nacionales para considerar quejas individuales realizadas por los niños o sus representantes y dicho objetivo no ha sido logrado en muchos países. En ese contexto, indicó que existía un espacio para pensar en un rol para las instituciones en el protocolo. Por otra parte, sostuvo la importancia de las comunicaciones colectivas y de las medidas cautelares.

Varias intervenciones estatales recordaron la necesidad de garantizar la complementariedad de los mecanismos e insistieron sobre todo en el principio de no duplicación; esto es, impedir claramente que una comunicación que está siendo tratada en un mecanismo de similar naturaleza universal o regional sea tratada a la vez por el comité. También se recordó la importancia de principios generales como el de agotamiento de recursos internos.

Por otra parte, muchas delegaciones gubernamentales expresaron dudas sobre la posibilidad de que existan comunicaciones colectivas y también inquietudes y preguntas sobre la posibilidad de que el comité tuviese competencia para realizar investigaciones.

Asimismo, algunas delegaciones gubernamentales indicaron la aplicación y/o interpretación de la convención en algunos esquemas regionales (por ejemplo, en el interamericano). En respuesta a esta cuestión, varias ONG mencionaron que ningún esquema regional prevé un sistema tan comprensivo de derechos como el de la convención.

- La naturaleza única de los derechos del niño, el derecho del niño a ser escuchado: un experto del comité y la representante del secretario general de las Naciones Unidas sobre Violencia contra los Niños describieron la importancia del cambio de enfoque de niño-objeto a niño-sujeto de derechos, una de las evoluciones de importancia de los últimos veinte años.

Los expertos participantes subrayaron el enfoque holístico de la convención, ya que

prevé derechos que sólo corresponden a los niños y no existen en otros instrumentos. Señalaron que hay, además, principios rectores (no discriminación, interés superior del niño, obligación de considerar las visiones expresadas por el niño).

En este contexto, se sostuvo que el derecho a ser escuchado (artículo 12 de la CDN) debería inspirar los trabajos del grupo de trabajo así como el contenido del Comentario General N° 12 sobre el tema, que procura asegurar que si el niño no es escuchado en un procedimiento administrativo o judicial, debería poder acceder a procedimientos que reparan dicha violación.

Por otra parte, la necesidad de un procedimiento de comunicaciones puede justificarse en elementos de la Resolución de la Asamblea General de la ONU 64/146, que reconoce el derecho del niño a ser escuchado y la necesidad de respetar la opinión de los niños. Esta resolución interpretada de manera conjunta con el Comentario General N° 5 –que reconoce a los niños como sujetos de derechos y no sólo como individuos que requieren protección– son elementos que justifican el establecimiento de un procedimiento de queja en la materia. Ello permitirá que se activen denuncias ante violaciones a los derechos y se obtenga reparación.

En diálogo con los Estados, los expertos indicaron que:

- La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado principal sin procedimiento de comunicaciones.
- El Comité de los Derechos del Niño es un órgano familiarizado con las necesidades y derechos de los niños.
- Se pueden tener en cuenta elementos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en lo relativo a la presentación de comunicaciones.
- Debe haber un criterio para evaluar la madurez de un niño (tanto objetivo como subjetivo: la edad y las características personales de los niños son muy importantes).

También enfatizaron que no hay contradicción entre la necesidad de proteger al niño y la noción de niño como sujeto de derechos. El principio central basado en la evolución de las facultades del niño ha sido desarrollado en los comentarios generales 5 y 7 del Comité de los Derechos del Niño.

Algunos Estados indicaron que la convención y los comentarios del comité justificaban claramente un procedimiento de comunicaciones. Otros señalaron que hacía falta más estudio. Señalaron que es necesario evitar la

“El derecho a ser escuchado debería inspirar el contenido del Comentario General N° 12, que procura asegurar que si el niño no es escuchado en un procedimiento administrativo o judicial, debería poder acceder a procedimientos que reparan dicha violación”.

manipulación del niño en la presentación de comunicaciones así como tener en cuenta la cuestión relevante de la madurez suficiente necesaria para poder realizar una queja ante el comité.

- Implicaciones y viabilidad: Yanghee Lee, la presidenta del comité, expresó que el órgano trabaja en cámaras paralelas, combina informes y revisa actualmente sus métodos de trabajo; al menos siete expertos tienen *expertise* legal y existen distintas formas de trabajar sobre los casos de forma eficiente: un relator o grupo de trabajo de expertos del comité son opciones posibles.

También indicó que habría que evitar retrasos para evitar que el niño se vuelva adulto mientras se tramita la queja.

Respecto de los recursos presupuestarios, administrativos y legales, indicó que deberían estudiarse conforme la cantidad de casos concretos en una etapa ulterior.

Hay datos interesantes proporcionados por la secretaría de la ONU respecto de otros órganos de tratados: el Comité de Derechos Humanos tiene 430 casos con un promedio de registro de cien casos por año, el Comité contra la Tortura tiene 85 casos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer tienen pocos casos. El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad aún no registra casos. De estos casos, sólo el 2 o 2,5% involucran situaciones con niños.

La secretaría indicó que muchas comunicaciones son rechazadas antes de su registro (40 o 50% de las comunicaciones recibidas) y las razones de rechazo son habitualmente la falta de agotamiento de los recursos internos, pruebas insuficientes o falta de legitimación para promover el reclamo.

Los problemas logísticos retrasaron demasiado el comienzo e impidieron un debate sobre el curso de acción a seguir en la siguiente sesión, con lo cual, el primer

período de sesiones concluyó sin que se adopte una decisión al respecto.

El informe adoptado por el GT refleja en buena medida elementos que se mencionaron *ut supra*, pero, a diferencia de muchos otros de tenor similar, no cuenta con recomendaciones ni conclusiones.

Por ello, el futuro del proceso quedó en manos, una vez más, de otra resolución del Consejo de Derechos Humanos.

III. Una nueva resolución del Consejo de Derechos Humanos en marzo de 2010. El cambio de mandato del grupo de trabajo

a. Negociación del proyecto

El primer período de sesiones del grupo de trabajo, durante diciembre de 2009, y sus magros resultados en términos concretos podrían haber presagiado un largo recorrido antes de una decisión intergubernamental en el sentido de avanzar hacia la elaboración de un protocolo. Sin embargo, los hechos demostraron lo contrario.

En efecto, en febrero de 2010, el presidente del grupo de trabajo (Eslovaquia) realizó una ronda de consultas bilaterales con delegaciones interesadas y decidió impulsar un cambio decisivo en el mandato del grupo: de considerar el protocolo, el mecanismo pasaría a elaborarlo y negociarlo.

Las negociaciones de la nueva resolución se llevaron a cabo durante el decimotercer período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, en marzo de 2010.

En esa oportunidad, hubo reservas de algunas delegaciones, pero el grupo que constituye el núcleo duro de la iniciativa (Chile, Egipto, Finlandia, Francia, Kenia, Maldivas, Eslovaquia, Eslovenia, Tailandia y Uruguay) no se mostró tan flexible e insistió en la necesidad de avanzar hacia la efectiva elaboración del protocolo.

Las dudas dentro de este grupo y de otras delegaciones que deseaban contribuir al

proceso consistían en cómo operativizar el objetivo. En efecto, en el marco del Consejo de Derechos Humanos existen varias maneras de procurar la elaboración de un texto base para un tratado. Las más corrientes son tres.

1. Solicitar a un cuerpo de expertos que realice un primer borrador de instrumento. El comité asesor es un órgano integrado por dieciocho expertos que funciona como “grupo de reflexión” del Consejo de Derechos Humanos y trabaja bajo su dirección. El comité asesor sustituyó a la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y fue creado por la Resolución 5/1 (2007) del Consejo de Derechos Humanos.

El objetivo del nombramiento de los miembros del comité –que consideró los requisitos técnicos y objetivos contenidos en la Decisión del consejo 6/102– es asegurarse que el mejor asesoramiento y los conocimientos especializados estén a disposición del consejo. La función del comité asesor es la de proporcionar conocimientos especializados al consejo de la forma que éste lo solicite, centrándose, principalmente, en un asesoramiento basado en estudios e investigaciones. Tales conocimientos especializados serán proporcionados únicamente cuando el consejo lo solicite, en cumplimiento de sus resoluciones y bajo su orientación.

El comité asesor no adopta resoluciones ni decisiones. Puede formular, dentro del ámbito de trabajo establecido por el consejo y para que éste las examine y apruebe, sugerencias para mejorar su eficiencia procedimental, así como también propuestas de nuevos estudios dentro del ámbito de trabajo establecido por el consejo.

El comité asesor celebra hasta dos períodos de sesiones anuales, de un máximo de diez días laborables por año.

Cabe destacar que en su corta vida, el comité asesor ya ha incursionado en tareas de promoción de *standard setting* en dos oportunidades solicitadas por los Estados: elaboró un proyecto de directrices sobre lepra a solicitud de Japón y un proyecto de declaración sobre educación en derechos humanos solicitado por un grupo de Estados de distintas regiones que incluye, entre otros, a Suiza, Marruecos, Filipinas, Italia y Costa Rica.

2. Solicitar la designación de un experto al sólo efecto de realizar el trabajo. Ello se hizo en el caso de algunos instrumentos, como el Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad o “Principios de Joinet”.

“Según datos proporcionados por la secretaría de la ONU, respecto de otros órganos de tratados, el Comité de Derechos Humanos tiene 430 casos con un promedio de registro de cien por año; el CAT, 85; el CERD y el CEDAW tienen pocos casos. El CDPD aún no registra casos. De estos casos, sólo el 2 o 2,5% involucran situaciones con niños”.

3. Solicitar al presidente del GT la elaboración del instrumento en consulta con expertos en la materia y órganos relacionados con el tema. Este fue el método utilizado para el protocolo del PIDESC. En ese caso, la participación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se sumó a la ventaja de contar con una presidenta del grupo de trabajo que tenía *expertise* en el tema.

Luego de múltiples consultas, se decidió que la opción más conveniente era la tercera (la elaboración del texto por parte del presidente del GT) pues, en este caso, se trata de un instrumento de corte procedimental (un procedimiento de comunicaciones individuales) que cuenta con muchos modelos de tenor similar (previstos en el resto de los principales tratados o sus protocolos en la materia).

Las delegaciones más reticentes aceptaron finalmente esta propuesta y la consensuaron. La resolución fue adoptada entonces en marzo de 2010.

b. Estructura de la Resolución 13/3

Las diferencias con la primera resolución son notables:

- El mandato del grupo de trabajo consiste en “elaborar un instrumento”. El presidente de dicho grupo es el encargado de hacer el primer borrador.

- El presidente del grupo de trabajo (Eslovaquia) sería el encargado de elaborar el proyecto de protocolo, en consulta con expertos del comité y teniendo en cuenta las visiones expresadas en el primer período de sesiones. Se solicita asimismo al presidente que presente el proyecto en el próximo período de sesiones del grupo (6 al 9 de diciembre de 2010).

- También le solicita al secretariado de Naciones Unidas un cuadro actualizado de situación relativo a los procedimientos de queja existentes.

- Finalmente, se invita a un representante del comité a participar en el grupo para contribuir al proceso.

- Cabe señalar que, en los párrafos preambulares, se hace una nueva mención que se refiere al párrafo 33.b de la Resolución 64/146, de diciembre de 2009, que invita a los Estados a designar, establecer o consolidar estructuras gubernamentales pertinentes para los niños, incluidos ministros encargados de cuestiones relativas a la infancia y defensores del menor independientes, cuando corresponda; establecer mecanismos para permitir y promover la participación de los niños en la formulación y aplicación de políticas públicas, en particular, las destinadas a alcanzar los objetivos y metas nacionales relativos a la infancia y la adolescencia; y asegurar una capacitación adecuada y sistemática sobre los derechos del niño para los grupos profesionales que trabajan con niños y para niños.

IV. Futuro próximo del proceso

En los últimos meses, luego de la adopción de la resolución de marzo de 2010, el proceso se ha acelerado aún más. Ello ha ocurrido, en buena medida, gracias al impulso del presidente del grupo de trabajo que ha indicado claramente la voluntad de circular el proyecto con bastante antelación al próximo período de sesiones (diciembre de 2010).

Pasos a seguir por parte del presidente del grupo de trabajo

El presidente promueve en la actualidad la conformación de un grupo de amigos del instrumento que amplíe aún más la base de apoyos estatales al proceso. Habrá que ver si logra dicho objetivo en los próximos meses.

Asimismo, el presidente del grupo de trabajo circuló recientemente un *non paper* con elementos del proyecto de protocolo y prevé distribuir el proyecto de protocolo en las próximas semanas para otorgar algunos meses de reflexión a las delegaciones.

De los elementos mencionados en el *concept paper* del presidente, se destaca:

- El hecho de que muchos elementos del futuro protocolo pueden encontrarse en otros procedimientos ya existentes: el Protocolo del PIDCP, el Protocolo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el Protocolo del PIDESC, el Protocolo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y los siguientes instrumentos: la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CAT), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (CDF).

- Establecimiento: el protocolo debería comenzar con el establecimiento de la competencia del comité para recibir y considerar comunicaciones.

- Alcance: debería incluir la competencia del comité para los derechos reconocidos tanto en la convención como en los otros dos protocolos, salvo que el Estado se manifieste en contra, tal como lo establece el segundo protocolo del PIDCP.

- Legitimación activa:

- Comunicaciones de individuos o grupos de individuos: los protocolos de la CEDAW, del PIDESC, de la CPD y de la CERD permiten que las comunicaciones sean activadas por individuos o grupos de individuos.

Los protocolos del PIDCP y de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes no incluyen la referencia a los grupos de individuos pero dicha posibilidad ha sido prevista en sus reglas de procedimiento.

Cabe destacar que sólo se tramitan comunicaciones de grupos de individuos que alegan ser víctimas de una violación y que son identificados como tales (por ejemplo, derechos de un grupo de mujeres a cambiar de apellido, derecho de los esposos extranjeros de las mujeres de un país a tener las mismas condiciones de residencia que las que tienen las esposas extranjeras de los nacionales hombres del mismo país, derecho de los padres a que sus hijos no sigan una educación secundaria religiosa).

“Muchos elementos del futuro protocolo pueden encontrarse en otros procedimientos ya existentes [...], como los protocolos del PIDCP, de la CEDAW, del PIDESC y de la CDPD”.

Asimismo, es relevante tener presente que los protocolos de la CEDAW y del PIDESC establecen que el autor de la comunicación debe actuar con el consentimiento de la presunta víctima o grupo de víctimas, sin embargo, puede justificar dicha representación sin el consentimiento. Varias delegaciones estatales indicaron que ello provoca problemas en este caso puntual puesto que podría haber manipulación en casos que involucran a niños. Es un asunto complejo que requiere un estudio detenido. No parece necesaria dicha incorporación en este futuro instrumento, como tampoco se ha efectuado en los instrumentos realizados en los últimos años.

Más allá de todo lo señalado, este es uno de los temas que más inquietudes y preguntas genera a las delegaciones gubernamentales. El punto central para muchas de ellas consiste en determinar qué criterios se deben tener en cuenta para permitir la presentación de una comunicación por parte de un niño y relacionan el tema directamente con los sistemas internos en los cuales, en general requieren de un representante a efectos de reclamar sus derechos. El tema permanece abierto.

- Comunicaciones colectivas: hubo expertos que indicaron que se podrían hacer denuncias sin identificación de víctimas aludiendo a la aplicación insatisfactoria de una o más disposiciones del futuro instrumento. Ello no tiene antecedentes en el sistema onusiano en las dos oportunidades en que se discutió el tema en negociaciones de futuros instrumentos (CEDAW y protocolo del PIDESC) dicha posibilidad no fue aceptada por los Estados ni incorporada a dichos instrumentos.

- Comunicaciones interestatales: existen en algunos instrumentos en la materia, pero no se han usado.

- Criterios de admisibilidad:

- Material y personal: la comunicación debe contener alegaciones de violaciones a los derechos reconocidos en la convención

y/o protocolos y debe efectuarse por las supuestas víctimas y sus representantes.

- Temporal: no debe haber ocurrido antes de la entrada en vigor salvo que los hechos hayan continuado hasta el presente.

- No deben ser anónimas (ello sin perjuicio de proteger la identidad de la víctima).

- No deben constituir un abuso del derecho a presentar comunicaciones o estar manifiestamente infundadas.

- No debe existir duplicación de procedimientos: esto es, no puede tratarse una comunicación que ya fue considerada por el comité o que fue considerada o está bajo consideración de un procedimiento similar.

- Agotamiento de recursos internos salvo demora injustificada o prolongada de justicia (protocolo de la CEDAW, del PIDESC, de la CPD, de la CAT, de la CRMW).

- Procesos de consideración de una comunicación. En general, se definen en las reglas de procedimiento y deberían cubrir:

- Material a ser considerado por el comité: se propuso que la comunicación pudiera incluir material no escrito. No hay antecedentes sobre el particular. Sólo hay una disposición en el artículo 8.3 del protocolo del PIDESC que permite al comité considerar información relevante de órganos de las Naciones Unidas, organismos internacionales, etcétera.

- Notificación de la comunicación al Estado parte.

- Preservación de la confidencialidad del peticionario (artículo 14.6.a de la CERD y artículo 6.1 del protocolo de la CEDAW).

- Plazo para respuesta del que goza el Estado parte: el presidente del GT considera que debería ser tan pronto como sea posible por tratarse de derechos de los niños.

- Consideración de las comunicaciones en sesiones cerradas o abiertas según el interés superior del niño.

- Transmisión de las opiniones del comité.

- Consideración y respuesta a las opiniones del comité por parte de los Estados.

- Medidas de protección (existen en el artículo 11 del protocolo de la CEDAW y en el artículo 13 del protocolo del PIDESC).

- Desarrollo de reglas de procedimiento.

- Medidas provisionales: para responder rápidamente ante riesgos de daños irreparables. Ello ya existe en procedimientos de comunicaciones de similar tenor (artículo 5 del protocolo de la CEDAW; artículo 5 del protocolo del PIDESC; artículo 4 del protocolo de la CPD y artículo 31.4 de la CDF).

Ello fue apoyado por expertos durante la sesión y cuenta con casos en la práctica, especialmente en el marco del protocolo sobre pena de muerte y en el marco del PIDCP y la CAT.

- Procesos de solución amistosa: Fue incluido en la CAT (artículo 21.1.e) y más recientemente en los artículos 7 y 10 (en relación con las comunicaciones interestatales) del protocolo del PIDESC.

Nuestro país tiene una experiencia valiosa en la materia, en particular en el sistema interamericano. Apoyamos claramente dicha inclusión durante las negociaciones del protocolo del PIDESC y pensamos que es una propuesta muy interesante que alienta un esquema de cooperación entre las partes interesadas.

- Procedimiento de investigación en caso de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos: ya existe en el protocolo de la CEDAW (artículos 8-10), en el protocolo del PIDESC (artículo 11), en el protocolo de la CPD (artículo 6) en el CAT (artículo 20) y en la CDF (artículo 33).

- Proceso de seguimiento de las recomendaciones: los ocho tratados principales de derechos humanos que prevén comunicaciones (aunque hay algunas que todavía no estén implementadas) tienen a su vez mecanismos de seguimiento y monitoreo. Estos procesos pueden incluirse en el instrumento per se o en las reglas de procedimiento.

-Solicitar a los Estados que publiquen las comunicaciones y las recomendaciones del comité (existen antecedentes, como el artículo 13 del protocolo de la CEDAW). Los textos deben ser accesibles para niños.

- Asistencia internacional: con el consentimiento del Estado concernido, el comité puede sugerir la conveniencia de contar con asistencia técnica de los organismos especializados, fondos y programas de la ONU. También se podría contar con un fondo sobre el particular. Ello está previsto en el artículo 14 del protocolo del PIDESC.

“[Para muchas delegaciones gubernamentales], el punto central consiste en determinar qué criterio se debe tener en cuenta para permitir la comunicación por parte de un niño y relacionan el tema directamente con los sistemas internos en los cuales, en general, requieren de un representante a efectos de reclamar sus derechos”.

- Establecimiento de una institución nacional para considerar comunicaciones: en el primer período de sesiones del grupo de trabajo, se propuso crear una especie de ombudsman para niños en el ámbito nacional, que analice las comunicaciones y que, en caso de que no tenga satisfacción nacional, se remita al comité para su consideración. Existe en la CERD una disposición similar (artículo 14), pero no ha tenido importancia práctica.

No tiene precedentes en el sistema. Algunos expertos han señalado que, desde una perspectiva de protección a los derechos del niño, parecería perjudicial en términos de reclamo porque impondría una instancia adicional (casi inédita) antes de permitir a la víctima activar una queja internacional.

- Cláusulas finales: firma, ratificación y adhesión, denuncia, enmiendas, notificación al secretario general, lenguas oficiales, requerimiento de informe sobre actividades anuales del comité, reservas.

Argentina y los procedimientos de comunicaciones

Desde 1994, la República Argentina reconoce que los tratados en general y muchos de los instrumentos principales de derechos humanos gozan de jerarquía constitucional, es decir, que son superiores a las leyes nacionales.

Esto quiere decir que la Argentina reconoce la competencia de todos los procedimientos de comunicaciones en vigor en el presente previstos en:

- CERD, desde 2007.
- Protocolo del PIDCP.
- Protocolo de la CEDAW, desde 2007.
- Protocolo de la CPD.

También lo reconoció para dos instrumentos que al momento de esta presentación aún no están en vigor:

- CDF.
- Protocolo del PIDESC.

Perspectivas futuras del proceso

La elaboración y negociación de un proyecto de tratado o una declaración demandan un lapso de tiempo prolongado. Algunos procesos son largos y pueden llevar hasta un decenio.

Los últimos ejemplos en el marco de la antigua Comisión de Derechos Humanos y del Consejo de Derechos Humanos son la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la CDF y el protocolo del PIDESC.

La negociación de la CDF y el protocolo del PIDESC llevaron un promedio de tres años y se adoptaron finalmente en el marco del grupo de trabajo creado al efecto. Una vez adoptados por éste, pasaron al Consejo de Derechos Humanos para su aprobación y se adoptaron en dicho órgano por consenso.

Para tornarse instrumentos internacionales, deben pasar más tarde por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Una vez adoptados por el pleno en Nueva York, aún se requiere, según proceda, de la firma, ratificación y/o adhesión del número de Estados partes estipulado en el instrumento para su entrada en vigor.

En particular, el proceso en curso relativo a la elaboración de un protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño ha tenido una rapidez importante en sus primeras etapas. Hace sólo menos de dos años se activaba un proceso interestatal para contar con un proyecto de protocolo cuya primera versión estará disponible en muy pocas semanas.

Todas las delegaciones –en particular, las que han tenido reservas sobre la iniciativa y las siguen teniendo– comienzan poco a poco a aceptar que se trata de un proceso inexorable que llevará a la adopción del texto. Más tarde, deberán posicionarse frente a las propuestas que realice el presidente y luego reflexionar en sus respectivos ámbitos internos sobre la posibilidad eventual de asumir los compromisos.

Sin perjuicio de ello, aún faltan algunos pasos por recorrer y ciertamente al menos un par de años para completar el ciclo que permita la entrada en vigencia de un posible nuevo instrumento que permita el reclamo internacional ante el Comité de los Derechos del Niño ante violaciones a la Convención sobre los Derechos del Niño.

El papel del Comité de los Derechos del Niño. Aspectos positivos y nuevos desafíos

Las especialistas destacan los logros y los avances más significativos para la elaboración de un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a las comunicaciones individuales en el marco del sistema universal. Asimismo, mencionan una serie de aspectos que pueden mejorar los estándares de calidad de los derechos del niño.

Rosa María Ortiz
Vicepresidenta del Comité
de los Derechos del Niño
de las Naciones Unidas

Marta Mauras Pérez
Miembro del Comité
de los Derechos del Niño
de las Naciones Unidas

Rosa María Ortiz: Cuando se discutía sobre la aprobación del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) había muchas dudas sobre el alcance que se lograría. Entonces, muchas personas pensaban que, debido a tantos impedimentos, marchas y contramarchas, era posible que la convención no se llegara a aceptar. Cuando se la aprobó, el texto preveía un comité de monitoreo de sólo diez expertos independientes. Luego, inesperadamente, resultó el tratado de derechos humanos más ratificado y unos años más tarde hubo que hacer el cambio del artículo correspondiente para aumentar a veinte el número de integrantes de este comité.

Esto puede ser una explicación acerca de por qué esta convención no tuvo un protocolo desde el principio o no incluyó un sistema de comunicación. Aparentemente, dada la sensibilidad del tema de infancia respecto del rol de la familia y del Estado en relación con los niños, los mismos Estados privilegiaron un acercamiento dialogal del comité con los Estados partes. Sin embargo, a veinte años y dado que es la convención más ratificada, el comité, así como varios Estados y organizaciones de la sociedad civil han considerado que estamos en deuda con los niños, ya que los derechos del niño no tienen la misma fuerza coercitiva que los demás derechos.

No se puede decir que los niños y las niñas no precisan un protocolo de comunicaciones. La CDN y sus principios, así como todos sus articulados no son plenamente aplicados y no todos los niños ni todas las niñas gozan de la realización de todos sus derechos. Quedan todavía muchas tareas pendientes y muchos casos impunes.

La obligación de los Estados es prevenir la violación de cada uno de los derechos, asegurar su plena realización, y es también investigar, sancionar en plazos adecuados a los perpetradores y hacer reparaciones integrales a la víctima

o a las víctimas. Desde el comité se observa que los Estados no están cumpliendo suficientemente con sus obligaciones de prevención y efectiva realización de derechos, y también se observa impunidad e incumplimientos graves en cuanto a investigación, sanción y reparación a las víctimas. El comité está convencido de que un mecanismo como un protocolo de comunicaciones podría ayudar a que los Estados se provean de todos los instrumentos que precisan para garantizar plenamente los derechos de niños y niñas. Y sería una discriminación frente a los niños que todas las otras convenciones tuvieran un procedimiento así, pero no la Convención sobre los Derechos del Niño, como si se tratara a los niños como personas de una categoría inferior.

Desde el comité se considera que construir un sistema orgánico e interrelacionado verdaderamente universal de protección de los derechos del niño facilitaría lograr la justicia y la reparación integral de las violaciones de los derechos y ayudaría a que los Estados aprendan y crezcan en responsabilidad. Este mecanismo sólo sería puesto en funcionamiento cuando las barreras para los niños sean infranqueables dentro de su propio Estado, cuando la jurisdicción nacional no dé respuesta o cuando no haya otro sistema regional que se haya involucrado. Por lo tanto, no sustituye ni reemplaza, sino que complementa el objetivo de asegurar el efectivo acceso a la justicia en cada Estado parte. Por lo tanto, un protocolo adicional de comunicaciones individuales y colectivas es valorado por el comité porque fortalece los sistemas nacionales de protección y define estándares para que sean integrados en las decisiones administrativas y políticas, y también para que aumenten los recursos humanos, financieros y técnicos para el mejor goce de los derechos.

En el comité nos preguntábamos acerca de cuán efectivo será para un niño acudir a este mecanismo, porque sabemos y hemos investigado cuánto tiempo llevan los casos en otros comités de derechos humanos. A veces son seis, siete años como promedio; es decir, pensemos en un niño de 7 años, cuando su caso se resuelva tendrá 15 años. Pero, aun así, pensamos que puede servir, sobre todo, para casos paradigmáticos. El Estado tendrá la obligación de reparar, no solamente la situación de ese niño, sino las condiciones dentro del sistema para que eso no vuelva a ocurrir.

También hemos investigado la utilidad del mecanismo de denuncia en el sistema interamericano, y hemos

“Un protocolo de comunicaciones individuales y colectivas es valorado por el comité porque fortalece los sistemas nacionales de protección y define estándares para que sean integrados en las decisiones administrativas y políticas”.

visto que los casos de niñez han aumentado y han sido muy útiles en sus diversas medidas: las soluciones amistosas, las medidas cautelares, las sentencias. Todas estas medidas son importantes porque impactan en la modificación, en la derogación o en la aprobación de nuevas leyes; provocan cambios en las políticas públicas, cambios institucionales, incluso impactan en la difusión de los medios masivos, de manera tal que ayudan a dejar en claro lo que significa una violación de derechos y ayudan a romper paradigmas culturales que a veces avalan, impunemente, una tolerancia hacia la violación de los derechos. El sistema dual de la CIDH y de la Corte IDH también nos parece muy interesante porque ambas se potencian mutuamente y no se dificultan el trabajo. Y lo mismo esperamos por parte del sistema regional y el sistema universal, que no haya posibilidades de colisión.

En relación con el estatus del niño o la niña, como dice el artículo 12, el niño o los niños deben decidir cómo quieren ser escuchados, si directamente o por medio de un representante. El protocolo también debería establecer un procedimiento sobre cómo escuchar a los niños, las condiciones que aseguren el respeto del niño a ser oído en el proceso y para eso hay ya algunos mecanismos que se están experimentando. Las experiencias que estamos teniendo en el comité en cuanto a la participación de niños en la presentación de informes y, sobre todo, en la difusión de las recomendaciones del comité, nos dan buenos augurios de que es posible preparar a los niños para usar estos nuevos mecanismos y es posible preparar a los adultos para atender adecuadamente a la opinión de los niños y niñas. Esto ya lo están demostrando los niños que, por supuesto, precisan contar para ello con un permanente y sostenido apoyo de los adultos. El procedimiento debe ser aquel adecuado y adaptado a los niños y niñas. Sabemos que esto no es

fácil, pero es un desafío. Tampoco es imposible. No debe ser intimidatorio. Eso es lo que pedimos a todos los Estados.

Así, ¿por qué no podría el sistema de Naciones Unidas establecer un mecanismo tal cual pedimos a los Estados, que no sea hostil, que no sea insensible, que no sea inapropiado a la edad de cada niño? Lo importante es no sólo establecer el daño, sino también impedir la victimización secundaria, y que los procedimientos reparen efectivamente el daño. Y que sea bastante creativo en cómo sería la reparación del daño. Verdad que no es sólo algo pecuniario, sino que los niños precisan respuestas quizás diferentes que los adultos. Por eso, el abordaje no debe ser solamente jurídico, sino que fundamentalmente debe ser interdisciplinario y psicosocial. Eso daría una respuesta como la que el niño precisa.

Y por último, el mecanismo de monitoreo de las medidas que se impongan al Estado, también puede ser seguido por las organizaciones de niños, y no solamente por el niño afectado, sus familiares o la persona o la institución peticionaria.



Marta Mauras Pérez: Es claro que ha habido un avance inmenso sólo por la decisión de que el grupo de trabajo, de hecho, se convierta en un grupo de elaboración del protocolo facultativo. Hasta diciembre no teníamos claridad sobre ese tema y el futuro del protocolo facultativo era muy dudoso. Ahora ya no lo es. Y creo que eso es quizás el tema más importante. El grupo, los grupos de trabajo dentro de Naciones Unidas tienen la tendencia a ser latos; no quiero usar ninguna palabra que pueda ser tomada a mal, pero es cierto que, en algunos casos, podrían constituirse en sí mismos en obstáculos para obtener un resultado como el protocolo

facultativo. Sin embargo, este proceso parece ser muy dinámico. El presidente ha tomado en sus manos el tema y, en efecto, ha hecho el *paper**, pero sería conveniente realizar tres o cuatro puntualizaciones.

La primera es que ya no se debate la justificación de la necesidad. Sin embargo, es importante recordar que las otras ocho convenciones o tratados de derechos humanos tienen un procedimiento de comunicaciones. Cuatro de ellos como protocolos facultativos y los otros cuatro, como partes del tratado, en el cuerpo del tratado. Pero, además, el único tratado regional sobre niñez es el africano. Este documento incorpora en sí mismo un procedimiento de queja. Y yo creo que también ese es un antecedente importante porque, en su funcionamiento, el tratado se llama en realidad la Carta Africana de Infancia y Adolescencia, contempla la posibilidad de quejas. Esa es una cuestión que yo quería señalar.

El otro tema es sobre quién puede hacer las comunicaciones, este es uno de los temas a debatir. Ahora, desde el punto de vista del comité, sin embargo, a nosotros nos queda clarísimo. Por un lado, el comité admite totalmente y así lo ha expresado en sus observaciones generales número 11 y número 12, que son las últimas dos. Pero, además, la convención habla de que el niño puede ser representado. Es decir, las quejas pueden ser por el propio niño o niña, o para, *on behalf of*, desde el punto de vista del comité. Y nuestra interpretación de la convención nos dice que así es. Además, en relación con quién puede hacer comunicaciones aparece la cuestión de si son individuos o colectividades, colectivos o grupos. De hecho, la interpretación que el comité ha hecho sobre los derechos de los niños indígenas y sobre el derecho a ser escuchados admite absolutamente y de plano la posibilidad de una representación colectiva de derechos. En consecuencia, para nosotros tampoco existiría ese problema visto desde la interpretación que hace el comité de la convención. Además también existen antecedentes, tanto la Carta Africana sobre Niñez y Adolescencia, como en el Consejo de Europa, el Protocolo Adicional sobre la Carta Social Europea, que no es específica de niños, pero ambas contemplan la posibilidad de comunicación colectiva. Y, en consecuencia, nosotros creemos que francamente ya no es un tema de debate.

“En relación con quién puede hacer comunicaciones aparece la cuestión de si son individuos o grupos. De hecho, la interpretación que el comité ha hecho sobre los derechos de los niños indígenas y sobre el derecho a ser escuchados admite la posibilidad de una representación colectiva de derechos”.

* Nota del Editor: sobre este punto, se recomienda la lectura de la ponencia de Sebastián Rosales, págs. 35 a 53.

Respecto de los criterios de admisibilidad, que quizás es uno de los temas más importantes y más delicados de definir por parte del grupo de trabajo dentro del protocolo, es allí donde se produce la posibilidad efectiva de la subsidiariedad entre los sistemas nacionales, regionales e internacionales. Es decir, la posibilidad de establecer cuáles son las quejas que se admiten en la instancia internacional. Desde el punto de vista del comité, no cabe absolutamente ninguna duda de que uno de los criterios de admisibilidad más importante es que se hayan agotado todas las posibilidades de reparación a nivel nacional que, en el caso de los niños, deben ser genuinos, realistas y no prolongados. Este es un tema que se ha tocado en el documento del presidente y en el grupo de trabajo. Es decir, que los tiempos de los niños son distintos de los tiempos de los adultos. Y, en consecuencia, los procedimientos tienen que ser más rápidos.

El otro tema que me parece interesante señalar en relación con la cuestión de los tiempos y los Estados a los que se les hace una queja haciendo uso del protocolo facultativo es que se les permita o se les pida tomar medidas provisionales de remediación, incluso antes de que hubiera un fallo por parte del comité. Las medidas provisionales serían útiles precisamente por el tema de los tiempos de los niños. Porque un procedimiento puede tardar tres o cuatro años y si la queja ha sido presentada por un niño de 16 años o una niña de 17, lo mejor sería que hubiera una medida provisional. Y por supuesto, que además mediara, si es posible, un arreglo amistoso, que es el otro tema que le interesa al grupo de trabajo.

Y finalmente, lo que quería comentar respecto de lo que señala el *paper* del

presidente, es el tema de las reservas, que también es interesante. Porque en el examen de los informes que hacemos en el comité, de los informes de la convención, uno de los temas que siempre tratamos es el de las reservas. Sean estas reservas buenas o malas, por así decirlo. En el sentido de positivas o negativas. En el caso de la Argentina, por ejemplo, es muy positiva la reserva, en tanto que no permite adopciones hasta que no exista un sistema que garantice que la adopción sea apropiada. Volviendo al protocolo facultativo, es interesante señalar que la CEDAW excluye explícitamente la posibilidad de que cualquier Estado que ratifica introduzca reservas. Y, el único que sí las contempla, de todos los otros siete tratados, es el del Comité de las Personas con Discapacidad.

Para concluir, quiero decir que para el comité no cabe ninguna duda acerca de que un protocolo facultativo de quejas es sumamente importante, siempre y cuando esté realmente muy bien asentado en el principio de la subsidiariedad. O sea, seguramente pasará, como ha pasado en algunos tratados donde los mecanismos nacionales son capaces y competentes suficientemente como para acoger las quejas y, en consecuencia, realmente son mínimas las que llegan al nivel internacional. Quizá, en relación con la subsidiariedad, también valdría la pena señalar que al montar este protocolo facultativo uno de los grandes desafíos consiste en asegurar que este protocolo sea complementario y coherente con todo el resto de los sistemas. De tal manera que, por ejemplo, se pueda trabajar transversalmente la jurisprudencia de un sistema al otro, sin que esto constituya un gran aparato que realmente no es necesario armar.

Complementariedad de los sistemas regional y universal en la protección efectiva de los derechos de la infancia

Esta ponencia analiza las relaciones entre los sistemas regional y universal de protección de derechos humanos y menciona los avances más destacados que están realizando los sistemas europeo, interamericano y africano en relación con la temática de referencia.

Los sistemas regionales evalúan la provisión de remedios efectivos a las violaciones de los derechos de los niños y las niñas desde la perspectiva de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), como un instrumento legal único, integral y específico para la infancia, que obliga legalmente a los Estados partes, es decir, no es un documento de aspiraciones morales como algunos entienden de manera errada.

Cada derecho consagrado en la CDN comporta la obligación de prevenir su violación, de investigar, de sancionar efectivamente a los perpetradores en un plazo razonable y de proveer reparación integral a la víctima o grupos de víctimas, niños y niñas. Este es el objetivo que perseguimos ahora con la adopción del protocolo facultativo de la CDN sobre comunicaciones individuales, a instancias de celebrar los veinte años de la convención con su plena implementación, ya que hasta ahora ha estado incompleta, lo que resulta una discriminación para la infancia en el goce pleno de sus derechos. La singularidad de la convención reside en su especificidad y su integralidad e interdependencia.

Por un lado, la especificidad de los derechos no existe en ningún otro tratado regional (el sistema africano sí tiene un tratado específico sobre derechos en espejo, pero con diferencias que veremos más adelante) que deben interpretar y relacionar sus cartas de derechos con la convención en el análisis de casos contenciosos y en su labor de monitoreo.

Por otro lado, la integralidad e interdependencia de los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales –como en ningún otro tratado de derechos humanos– descansa en el principio del interés superior del niño que impregna toda la convención y se convierte en un mecanismo de interpretación, de control de decisiones y efectos que se toman sobre el niño, en cada caso.

**Susana Villarán
de la Puente**
Miembro del Comité
de los Derechos del Niño
de las Naciones Unidas

Los sistemas regionales utilizan crecientemente la CDN para interpretar en plenitud el alcance de las violaciones a los derechos de la infancia en casos contenciosos (individuales o de grupos de niños y niñas), relacionándola con los instrumentos y convenciones regionales para alcanzar la mayor protección posible para la víctima niño, niña o grupos de niños y niñas.

Es necesario construir un sistema orgánico e interrelacionado, verdaderamente universal, de protección de los derechos de la infancia consagrados en la convención que, basado en el principio de la subsidiariedad (nacional, regional y universal) y conforme a un conjunto sustantivo y procedimental, efectivamente permita la real justiciabilidad y la reparación integral de las violaciones a los derechos de niños, niñas y adolescentes, complementándose y enriqueciéndose uno al otro. Si bien sería imposible mantener un proceso en un sistema regional y uno universal, por la vía de la jurisprudencia se alimentan las decisiones de los diferentes órganos de justicia en los tres niveles.

Como todo mecanismo supranacional de protección de derechos humanos, los sistemas regionales son subsidiarios del sistema interno. No lo sustituyen ni lo reemplazan, sino que lo complementan; por ello, se exige que se agoten los recursos internos y se insiste en que no se trata de una cuarta instancia. El objetivo es el efectivo acceso a la justicia en cada Estado parte. Solamente cuando las barreras para el niño y la niña son infranqueables se abre la jurisdicción universal para la garantía de la protección efectiva de los derechos del niño, del acceso a la justicia. Un mecanismo como el protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño de comunicaciones individuales puede ser valorado porque fortalece los sistemas nacionales de protección y porque define estándares para que sean integrados y recreados en las decisiones de los publicistas mayores de los

Estados, las decisiones administrativas y en las políticas públicas y los recursos humanos y financieros que provean viabilidad al disfrute de los derechos.

Quienes sostienen que establecer mecanismos de acceso a la justicia supranacionales –como el protocolo adicional a la Convención sobre los Derechos del Niño sobre peticiones individuales que abogamos por concretar– debilita la justicia a nivel interno, no consideran las innumerables situaciones en las que los remedios efectivos a las violaciones a los derechos humanos no están a disposición de niños y niñas y generan, de este modo, una disyuntiva falsa entre el fortalecimiento de los mecanismos internos y el acceso a la justicia supranacional, cuando, en la práctica, las decisiones de la justicia supranacional fortalecen la justicia de los Estados, como lo demuestran las experiencias de los sistemas europeo e interamericano.

Avances en los sistemas regionales

Los sistemas regionales europeo, interamericano y africano han avanzado respecto de los siguientes campos o áreas de interés de la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes:

- Acceso de niños, niñas y adolescentes a los sistemas regionales en la búsqueda de la justicia y reparación efectivas de sus derechos violados.
- Mayor amplitud en el reconocimiento de derechos contemplados en los diferentes sistemas.
- Abordaje de casos emblemáticos y su impacto en la protección de grupos amplios de niños. En virtud de que los sistemas de protección no eligen sus casos, la existencia de casos emblemáticos que posean un impacto en las políticas internas depende mucho de los y las litigantes ante los sistemas, y de su capacidad de impulsar el litigio estratégico. El planteo estratégico de los casos

influye, tanto en el caso mismo como en el razonamiento y en la jurisprudencia utilizada en el proceso contencioso. Asimismo, en la jurisprudencia de los sistemas europeo, interamericano y africano, cada vez tienen mayor utilización las recomendaciones del comité y las observaciones generales, al momento de la presentación de *amicus curiae* en las cortes nacionales.

- Desarrollo de procedimientos adecuados para niños y niñas en el ámbito de los sistemas interamericano, africano y universal de protección de derechos.

Cada uno de estos sistemas regionales ha realizado una serie de aportes específicos.

Sistema europeo

1. No tiene un instrumento propio. Utiliza la Convención sobre los Derechos del Niño desde que entró en vigor.

2. Liderazgo incuestionable entre los sistemas regionales en cuanto a estándares establecidos y en cuanto a acceso de niños y niñas a la Corte Europea de Derechos Humanos (antes comisión y corte). Ha conocido y resuelto una amplia gama de derechos (discapacidad, género, custodia, privacidad, no discriminación, castigo corporal judicial, violación sexual como tortura, entre muchos otros), generando una valiosísima jurisprudencia en materia de derechos del niño.

3. En casos, se ha dado el acceso directo de niños y niñas algo que no se da aún en el sistema interamericano: por ejemplo, el caso *Aydin vs. Turquía* (violación sexual como tortura) con sentencia del 25 de septiembre de 1997, y el caso *Tryer vs. Reino Unido* (castigo corporal judicial), dictaminado en 1978. Además, los citados por Edo Korkljan contra Bélgica y Turquía.

4. Tiene una profusa interpretación del artículo 3 de la convención sobre el interés superior del niño en los casos sometidos a su consideración, y desarrolla caso por caso cómo debe ser este principio fundamental de interpretación de la CDN.

Sistema interamericano

1. No tiene un instrumento propio sobre derechos del niño. Algunos artículos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); y el Protocolo Adicional

“Es necesario construir un sistema orgánico e interrelacionado universal de protección de los derechos de la infancia consagrados en la convención [...] que permita la justiciabilidad y la reparación integral de las violaciones a los derechos de niños, niñas y adolescentes”.

a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) tratan sobre la educación primaria obligatoria y gratuita. La Corte Interamericana de Derechos Humanos inició la interpretación completa del alcance de la violación de los derechos del niño, en el caso Villagrán Morales vs. el Estado de Guatemala o en el caso “Niños de la Calle” (definición del niño, entre otros), en 1997.

2. Ha conocido y resuelto una gama de derechos (aún restringidos, si los comparamos con el sistema europeo, pero es un asunto de tiempo y de acceso por mayor difusión y conocimiento del mecanismo). Desde que en 1998 se instaló la Relatoría sobre Derechos del Niño, el número y la diversidad de casos se ha ampliado considerablemente: vida, integridad, identidad, educación, no discriminación, derecho a la familia en diversas situaciones, como violaciones de derechos humanos durante las dictaduras, y problemas como la “limpieza social” en operativos de seguridad contra adolescentes.

3. Flexibilidad en términos del agotamiento de recursos internos. Esto es muy interesante en materia de infancia: remedios inexistentes, barreras infranqueables, plazos no razonables, amnistías.

4. Sentencias que impactan en la modificación, la derogación y la adopción de legislación de impulso a políticas públicas.

5. Uso amplio de las medidas cautelares o de protección en circunstancias de riesgo inminente de un daño irreparable a un derecho o varios protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o en otros instrumentos hemisféricos de derechos humanos, ya sea en el marco de un caso o de manera independiente. Por ejemplo, llama la atención de los Estados de manera inmediata, y si bien no se acepta la responsabilidad internacional del Estado en el caso, permite actuar de manera inmediata;

tiene un mecanismo de seguimiento y ha permitido resolver casos en materia de derechos de la infancia, como el de los niños y adolescentes privados de libertad en el Complejo de Tatuapé, de la Fundación Estatal de Bienestar del Menor (FEBEM), de San Pablo, para proteger su vida e integridad, o la medida cautelar librada a favor de Dilcia Yean y Violeta Bósico, dos niñas hijas de migrantes ilegales haitianos en República Dominicana a las que se les negó el derecho al registro de identidad y a la educación y que dio paso a una decisión de la comisión y a una sentencia de la corte que cambió los sistemas de registro de niños en República Dominicana. El reciente caso La Oroya, en Perú, se inicia con la solicitud de una medida cautelar por la contaminación provocada por una empresa metalúrgica y su impacto en el deterioro de la salud de los niños. El tiempo en el caso de los niños y las niñas, que es corto, debe contemplar un mecanismo de esta naturaleza. Las medidas cautelares se vuelven una efectiva herramienta de protección para los derechos de los niños.

6. Utilización amplia de las soluciones amistosas en el marco de casos que, reconocida la responsabilidad internacional del Estado, permiten respuestas creativas, particularmente en el caso de reparaciones, como la de Mónica Carabantes, adolescente embarazada que fue expulsada de la escuela en Chile, y Paulina Ramírez, a quien se le impidió el aborto en un caso de violación sexual en México. Es un mecanismo a seguir explorando y profundizando a favor de la infancia.

7. Creciente creatividad en las reparaciones: un ejemplo de ello es el caso Hermanas Serrano Cruz, de infancia desaparecida en el conflicto interno salvadoreño, en el que se creó el banco de ADN, entre otras medidas; o el caso “Niños de la Calle” contra el Estado de Guatemala, por el que se aprobó un Plan Nacional para Niños y Niñas en Situación de Calle como garantía de no repetición.

8. El sistema dual de comisión y corte provee herramientas contenciosas, de monitoreo y político-promocionales que se enriquecen y potencian entre ellas. La exigibilidad de los derechos del niño tiene que contar con esto, con una caja de herramientas.

9. Debilidad del monitoreo de cumplimiento por parte de la corte, aunque el cumplimiento es bastante satisfactorio.

Sistema africano

1. A diferencia del sistema europeo e interamericano, el sistema africano tiene su propio instrumento, que es la Carta Africana sobre los Derechos del Niño, de 1981, que tiene casi todos los derechos que luego adoptó la convención, pero añade situaciones propias de la región: niños en *apartheid*, definición del niño, rol de la familia en la adopción y acogida de menores y las obligaciones y responsabilidades del niño en relación con su familia y la comunidad, mutilación genital femenina, conflictos, desplazamiento, reclutamiento de niños.

2. No conozco casos ante la comisión africana.

“La importancia única de la CDN se basa en que es un instrumento específico, único que sirve de interpretación para los sistemas regionales en el razonamiento judicial”.

A modo de conclusión

A partir de la revisión de lo actuado en estos sistemas en el ámbito contencioso y en la relación de los diferentes mandatos que tienen en relación con la exigibilidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes y del acceso a la justicia supranacional para el Protocolo 3 se extraen los siguientes aspectos relevantes:

a. La importancia única de la CDN como instrumento específico, único que sirve de interpretación para los sistemas regionales en el razonamiento judicial. La creciente utilización, por parte de los sistemas regionales, de la convención y de las observaciones generales y recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño (“Niños de la Calle”, Opinión Consultiva N° 17, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

b. El estatuto del niño y la niña: el derecho a ser escuchado tal como lo establece el artículo 12 de la CDN y lo desarrolla la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño. Dice el comité: “El niño debe decidir cómo quiere ser escuchado, si directamente o a través de un representante”. Y recomienda que, siempre que sea posible, al niño debe ofrecérsele la oportunidad de ser

directamente escuchado en cualquier procedimiento. Si se trata de un procedimiento judicial (y el de los sistemas regionales lo es), el niño debe tener acceso a procedimientos, quejas y apelaciones que provean soluciones a la violación de sus derechos.

La obligación del Estado parte de “asegurar” este derecho, de expresar su punto de vista de manera libre, no está librado a la discrecionalidad del Estado, es mandatario en todas las materias que conciernan al niño.

La necesidad de promover cada vez más el acceso directo de los niños y niñas ante los diferentes sistemas regionales y pronto ante el sistema universal y su activa y efectiva participación, ejerciendo el derecho de ser escuchados, de participar, requiere la difusión y conocimiento de los mecanismos, la utilización de los mismos por niños y niñas. La experiencia en el ámbito universal demuestra que la creciente interacción y participación de niños, niñas y adolescentes ante el Comité de los Derechos del Niño, la cercanía que las organizaciones de niños, niñas y adolescentes experimentan con el comité, la forma en la que utilizan sus recomendaciones a los Estados será un elemento que facilitará el acceso al mecanismo de quejas individuales. La relación con otros comités de órganos de tratados no es la misma con otros comités de tratados.

c. La necesidad de establecer procedimientos adecuados, adaptados a niños y niñas:

i. Procedimientos sensibles al niño, amigables. Los niños y las niñas deben comprender los instrumentos de protección, los mecanismos, la naturaleza de las instituciones. Acá hay que tomar en cuenta el desarrollo que hace el Comité de los Derechos del Niño respecto de la madurez del niño: su capacidad de comprender y establecer las implicancias de una materia específica. No es un asunto fácil pero resulta un desafío, y no un obstáculo. Amigable debe ser comprendido en esta línea de

razonamiento del comité: “un niño no puede ser escuchado efectivamente en un ambiente intimidante, hostil, insensible e inapropiado a su edad”. Para ello, desarrolla lineamientos claros sobre los procedimientos ante la justicia para los niños y niñas.

ii. Procedimientos que reparen. No basta con establecer el daño (lo que ya es un esfuerzo que exige interdisciplinariedad, no basta con una aproximación jurídica), hay que impedir la victimización secundaria de niños y niñas en el proceso. Se necesita que los procedimientos sean en sí mismos reparadores del daño. Podemos aprender del Estatuto de Roma en lo normativo, particularmente en lo referido a crímenes sexuales, pero es necesario ir más allá y esto exige una gran creatividad procedimental. No basta con el conocimiento jurídico, tiene que existir un abordaje interdisciplinario, sobre todo psicosocial.

d. Los mecanismos de monitoreo de cumplimiento de las sentencias o decisiones en el ámbito interno deben incorporar a niños y niñas en cada país, no solamente a la víctimas, familiares y peticionarios.

e. La necesidad de tomar en cuenta todos los derechos de todas las infancias; por ejemplo, los DESC no pueden ser considerados meras aspiraciones, sino derechos exigibles (hoy ese viejo debate ha sido resuelto). Existen obligaciones de no regresión, de establecimiento de mínimos, de utilización del máximo de recursos disponibles. El comité, en el día de debate general sobre inversión en la infancia, aportó mucho en esta ruta; igualmente las Directrices de Maastrich sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (obligaciones de respetar, proteger y cumplir, implica obligaciones de conducta y de resultados. La obligación de conducta exige acciones racionalmente concebidas con el propósito de asegurar el ejercicio de un derecho específico. Por ejemplo, en el caso del derecho a la salud,

la obligación de conducta podría implicar la aprobación y ejecución de un plan de acción destinado a reducir el índice de mortalidad infantil. La obligación de resultado requiere que los Estados cumplan objetivos concretos que satisfagan una norma sustantiva precisa) y los Principios de Limburgo desarrollan estos aspectos, así como el litigio en sede interna en varios países en derecho de la infancia a la educación primaria, universal, obligatoria; a la salud, por ejemplo.

f. Accesibilidad significa viabilidad del acceso. Fondo para el acceso de niños y niñas víctimas a los sistemas internacionales. Si resultan difíciles de acceder para los adultos, con mayor razón para los niños. Ofrecer el acceso debe significar hacer que éste sea posible. No hay que ver este tema de implicancias económicas como un obstáculo, sino como un desafío a los Estados para que sea efectivo su compromiso como partes de tratados que ellos ratificaron en beneficio de las personas de sus sociedades. Se acaba de aprobar el Reglamento del Fondo en la OEA.

g. El valor de las medidas de protección o cautelares por la dimensión temporal de la vida del niño. Son importantes los avances realizados en los sistemas regionales, y, en menor medida, por comités creados por los tratados internacionales, en lo relacionado con los derechos del niño y la niña. Esperamos el protocolo adicional sobre comunicaciones individuales a la Convención sobre los Derechos del Niño para el pleno acceso a la justicia para la infancia del mundo.

h. Promover y capacitar a organizaciones de la sociedad civil, organizaciones de niños, operadores de justicia en la Convención sobre los Derechos del Niño y los mecanismos regionales. Aprender de buenas prácticas para la presentación de casos por niños, niñas y adolescentes. Intercambios regionales.

“Siempre que sea posible, al niño debe ofrecérsele la oportunidad de ser directamente escuchado en cualquier procedimiento. Si se trata de un procedimiento judicial, debe tener acceso a procedimientos, quejas y apelaciones que provean soluciones a la violación de sus derechos”.

Hacia un protocolo facultativo que consolide los sistemas de protección efectiva de los niños víctimas de violencia

Esta ponencia relata algunas iniciativas que se llevan a cabo en la región para revertir la violencia contra los niños. Asimismo, sugiere orientaciones para favorecer la participación de instituciones autónomas y de los niños en los mecanismos de información.

Marta Santos Pais
Representante Especial
del Secretario General
de las Naciones Unidas
sobre la Violencia contra
los Niños

Me siento honrada de compartir estas palabras con ustedes, acompañándolos en todos los esfuerzos que realizan para promover el fortalecimiento de los sistemas de promoción, prevención y protección de derechos de las niñas, los niños y adolescentes, tanto a nivel regional como internacional.

En particular, me congratula ver el impulso que se está dando a la creación de un protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), el compromiso con los derechos del niño y, en particular, con la prevención de la violencia y la protección contra sus efectos nefastos, que son formas concretas e instrumentales de garantizar la protección de los derechos de la infancia.

Como reconocen la CDN y sus protocolos facultativos, la protección de las niñas, niños y adolescentes respecto de la violencia es un imperativo de derechos humanos. Estos instrumentos jurídicos, que desde hace mucho están en vigor en los países de esta región, proporcionan fundamentos sólidos para prevenir y tratar todas las formas de violencia hacia la infancia. Estos tratados de derechos humanos crean, además, una oportunidad estratégica para integrar la protección del niño respecto de la violencia como un componente central de la agenda política nacional y ayudan a evitar soluciones fragmentadas, diluidas o simplemente reactivas.

En mi trabajo como representante especial del secretario general de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños –función creada para dar seguimiento a las recomendaciones del Estudio Mundial sobre la Violencia contra los Niños, Niñas y Adolescentes–, me siento animada por el compromiso de las regiones en favor de la protección de los niños contra todas las formas de violencia. Hay iniciativas prometedoras para aumentar la conciencia sobre este fenómeno y su impacto sobre los niños, para romper la conspiración de silencio alrededor de su ocurrencia y para darle prioridad como componente del debate público y de la agenda política de cada país.

Considero esencial alcanzar progresos en tres áreas prioritarias. La primera tiene que ver con la elaboración por parte de cada Estado de una estrategia nacional amplia para prevenir y responder a todos los tipos de violencia. La segunda, con la introducción en la legislación nacional de una prohibición explícita de todas las formas de violencia contra los niños en todos los contextos. Y la tercera prioridad está relacionada con la promoción de un sistema nacional de recopilación, análisis y difusión de datos, y de desarrollo de investigaciones sobre la violencia contra los niños.

La violencia hacia niños, niñas y adolescentes es un fenómeno global que no conoce fronteras geográficas, culturales, de clase social o de nivel educativo. La violencia se produce en el hogar, la familia, la escuela, la comunidad, las instituciones alternativas de acogida, los centros de detención, los lugares donde trabajan los niños y también en el contexto de movimientos migratorios.

Desgraciadamente, la violencia sigue siendo socialmente aceptada, mirada como un tabú social. Muchas veces, se la vincula con la disciplina y se considera que es necesaria para que los niños crezcan como ciudadanos responsables. Por otro lado, la violencia es perpetrada, muchas veces, por personas que forman parte del entorno social y familiar del niño. Y, de esta forma, la violencia contra la niñez es silenciada o no es reconocida. Por ello, es un reto denunciar casos de violencia. Así lo reconoció el Estudio de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños y también lo hacen otros estudios nacionales, informes de organizaciones internacionales y noticias frecuentes en la prensa. Es importante recordar, como también lo destacó el estudio de las Naciones Unidas, que la violencia contra los niños jamás es justificable y siempre se puede prevenir. Ésta es mi convicción profunda y es también un principio básico que rige mi trabajo.

Cualquier sociedad, sea cual sea su trasfondo cultural, económico y social, puede y debe prevenir y poner fin a la violencia contra los niños. Esto implica que no sólo hay que castigar a los agresores, sino que también hay que promover un cambio de mentalidad y de conducta en la sociedad. Hay que mejorar las condiciones económicas y sociales subyacentes a condiciones de violencia y garantizar que cada niño pueda intervenir, como primera línea de prevención de la violación de sus derechos.

“Cualquier sociedad, sea cual sea su trasfondo cultural, económico y social, puede y debe prevenir y poner fin a la violencia contra los niños”.

Para que estos principios sean realidad, hay que garantizar, también, que los niños víctimas de violencia tengan mecanismos de asesoramiento y denuncia que tengan en cuenta sus necesidades y a los que puedan acudir en condiciones de seguridad para denunciar incidentes de violencia. Es por eso que me complace profundamente que el Consejo de Derechos Humanos, en su Resolución 1101, de 2009, estableciera un grupo de trabajo abierto sobre un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones individuales. Sin dudas, la creación de tal procedimiento contribuirá a la protección general de los derechos del niño y, en particular, a la protección contra la violencia en todas sus formas. Sin embargo, para que este procedimiento sea efectivo y tenga impacto verdadero en la protección de niños, niñas y adolescentes debe ser adaptado a sus necesidades.

En este sentido, la Resolución 1320, del 20 de abril de 2010, del Consejo de Derechos Humanos, me solicita presentar un informe sobre mecanismos de asesoramiento y denuncia adaptados a las necesidades de los niños, conjuntamente con la relatora especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Al respecto, junto con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, en septiembre de 2010, organizamos una consulta de expertos sobre el intercambio de buenas prácticas sobre este tema. La reunión se llevó a cabo en Ginebra, en septiembre de 2010, y convocó a representantes de gobiernos, instituciones nacionales, defensores de derechos de la niñez, organizaciones del sistema de las Naciones Unidas y representantes de la sociedad civil¹. El nuevo protocolo constituye

una herramienta jurídica idónea para reafirmar y concretar el derecho del niño a acceder a información apropiada sobre mecanismos de asesoramiento y denuncia, qué significan e implican y cómo pueden ser utilizados. El proceso de elaboración del protocolo es una oportunidad para subrayar la responsabilidad de los Estados en la promoción de actividades de información, sensibilización, educación y capacitación de profesionales, en el desarrollo y la utilización de mecanismos de asesoramiento y denuncia que sean accesibles y apropiados para niños, niñas y adolescentes, y que prevengan todo el riesgo de presión, manipulación, discriminación o represalias. Además, este tratado tiene potencialidades enormes para apoyar a los Estados en el desarrollo de mecanismos de información, asesoramiento y denuncia hacia el interior de departamentos e instituciones de la niñez; para apoyar, a nivel nacional, el establecimiento de instituciones independientes de derechos del niño, como defensorías de la niñez, para que puedan intervenir como mecanismos de asesoramiento, denuncia y apoyo a niños víctimas, y es, además, una excelente oportunidad para reafirmar el derecho del niño a acceder a las garantías legales esenciales, para salvaguardar su derecho a denunciar violaciones a sus derechos y favorecerse del apoyo y la protección a los que tiene derecho. Sin dudas, la experiencia en los países donde se desarrolla la Inicitiva Niñ@Sur puede ser una fuente de información y de reflexión para desarrollar estas medidas.

En 2010, celebramos el vigésimo aniversario de la entrada en vigor de la CDN y el décimo aniversario de la adopción de sus dos protocolos facultativos, y renovamos nuestro compromiso profundo en favor de los derechos de la niñez. La creación de un protocolo facultativo de la convención para establecer un procedimiento de comunicaciones es un paso esencial para asegurar la consolidación de un sistema internacional de protección

¹ La información acerca de la reunión de expertos está disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/ViolenceAgainstChildren/Pages/ConceptNote.aspx>

efectiva de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. Debemos trabajar conjuntamente para que este deseo se convierta en realidad. Los niños, las niñas y los adolescentes, sin dudas, lo merecen.

Síntesis del intercambio con los participantes

- Uno de los temas que se ha incorporado como prioritario en el marco del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a instancias de los Estados miembros del Mercosur, junto a las temáticas de desapariciones forzadas, derecho a la verdad y extrema pobreza, ha sido el de los derechos de niñas y niños.

- Los Estados acuerdan la necesidad de elaborar el protocolo facultativo de comunicaciones individuales para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, sabiendo asimismo que es valorado por el Comité de los Derechos del Niño, porque fortalece los sistemas nacionales de protección de derechos y define estándares para que sean integrados en las decisiones administrativas, judiciales y políticas, y también para que aumenten los recursos humanos, financieros y técnicos para el mejor disfrute de los derechos.

- Un tema central es crear un procedimiento de comunicaciones individuales que resulte “amigable” para los niños y niñas. El niño debe ser escuchado directamente, y cuando esto sea imposible, se podrá recurrir a un representante. El Estado debe asegurarle ese derecho y crear las

condiciones para ello. El procedimiento debe ser adecuado y adaptado a los niños y niñas, a fin de que no sea hostil, insensible o inapropiado. También se hizo hincapié en contar con plazos razonables atendiendo a la especial etapa de la vida de los niños y niñas.

- Las medidas reparatorias no deben circunscribirse a la indemnización pecuniaria, se precisan respuestas distintas y creativas de parte del Estado y diferentes de las que se aplicarían a los adultos. El abordaje no debe ser sólo jurídico, sino también interdisciplinario y psicosocial. Incluso a veces se requiere reparar integralmente el daño ocurrido, es decir, incluir a la comunidad y /o la familia de la niña o niño. También es importante impedir la victimización secundaria y velar porque el propio procedimiento sea reparador del daño.

- Un punto central para tener presente en el momento de la implementación del sistema de comunicaciones individuales ante el Comité de los Derechos del Niño es que este mecanismo permitirá asegurar el respeto al principio de especialidad de los derechos del niño.

Mesa redonda

Intercambios con representantes de organismos internacionales de cooperación

En esta sección, especialistas de organismos internacionales comparten sus perspectivas para el intercambio entre la Iniciativa Niñ@Sur y los organismos de cooperación internacional, con el objetivo de debatir y difundir los estándares de protección en la materia y potenciar su incidencia en los Estados.

Temáticas actuales en las instancias de cooperación regional

Esta ponencia muestra una síntesis de los temas que se están tratando en América del Sur de acuerdo con la programación de cada país y con los diálogos regionales.

En la experiencia de Unicef en esta región y en la Argentina en particular, han existido en los años más recientes, prácticas positivas que han facilitado significativamente el trabajo del organismo que represento. Fundamentalmente, me refiero al hecho de que se han podido forjar propuestas de cooperación a partir de un análisis común de la situación de la niñez y se han establecido, por primera vez, Marcos Comunes de Cooperación para el Desarrollo de todas las Agencias de la ONU.

En primer lugar, quisiera hacer una reflexión y presentar algunas ideas sobre el tipo de cooperación que Unicef ofrece para apoyar el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

Sin desconocer el rol que tienen nuestras sedes central y regional –con su papel de orientación y de apoyo técnico o político a iniciativas estratégicas– se debe destacar la oportunidad que se tiene, en cada país, de organizar con los Estados una programación basada en un enfoque de derechos humanos que contemple las peculiaridades del contexto local en el que viven los niños, niñas y adolescentes.

En los ejercicios de programación se ha insistido en tener un análisis amplio de la situación de este grupo de población. Ninguna oficina de Unicef y ningún Estado que ha suscrito la CDN podría darse el lujo de decir que un cierto tema incluido en este instrumento legal internacional no debe ser considerado porque no interesa. Es decir, se ha partido de un análisis bastante completo de la situación. La implicancia de realizarlo con un enfoque de derechos significa que las situaciones relativas a cada artículo de la CDN se han revisado en profundidad, ponderando las distancias que puedan existir entre su cumplimiento total y el cumplimiento actual existente, que resulta casi siempre parcial. Se han examinado los indicadores de tendencia en el tiempo y de distribución territorial y entre diversos grupos sociales y poblacionales, junto con los factores

Ennio Cufino

Coordinador de Programas del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), Oficina de la Argentina

explicativos. Desde el enfoque de derechos, se ha explorado con especial atención el estado de las capacidades de las instituciones y actores sociales para cumplir con sus obligaciones específicas respecto de los derechos de la niñez, planeando una cooperación precisamente focalizada en el mejoramiento de determinadas capacidades.

En las propuestas de acción se ha aplicado un concepto de corresponsabilidad en el que el Estado nacional tiene el rol fundamental de garante y facilitador, a la vez que divide las obligaciones en diversas esferas y niveles de gobierno hasta alcanzar el local, y con entidades y actores de la sociedad civil, incluidos los padres de familia. La cooperación de Unicef se orienta a apoyar a los países para que estos roles sean ejercidos de acuerdo con los mejores estándares. Son roles que, como lo ha recordado Rosa María Ortiz en su presentación sobre la experiencia del comité de la ONU sobre medidas generales*, hoy en día están definidos generalmente de una forma bastante precisa en los marcos jurídicos de cada país, de forma casi universal alineados con la CDN.

Actualmente, el tema de la adecuación legislativa para muchos países ya no ocupa un lugar tan central como el que tenía hace algunos años, aunque todavía es importante. La mayoría de los países tiene legislaciones similares. Los ejemplos que se han dado en los diálogos de esta jornada son indicativos en este sentido: hay coincidencias y acuerdos, por ejemplo, sobre cómo reglamentar de la mejor manera las medidas alternativas a la privación de libertad, en el caso de infracciones a la ley penal y sobre cómo construir estándares. Lo que resulta fundamental hoy es poner la atención sobre los temas de coordinación entre instituciones, la planificación operativa, de gestión y de asignación de recursos que permitan alcanzar y mantener niveles deseados de adhesión a los

estándares. Además, es sumamente importante para un país disponer de buenos datos sobre la niñez, bien desagregados y que existan espacios para un monitoreo independiente de la situación, por parte de organismos de control del Estado o de la sociedad civil. Además, hay algo que va más allá de la política pública y que importa mucho en un análisis de situación y tiene que ver con actitudes y conocimientos que existen en la sociedad sobre temas relacionados con los derechos de la niñez. Estos también deben ser conocidos con sus brechas; y retos específicos de cambio se deben plantear al respecto. Precisamente, todas estas temáticas que van más allá de la adecuación de las leyes son tratadas con atención en los Informes del Comité de la ONU sobre la aplicación de la CDN en los distintos países.

En síntesis, la cooperación internacional, específicamente la de Unicef que está ligada al cumplimiento de la CDN, puede funcionar bien, cuando se acepta una práctica de programación con enfoque de derechos, en un diálogo con múltiples actores coordinado por el Estado nacional sobre prioridades de acción por períodos de cinco años y con una revisión importante en la mitad del período.

En segundo lugar, quisiera referirme a algunas prioridades propias de esta región, tanto vinculadas con temáticas de derecho como con líneas estratégicas o de acción.

Como prioridades “temáticas de derecho” en esta región, se destacan para los servicios de salud y de educación, los temas de definición de estándares de calidad y monitoreo, más allá del simple acceso a los servicios. Los sistemas locales de protección de la niñez deben construirse de manera descentralizada y en coordinación con una extensión del acceso a la justicia.

Por otro lado, el problema de la violencia, tanto en la esfera preventiva como en la atención a las víctimas, requiere de mayores esfuerzos para alcanzar un trabajo efectivo.

* Nota del Editor: ver ponencia de Rosa María Ortiz, págs. 15 a 24.

Por último, resulta oportuno destacar que otros temas sobre los cuales debe enfocarse la atención son la educación secundaria, la salud de los adolescentes, los derechos de la niñez indígena y de la niñez migrante.

En cuanto a líneas de acción o “estrategias” de la cooperación, existe hoy una atención renovada y bastante intensa hacia la cooperación Sur-Sur, como algo que surge por iniciativa de los Estados. En este sentido, resulta oportuno que las organizaciones internacionales apoyen este tipo de cooperación dentro de sus mandatos, con énfasis en la “fertilización” mutua promovida por el intercambio de conocimientos y no simplemente por la transferencia de recursos. Hay que valorar los centros de conocimiento que existen en esta región, para que puedan dar aportes cada vez más significativos al cumplimiento de derechos. Se deben promover espacios con diálogos abiertos sobre políticas públicas orientadas al cumplimiento de obligaciones referidas a los derechos de la niñez, que involucren al sector privado y a los medios de comunicación. Por otro lado, el esfuerzo debe orientarse a lograr una mejor coordinación dentro del aparato del Estado entre los diferentes sectores y una concurrencia racional entre entidades de los diversos niveles: nacional, provincial y municipal.

Por último, también hay que cooperar para establecer o reforzar tanto sistemas de información que manejan datos cuantitativos básicos como la definición de estándares de calidad junto con iniciativas de monitoreo y evaluación. Ha habido, en algunos casos, una proliferación abundante de servicios y no se sabe bien qué es lo que hacen en determinadas áreas. Me refiero, entre otras, al área de la protección de la niñez que necesita cooperación para establecer sistemas organizados territorialmente sobre una base racional. El concepto de estándares de calidad es muy importante, aunque a veces no ha sido valorado apropiadamente. Es decir, para que haya calidad tanto en salud, en protección y en educación, la definición de estándares debe ser cada vez más clara y difundida. Esto permitirá que haya una demanda social sobre calidad.

A modo de conclusión, quisiera manifestar que las recomendaciones que periódicamente son formuladas por el Comité Internacional de la ONU sobre la CDN resultan precisas y fundamentales para continuar definiendo las políticas y estrategias de cooperación de Unicef con los países de la región.

“Resulta fundamental poner la atención sobre los temas de coordinación entre instituciones, la planificación operativa, de gestión y de asignación de recursos que permitan alcanzar y mantener niveles de adhesión a los estándares”.

Panorama regional y debates sobre los derechos de los niños migrantes

Esta ponencia muestra un panorama general de los niños, niñas y adolescentes migrantes en América Latina, particularmente en los países del Mercosur. El especialista comparte algunos criterios que se podrían tomar en cuenta para elaborar políticas públicas sobre migraciones enfocadas en los derechos del niño.

Juan Artola
Representante Regional
de la Organización
Internacional para
las Migraciones, Oficina
Regional para el Cono Sur
de América Latina

En primer lugar, es importante destacar que el trabajo de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) tiene diferencias bastante marcadas con el que realizan Unicef y la OIT, en el sentido de que no existe una convención o un marco jurídico internacional de tipo vinculante que se refiera a la migración.

Como ustedes saben, la migración ha sido un tema casi tabú en las discusiones multilaterales y sólo recientemente se están incorporando algunas discusiones en un Foro Global sobre Migración y Desarrollo que empezó hace algunos años (en noviembre de 2011 se realizará en México el cuarto foro sobre este tema).

Entonces, en tanto no tenemos un marco regulatorio aceptado internacionalmente, una convención internacional sobre migración, no tenemos un mandato específico que llevar adelante ni somos custodios de ningún instrumento internacional. Además, no hay una función *de iure* de protección de los migrantes, sino que esta es *de facto*, que desarrollamos con los gobiernos miembros de la organización por medio de programas y proyectos en todo el mundo.

En materia de coordinación de agendas, es importante saber de qué población se ocupa o trata de ocuparse la OIM: ellos son los niños migrantes, niños, niñas y adolescentes migrantes. Esta población incluye flujos que están creciendo de manera bastante marcada en los últimos años, porque implica a los que salen, viajan, transitan por países, entran a un segundo o tercer país y residen en ese país; los niños hijos de migrantes nacidos ya en los países de nueva residencia de sus padres; los niños migrantes que están separados de sus padres o de sus familiares inmediatos por razones de retorno forzoso (como deportaciones y expulsiones) de ellos o de sus padres, y también aquellos niños que no son estrictamente niños migrantes pero que quedan solos o en condiciones de vulnerabilidad porque sus padres

emigraron; son, en este último caso, una población que es olvidada frecuentemente por casi todas las políticas sociales. Este es un universo de niños migrantes bastante amplio. Obviamente, los niños migrantes que más nos interesan son los que se mueven: los flujos y los *stocks* –los niños migrantes que están radicados en algunos países, muchos de ellos, en situación irregular–.

Los problemas más importantes tienen que ver con la situación irregular de la migración, la irregularidad migratoria, y con el modo como afecta esto las condiciones de vida, de movimiento, de desplazamiento, de salida, de ingreso y de residencia de estos niños migrantes. Es decir, tienen que ver con el acceso a servicios en los países donde estos niños migrantes viven –fundamentalmente, el acceso a la salud y a la educación–; con la posibilidad de que estos niños se regularicen y tengan documentación; con una serie de derechos más amplios, relacionados con la cultura, la recreación y la identidad. Y, por último, esos problemas se relacionan con las formas más groseras y más brutales de abusos de derechos, que van desde el trabajo infantil hasta la explotación sexual comercial infantil, pasando por la trata de personas. Esta gama de trabajo infantil, explotación sexual infantil, abuso y explotación laboral y trata de personas es un punto fuerte de nuestros programas en los países.

Siguiendo la idea de establecer alguna agenda conjunta con los países del Mercosur, me parece importante destacar tres o cuatro puntos con los que lidiamos en nuestra práctica cotidiana en esta región.

En primer lugar, el tema de los derechos de los migrantes en general es cada vez más importante para los gobiernos. Es muy claro en el Mercosur y es bastante claro en los países de América del Sur. Existe todo un diálogo centrado en la protección de los derechos de los migrantes a partir de la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones –que en 2010 celebró su décimo aniversario, su décima sesión anual–. Sin embargo, en los derechos de los migrantes no están explícitamente desarrollados los derechos de los niños y de todas estas categorías que mencioné, sino que son un acápite más dentro del aspecto global de los derechos de los migrantes.

El segundo punto es que en el Mercosur y en los Estados asociados hay avances destacados, hay un foro especializado migratorio que muchas veces incluye también temas de niños migrantes. En el Subgrupo Técnico 10 del Mercosur, que trabaja sobre movilidad laboral, si bien el tema de los niños migrantes no se ha abordado nunca

“Los problemas más importantes tienen que ver con la situación irregular de la migración [...], y se relacionan con las formas más brutales de abusos de derechos, desde el trabajo infantil hasta la explotación sexual comercial infantil y la trata de personas”.

explícitamente, sí se han abordado los temas generales de explotación laboral.

Sin embargo, hay que destacar que existe una gran diferencia entre el creciente avance normativo y regulatorio y las preocupaciones por mejorar normas y regulaciones, por un lado, y la práctica, por otro. Es decir, así como los instrumentos internacionales existen, pero no se aplican o no se incorporan efectivamente en las legislaciones, cuando existen legislaciones, normativas y regulaciones, éstas tampoco se llevan a la práctica cabalmente. Y, por lo tanto, hay aquí todo un campo para capacitar y mejorar las instituciones.

En tercer lugar, los niños migrantes o los temas que incluyen a los niños migrantes no se pueden abordar solamente como un tema de políticas migratorias. Esto requiere saber que, en relación con los problemas de explotación, hay que juntar las políticas migratorias o el ámbito migratorio con el ámbito laboral. En relación con la protección de los niños en el exterior, hay que reunir el ámbito consular con las políticas de infancia, con toda la gama de políticas sociales y de protección de derechos –derechos que van desde el acceso a un servicio de salud hasta la protección contra la discriminación y la xenofobia, que también se dan lamentablemente en muchos países de América del Sur–. Este es un punto importante para fijar una agenda, porque tenemos que buscar una manera de involucrarnos con organismos diversos y otros tantos agentes de la sociedad civil que tienen incidencia en otros ámbitos que mencionamos.

Dicho esto, las políticas migratorias no son suficientes para resolver los problemas de los niños migrantes; hay que decir que en algunos países, y en algunas situaciones, las políticas migratorias restrictivas son una causa fundamental de desprotección de los niños migrantes. Y eso se aplica a las políticas migratorias que se están poniendo en práctica en buena parte de Europa y los Estados

Unidos. Estas políticas tienen una incidencia en la irregularidad y en la criminalización de la migración y, por lo tanto, tienen una vinculación muy directa con la posibilidad de ampliar y de proteger los derechos de los niños migrantes. Por lo tanto, al hablar de mecanismos de protección y de diálogo, no será lo mismo el diálogo con el sistema interamericano que el diálogo con el sistema universal de protección de los derechos, puesto que la situación de los niños migrantes es muy distinta en el ámbito internacional y difiere según las zonas del mundo.

Si bien hay muchos avances en el tema migratorio, es importante tener presente una lista de preocupaciones muy claras, como el problema de la detención de los niños migrantes que están en situación irregular y las alternativas que se pueden encontrar, las condiciones de los lugares de detención en que se encuentran esos niños, las condiciones en que se dan la expulsión y la deportación, el derecho al debido proceso, a expresarse y a ser oído –aquí, incluido el tema del intérprete que se mencionó a propósito de otros temas, pero que también tiene que ver con la aplicación de normas migratorias–, el derecho a la asistencia legal gratuita, el derecho a la asistencia consular, el principio de no devolución y la negación de expulsiones colectivas, la reunificación familiar y el derecho de los niños a la vida familiar, el derecho a la nacionalidad –aquí está todo el tema de *ius soli* y qué pasa con los niños nacidos en países que no son los suyos– y los mecanismos para la adquisición práctica de esa nacionalidad.

Por último, quiero mencionar nuevamente, porque es algo poco abordado en las políticas migratorias y en las políticas sociales, el tema de las familias y, especialmente, el tema de los niños que quedan detrás cuando los padres o los tutores emigran y quedan en situación bastante vulnerable.

Aportes de la Organización Internacional del Trabajo al enfoque de la Iniciativa Niñ@Sur

Esta ponencia trata sobre el tipo de cooperación técnica que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) realiza en países de la región e instituciones internacionales de derechos humanos. El texto refiere a mecanismos de vigilancia y seguimiento de los convenios internacionales aprobados sobre trabajo infantil y traza algunos lineamientos para la prevención y la eliminación del trabajo infantil en América Latina, en general, y en el Mercosur, en particular.

En esta oportunidad, me parece oportuno explicitar algunas características de los aportes o las posibles contribuciones que pueda hacer la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a todo el marco de la Iniciativa Niñ@Sur y hacer una breve introducción para explicar un poco qué es la OIT. Considero que esto es necesario, especialmente porque muchas de las personas que participan de este seminario no vienen del ámbito laboral y sería bueno que tengamos un marco común de conocimientos respecto de esta organización.

Cuando hablamos de OIT en países hispanohablantes, nos referimos a dos realidades diferentes, muy unidas, pero diferentes, nos referimos a la Organización Internacional del Trabajo y también a la Oficina Internacional del Trabajo.

Por un lado, la Organización Internacional del Trabajo es una agencia de las Naciones Unidas que data de 1919, nada menos. Está conformada por gobiernos, trabajadores y organizaciones de trabajadores, su carácter tripartito marca su rasgo distintivo respecto de las demás agencias y fondos del sistema de Naciones Unidas. La gobernanza de la organización recae, por lo tanto, en los mismos actores, quienes son los que establecen y aprueban sus prioridades, sus lineamientos, presupuestos, y al mismo director general.

Por otro lado, la Oficina Internacional del Trabajo, por medio de sus funcionarios, es la encargada de que estas prioridades se lleven a cabo.

Como ustedes saben, una de las características de la OIT es su espacio normativo que, desde su propia constitución en 1919, genera instrumentos internacionales. Por ejemplo, en 1921, se promulgó el primer convenio y, en junio de 2010, se adoptó el último instrumento internacional. Estos convenios, estos instrumentos internacionales, como tales,

Guillermo Dema
Especialista Regional
en Trabajo Infantil y Empleo
Juvenil de la Oficina
Internacional del Trabajo
para América Latina
y el Caribe

tienen mecanismos de verificación y de seguimiento. Esto se enlaza con lo que hemos estado hablando en esta jornada, porque dentro de ese conjunto de instrumentos internacionales hay algunos que tienen que ver directamente con el tema de niñez. Por ejemplo, el Convenio 138 sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo y el Convenio 182 sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación. De manera complementaria hay otros convenios de la OIT que tienen relación directa o indirecta con la niñez.

A lo largo de esta jornada, han surgido algunas reflexiones, por ejemplo, respecto del tema de niñez indígena, un instrumento muy emblemático de la OIT es el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que no solamente complementa a la reciente declaración de las Naciones Unidas sino que es todavía una bandera fundamental en el marco de salvaguardar los derechos de estos pueblos y comunidades.

Hay otros convenios relativos al tema de migraciones laborales con implicaciones obvias en el tema de niñez; al tema de la protección social. En la actualidad se está debatiendo al interior de la organización, la posibilidad de promulgar un nuevo convenio internacional en relación con el trabajo doméstico, que posiblemente sea adoptado en la próxima Conferencia Internacional del Trabajo. No les quiero decir las relaciones que habrá sobre el tema de niñez y las consecuencias que puede tener ese convenio sobre la niñez, y especialmente sobre la niñez que realiza trabajo doméstico, tanto en hogares de terceros como en el propio hogar.

Dentro de los sistemas de verificación y seguimiento, establecidos en el marco de la OIT, al igual que en la convención, hay unos mecanismos que se crearon en el año 1926 –mecanismos por los que se refleja que hay un comité de expertos internacionales ajenos a la organización pero nombrados por

el consejo de la organización de la OIT– que responden a diferentes realidades culturales, sociopolíticas y jurídicas a nivel global, a nivel mundial, que son los encargados de revisar también las memorias que todos los Estados están obligados a remitir a la OIT por cada convenio ratificado. Hay un mecanismo regular de envío de memorias muy detalladas, en el que cada Estado tiene que decir qué está haciendo para aplicar de manera cabal cada uno de los convenios suscritos.

Dentro del conjunto de convenios que tiene la OIT, ocho corresponden a cuatro grandes principios que la Conferencia Internacional del Trabajo definió unánimemente en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. Me refiero a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas junto con las organizaciones de trabajadores y organizaciones de empleadores. Es decir, se trata del piso mínimo sociolaboral que ya forma parte del cuerpo de derechos humanos, en el que están contemplados dos convenios relativos al trabajo infantil que están dentro de los ocho convenios fundamentales y que son ese piso mínimo a nivel global. En este caso, todos los Estados están obligados a emitir una memoria en relación con el cumplimiento de ese convenio cada dos años. El comité de expertos tiene que analizar esas memorias y luego se envían observaciones a los gobiernos. Además, dentro de cada país, las organizaciones de trabajadores y las organizaciones de empleadores –a las que los gobiernos están obligados a remitir copias de las memorias que envían a la OIT– pueden realizar, a su vez, observaciones a dichas memorias. Y tienen que verse, luego, en la Conferencia Internacional del Trabajo.

A partir de ahí, ese comité de expertos puede emitir quejas, observaciones, una diversidad de procedimientos para que los gobiernos tengan que responder a dudas o preguntas o cuestiones que no quedan claras en esas

memorias. Hay, también, un mecanismo de interposición de quejas o reclamaciones a los gobiernos. Concretamente, reclamaciones y quejas son dos procedimientos diferentes. Las reclamaciones están referidas a los Estados miembros de la OIT que pueden hacer una reclamación a otro Estado miembro por el incumplimiento de un convenio. En el caso de las quejas, pueden venir también de cualquier delegado a la Conferencia Internacional del Trabajo, es decir, de cualquier organización de trabajadores, de cualquier organización de empleadores o de cualquier representante de gobiernos presentes en la asamblea o del propio Consejo de Administración de la OIT. Pueden presentar una queja también a un gobierno por el incumplimiento sistemático de un convenio. Y este gobierno tiene la obligación de presentarse a la asamblea y refutar lo que está haciendo y lo que hará para solventar esa situación. Es decir, hay un mecanismo establecido. Además, esas memorias y esas observaciones que emite el comité de expertos son públicas, una vez remitidas a los gobiernos y presentadas en la Conferencia Internacional del Trabajo. Con esto quiero llamar un poco la atención sobre esa necesidad de que los diferentes sistemas de seguimiento de mecanismos internacionales y de instrumentos internacionales se retroalimenten a la vez. Sé que, muchas veces, existe un diálogo con el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Se alimentan también de las observaciones que emite el comité de expertos en relación con los convenios 138 y 182.

Cuando ese comité de expertos realiza observaciones a cada uno de los gobiernos en relación con las memorias, las observaciones y las líneas que debe hacer, se centra en la cooperación técnica de la OIT y, a partir de esas observaciones, se prioriza la cooperación técnica que la oficina da a cada uno de los Estados. De allí, surge una doble vía: por un lado, lo que nos llega del comité de expertos y de la propia conferencia; por otro lado, lo que nos llega por los propios constituyentes de la OIT en cada uno de los Estados (en este caso, ministerios de trabajo, organizaciones de trabajadores y organizaciones de empleadores). Así, se crea el marco de prioridades que la Oficina Internacional del Trabajo lleva a cabo en cada uno de los países, prioridades que son delimitadas por los constituyentes y mediante los reclamos u observaciones que el comité de expertos emite al país.

En el caso concreto de la niñez, en el caso concreto de trabajo infantil, todos los países del Mercosur y del

“Quiero llamar un poco la atención sobre esa necesidad de que los diferentes sistemas de seguimiento de mecanismos internacionales y de instrumentos internacionales se retroalimenten a la vez”.

Mercosur ampliado han ratificado los dos instrumentos fundamentales, los convenios 138 y el 182. En todos los países, se vienen desarrollando programas de capacitación técnica en materia de prevención y eliminación del trabajo infantil. Y, de alguna manera, me parece que las principales líneas vertebrales comunes para el conjunto de países aquí representados tienen que ver con la adaptación y la homogenización legislativa, aspecto en el que se ha avanzado mucho en los últimos dos años, al igual que en otras cuestiones. En este momento, el énfasis está puesto en crear herramientas que permitan una aplicación efectiva de toda esta legislación. También, el tema de la promoción y la descentralización de las políticas públicas para que lleguen a los entes departamentales regionales y a los entes locales. Por otro lado, la temática del trabajo infantil indígena es una de las prioridades actuales en toda América Latina y, por tanto, también en la OIT (recientemente, se hizo un encuentro de diálogo entre Estados y organizaciones indígenas de toda la región, celebrado en Cartagena de Indias, para tratar los temas de la trata y la

explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, y del trabajo infantil en el ámbito rural). No nos olvidemos de que entre el 60 y el 70% del trabajo infantil se da en las áreas rurales, dependiendo de los países; también es un tema prioritario la movilización social y el trabajo con los interlocutores sociales, es decir, por medio de las organizaciones de empleadores y de las organizaciones de trabajadores.

También es relevante todo lo que implica el tema de información y estadística: la generación de información que permita el diseño y la ejecución de políticas en relación con el trabajo infantil. Es un tema complejo ya que, cuando hablamos de estadística, no se trata únicamente de saber la magnitud del trabajo infantil en cada país, sino también de saber con certeza las características sobre las que se asienta ese trabajo infantil, las relaciones e interrelaciones entre el trabajo infantil y la educación, entre el ingreso familiar, etcétera. En síntesis, este es el marco en el que se están guiando la cooperación técnica y la asistencia técnica de la OIT en la región y en el Mercosur, concretamente.

Síntesis del intercambio con los participantes

- Los Estados acuerdan que es necesario fortalecer la articulación tanto entre las agencias de cooperación como entre los Estados integrantes del Mercosur ampliado, ya que las problemáticas son comunes y existe una circulación amplia de las poblaciones, entre las que se encuentran niños y niñas. Por ello, existe una necesidad de articular los esfuerzos y recursos de los Estados y los organismos de cooperación, respetando las competencias y las incumbencias de cada uno, pero teniendo en claro las similitudes y particularidades comunes de los niños de la región.

- Se aclara que no sólo se trata de coordinar entre los países sino también de coordinar internamente en cada uno de ellos, porque los distintos temas son llevados por más de un organismo en muchos casos. Es imprescindible hacer este esfuerzo de articulación, justamente para que los destinatarios de las políticas públicas, los niños, tengan garantizados todos sus derechos.

- Los Estados invitan a los organismos de cooperación a asistir a las reuniones de la Iniciativa Niñ@Sur, a fin de elevar propuestas y trabajar articuladamente en los temas que sean prioritarios en la región. También proponen avanzar en posibilidades de cooperación destinadas a programas regionales, que puedan ser trabajados en términos de una “canasta de propuestas de cooperación”, y coordinados desde la Iniciativa Niñ@Sur. Tanto a nivel de países como a nivel regional, es importante que las cooperaciones que se den a los Estados o a las organizaciones no gubernamentales estén concatenadas. En miras de este objetivo, los Estados buscan lograr la mayor coordinación y articulación posibles, para no perder de vista a los destinatarios centrales, que son los niños y las niñas.

- En relación con el tema del trabajo infantil, se planteó la preocupación de analizar los avances obtenidos a raíz de la aplicación de los convenios 138 y 182 de la OIT. Se observó que resulta un desafío muy grande poder medir los avances y desafíos pendientes.

- En relación con los temas de trata y explotación sexual comercial infantil, se consideró que la cooperación es fundamental no solamente entre los países de la región sino también entre los organismos de cooperación internacional, ya que es necesario dar una respuesta más contundente. Se manifestó la preocupación de que se trabaje solamente el Protocolo de Palermo (Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional). Se manifestó, también, la necesidad de que se trabaje el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, porque se observa que la mayoría de los países recibe fondos de la OIT y la OIM para la lucha contra la trata, pero se destinan menos recursos para temas como la explotación sexual y laboral de niñas y niños.

- Se acuerda que el tema de los niños y las niñas migrantes es crucial y es el tema de los próximos tiempos para la región. Se incluyen, además, las particularidades de los y las adolescentes migrantes para el trabajo. Asimismo, se destacó el tema de la reunificación familiar.





Segunda jornada

Diálogo con el sistema interamericano



El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes desde su jurisprudencia

Esta ponencia describe la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en relación con los derechos de niños, niñas y adolescentes, y pone énfasis en los aportes generales y específicos del tribunal frente a consultas relativas al alcance o interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es una institución judicial autónoma del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, establecida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Así, tratándose de un tribunal, es importante precisar que la siguiente presentación no se extiende a opiniones o críticas personales, sino a una descripción de la jurisprudencia emitida por la corte en el ejercicio de sus funciones, en este caso concreto, teniendo en cuenta los especiales temas de interés para la Iniciativa Niñ@Sur.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dos competencias fundamentales: la contenciosa y la consultiva, de manera que nos referiremos a los aportes derivados de cada una en ese orden.

Juana María Ibáñez Rivas
Abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A. La competencia contenciosa de la Corte IDH

De acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la competencia contenciosa nos remite a los supuestos sobre los que el tribunal conoce acerca de un caso, determina la veracidad de los hechos presentados como parte de la respectiva demanda, decide si hubo violación verificando el vínculo entre dichos hechos y las alegadas violaciones a los derechos humanos contenidos en la convención americana o en los tratados vinculados y, en ese sentido, dispone que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y ordena, de ser el caso, las respectivas reparaciones a favor de las víctimas concernidas. Posteriormente, como parte de la etapa de supervisión del cumplimiento de sus sentencias, el tribunal realiza el correspondiente seguimiento de lo ordenado, a partir de la presentación

de informes estatales y de las observaciones provenientes de las víctimas o sus representantes, y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La jurisprudencia derivada del ejercicio de la competencia contenciosa del tribunal ha establecido una serie de precisiones al contenido de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y a los correspondientes deberes que se derivan para los Estados. Dichos aportes jurisprudenciales serán presentados a través de siete puntos.

a.1. Definición

El referente en este punto es el emblemático caso de los “Niños de la Calle” (Villaigrán Morales y otros) respecto del Estado de Guatemala, sobre la detención, tortura y ejecución de cinco personas, tres menores de 18 años, uno de 18 y otro de 20 años, que por su situación eran conocidos como “niños de la calle”. Dichos actos habrían sido cometidos por miembros de la policía un día después de que uno de ellos hubiese tenido una discusión con uno de los niños.

En la sentencia del caso, la corte señaló que “[e]l artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como ‘niño’”. Sin embargo, el tribunal se remitió al Sistema Universal de Derechos Humanos indicando que “[el artículo 1 de] la Convención sobre [los] Derechos del Niño considera como tal [...] a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, ‘salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad’”¹. Cabe destacar que además de remitirse al artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño respecto de la definición de “niño”, la corte interamericana declaró por primera vez en este caso la violación del artícu-

lo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Derechos del niño), el cual establece que: “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Ya en la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, a la que nos referiremos más adelante, el tribunal señaló que “[e]n definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”. A mayor abundamiento, dicha opinión consultiva precisó que “[l]a mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial”. De esta manera, el tribunal estableció que los niños, en gran medida, carecen de esa capacidad, pero de igual forma “son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana”².

En consecuencia, la corte se remitió a la disposición más protectora en términos de derechos de los niños, niñas y adolescentes, la Convención sobre los Derechos del Niño, a la cual debemos añadir el Protocolo Facultativo de dicha Convención relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados³, cuya regulación también reafirma el término temporal de 18 años cuando de niños, niñas y adolescentes se trata.

² Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párrs. 41 y 42.

³ ONU. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados. Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.

¹ Caso de los “Niños de la Calle” (Villaigrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, párr. 188.

a.2. *Corpus iuris* de protección

El tribunal ha afirmado reiteradamente “que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte del *corpus iuris* internacional de protección de los niños y en diversos casos contenciosos ha precisado el sentido y alcance de las obligaciones estatales que derivan del artículo 19 de la Convención Americana a la luz de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño”⁴.

Asimismo, la corte ha incluido como parte del *corpus iuris* al artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁵, que alude al derecho que corresponde a todos los niños para recibir “protección, cuidados y ayuda especiales” bajo el rubro de “Derecho de protección a la maternidad y a la infancia”⁶.

En la misma línea, el tribunal ha dejado establecido que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como “Protocolo de San Salvador”⁷, integra también dicho *corpus iuris*, lo que da especial sentido al contenido e interpretación de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes. Así sucedió en la sentencia del caso del Instituto de Reeducción del Menor respecto del Estado de Paraguay, sobre las violaciones de derechos sufridas por los niños internos en dicho instituto de nombre “Coronel Panchito López”⁸, entre el 14 agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001, entre ellas, hacinamiento, falta de higiene, desnutrición, falta de servicios médicos, infraestructura deficiente, así como torturas y malos tratos por parte de los guardias encargados de la custodia. En dicha oportunidad, si bien la corte

“La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar [...] los niños, en gran medida, carecen de esa capacidad, pero de igual forma ‘son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana’”.

⁴ Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, supra nota 1, párr. 165.

⁵ Ob. cit., párr. 192.

⁶ Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

⁷ OEA. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”.

⁸ Así, la corte concluyó que “[l]as acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños”. Cfr. caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112, párr. 149.

no se pronunció sobre la violación aislada del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que incluyó su decisión al respecto en los capítulos correspondientes a las violaciones de los artículos 4 (Derecho a la vida), 5 (Derecho a la integridad personal), 8 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial) del mismo tratado, sí señaló que “[e]n el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, debe tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos”.

El referido *corpus iuris* incluso incorpora normas del Derecho Internacional Humanitario, tal como fue establecido por el tribunal en el caso de las Masacres de Mapiripán respecto del Estado de Colombia⁹. En la respectiva sentencia, el tribunal precisó que “[e]l contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben ser precisados, [...], tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, [...], y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra”, este último referido a situaciones de conflicto armado de carácter no internacional, de alta intensidad¹⁰.

⁹ Dicho caso se refiere a masacres perpetradas por miembros de grupos paramilitares que durante un período de tiempo impidieron la libre circulación a los habitantes de dicho municipio, y torturaron, desmembraron, desvisceraron y degollaron aproximadamente a 49 personas, arrojando sus restos al río. Algunas de las víctimas desaparecidas fueron niños y otros más presenciaron la masacre y/o sufrieron las consecuencias del desplazamiento.

¹⁰ Caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N° 134, párr. 153.

a.3. Responsables del cumplimiento de los deberes

Conforme lo expresamente señalado en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el tribunal ha resaltado que la protección respecto de los niños, niñas y adolescentes vincula no sólo al Estado sino también a la familia y a la sociedad¹¹. Así, por ejemplo, ha indicado que “[e]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”¹².

Si bien resulta implícito que no sólo el Estado está obligado a respetar los derechos de los individuos bajo su jurisdicción, el hecho de que el artículo 19 de la convención señale que dicho deber trasciende la esfera estatal constituye un mensaje en cuanto a la especial protección que aquellos ameritan desde las primeras etapas de su vida y respecto de todos los que conforman su entorno.

a.4. Las “medidas de protección” a favor de los niños, niñas y adolescentes

En el caso “Niños de la Calle”, la Corte IDH citó algunas de las medidas que implicarían el cumplimiento de los deberes de protección en términos del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto, sin que la identificación de tales medidas represente una referencia taxativa de ellas. En tal caso, el tribunal estableció “que dentro de las medidas de protección a que alude el artículo 19 de la Convención, se debe incluir la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, la garantía de la

¹¹ Caso Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay”, supra nota 8, párr. 157 y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 2, párr. 54. Cfr. Observación General N° 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, artículo 23 – La familia. 39° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 de 27 de julio de 1990, párr. 1.

¹² Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 2, párr. 71.

supervivencia y el desarrollo del niño, el derecho a un nivel de vida adecuado y la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación”¹³. De acuerdo con lo expuesto por la corte en dicha sentencia, “[e]l Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño”¹⁴.

En el caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri respecto del Estado del Perú, sobre la detención, tortura y ejecución de dos hermanos adolescentes por agentes de la policía, tras una redada en búsqueda de supuestos terroristas y delincuentes, el tribunal destacó que entre las medidas de protección a favor de los niños, niñas y adolescentes “merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la prohibición de la tortura y a las condiciones que deben observarse en casos de privación de la libertad de niños”¹⁵.

Asimismo, en la ya citada Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, la Corte IDH estableció “que la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna”¹⁶.

Al respecto cabe destacar que, en su momento, el Comité de los Derechos del Niño del sistema universal concluyó que “el desarrollo del niño es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social”¹⁷. Sobre el particular, y específicamente para el caso de los niños, niñas y adolescentes miembros de comunidades indígenas, la corte se refirió a otras medidas que podrían caracterizarse como de “protección”. Por ejemplo, en el caso Chitay Nech y otros respecto del Estado de Guatemala, sobre la desaparición forzada del dirigente político indígena maya kaqchikel, Florencio

“Entre las medidas de protección a favor de los niños, niñas y adolescentes ‘merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la prohibición de la tortura y a las condiciones que deben observarse en casos de privación de la libertad de niños’.

¹³ Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, supra nota 1, párr. 196 y caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C N° 77, párr. 90.

¹⁴ Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, supra nota 1, párr. 114. Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 2, párr. 91.

¹⁵ Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110, párr. 168.

¹⁶ Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 2, párr. 86.

¹⁷ Cfr. ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 5 de 27 de noviembre de 2003, párr. 12. Este concepto de desarrollo holístico ha tenido recibo en anterior jurisprudencia de la corte.

Chitay Nech, realizada por hombres armados, frente a su hijo menor de edad quien lo acompañaba en ese momento, la corte estimó “que para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma”¹⁸.

También en el caso Chitay Nech y otros, la corte citó las obligaciones positivas del Estado en términos de “protección”, remitiéndose a la necesidad de “favorec[er] el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”¹⁹, en la medida que “la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia”²⁰. Concretamente, en cuanto a este punto, la corte declaró que “[e]l derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño”²¹.

Por lo expuesto, y en lo que respecta a medidas de protección, es importante hacer notar la vinculación que la Corte IDH ha declarado entre determinados derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos para los niños, niñas y adolescentes. En esa línea, la corte ha declarado la vincula-

ción entre el artículo 19 y el artículo 17 de la convención (Protección a la familia) que “reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado”. Lo propio ha ocurrido en cuanto al artículo 11 de la convención (Protección de la honra y de la dignidad) en lo que concierne a la privacidad, que enfatiza que “[l]a protección de la familia y de sus miembros se garantiza también en el artículo 11.2 de la Convención, que consagra la prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en la familia”²².

Recordemos incluso que en el caso de las Masacres de Ituango respecto del Estado de Colombia, sobre incursiones de miembros de grupos paramilitares en los corregimientos de La Granja y El Aro en el Municipio de Ituango, ejecutando a civiles en estado de indefensión, entre ellos niños, sin que la fuerza pública adoptara medida alguna frente a ello, la Corte IDH se refirió a una responsabilidad agravada del Estado cuando se configuran dichas injerencias cuyas víctimas son niños, niñas y adolescentes, teniendo en cuenta “su condición de vulnerabilidad, en razón de su edad”²³.

En todo caso podemos concluir que en la mayoría de los supuestos, la corte no ha desarrollado exhaustivamente el contenido de las obligaciones de protección concernidas, lo cual permite presumir que los Estados tienen un interesante margen para ampliar dicha protección en la medida de lo posible y de acuerdo con la interpretación que sigan respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratados vinculados y de sus propias normas internas, siempre que resulten conformes a estos últimos.

¹⁸ Caso “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C N° 212, párr. 169.

¹⁹ Caso “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”, supra nota 18, párr. 157 y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 2, párr. 66.

²⁰ Caso “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”, supra nota 18, párr. 157. Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 2, párrs. 71 y 72 y caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C N° 211, párr. 188.

²¹ Caso “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”, supra nota 18, párr. 157.

²² *Ibidem*.

²³ Caso de “Las Masacres de Ituango vs. Colombia”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C N° 148, párrs. 244 al 246.

a.5. Continuidad en el cumplimiento de las medidas de protección

La Corte IDH se ha referido a la denominada obligación de prevención, es decir, a aquella que exige del Estado evitar violaciones a los derechos humanos. Por ejemplo, en el caso de las Masacres de Mapiripán, la corte precisó que “[l]a obligación del Estado de respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción presenta modalidades especiales en el caso de los niños y niñas, y se transforma en una obligación de ‘prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél’”²⁴. Concretamente, señaló que, “[e]n el caso *sub iudice*, la masacre y sus consecuencias crearon un clima de permanente tensión y violencia que afectó el derecho a una vida digna de niños y las niñas de Mapiripán”. En consecuencia, la corte consideró que el Estado “no creó las condiciones ni tomó las medidas necesarias para que los niños y las niñas del [...] caso tuvieran y desarrollaran una vida digna, sino más bien [los] expu[so] a un clima de violencia e inseguridad”²⁵. Por tanto, concluyó “que los hechos específicos del [...] caso que han afectado a niños y niñas, evidencian su desprotección con anterioridad, durante y con posterioridad a la masacre”²⁶.

En atención a lo expuesto por la Corte IDH en el citado caso de las Masacres de Mapiripán corresponde enfatizar el *continuum* en el cumplimiento de las obligaciones, ya que es habitual que las situaciones específicas de violación a los derechos humanos deriven en una serie de consecuencias perjudiciales en el ejercicio de otros derechos. Pensando en los supuestos de la separación de las familias en el marco de un conflicto armado, el fenómeno del desplazamiento de personas y comunidades representa en la mayoría de los casos nuevas situaciones de vulneración de derechos del individuo que también deben ser atendidas por el Estado. Por ello, la corte llamó la atención “sobre las consecuencias que tuvo la brutalidad con que fueron cometidos los hechos del [...] caso en los niños y las niñas [...], quienes experimentaron semejante violencia en una situación de conflicto armado, han quedado parcialmente huérfanos, han sido desplazados

“Es habitual que las situaciones específicas de violación a los derechos humanos deriven en una serie de consecuencias perjudiciales en el ejercicio de otros derechos”.

²⁴ Caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, supra nota 10, párr. 162.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ídem* supra nota 10, párr. 158.

y han visto violentada su integridad física y psicológica”²⁷.

a.6. Caracterización como derecho adicional

Según la jurisprudencia de la Corte IDH, los niños, las niñas y adolescentes, al igual que los adultos, “poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos [...] y tienen además derechos especiales derivados de su condición”²⁸. En efecto, y cuando de derechos de niños, niñas y adolescentes se trata, a criterio de la corte, el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”²⁹. De acuerdo con Mary Beloff, dicha protección adicional quizá se justifique también en “que comúnmente se invoca [...] en todo el mundo [que] los niños son considerados las personas más vulnerables en relación con violaciones a los derechos humanos y que, por lo tanto, requieren protección específica”³⁰.

²⁷ Caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, supra nota 10, párr. 155 y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 2, párr. 82.

²⁸ Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 2, párr. 54 y caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, supra nota 8, párr. 147.

²⁹ Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 2, párrs. 53, 54 y 60; caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, supra nota 8, párr. 147; caso “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”, supra nota 18, párr. 164, y caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, supra nota 20, párr. 184.

³⁰ Beloff, Mary. “Protección integral de derechos del niño vs. Derechos en situación irregular”. Págs. 83-118. En: Memorias del Seminario Internacional “Los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes”. México: Secretaría de Relaciones Exteriores: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México–Comisión Europea, 2006, pág. 85.

Así también el tribunal ha señalado que “el Estado [debe] asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño”³¹. Precisamente, y haciendo conexión con el aspecto siguiente, es en el marco del cumplimiento de dicho deber adicional respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que el Estado deberá tomar como criterio para la toma de sus medidas de protección, positivas y negativas, el denominado “interés superior del niño”.

a.7. Criterio de interpretación denominado “interés superior del niño”

Según la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Niños “este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”³².

En ese sentido, el tribunal formuló dos conclusiones con relación a este principio o criterio. La primera, que es “punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en [la Convención], cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la

³¹ Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 2, párrs. 56 y 60; caso “Bulacio vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100, párrs. 126 y 134; 177; caso “Servellón García y otros vs. Honduras”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C N° 152, párr. 116, y caso “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”, supra nota 18, párr. 164.

³² Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 2, párr. 56.

sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos”. La segunda, “que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere ‘cuidados especiales’, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir ‘medidas especiales de protección’. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia”³³.

Asimismo, en una de sus más recientes y paradigmáticas sentencias, el caso *González y otras (“Campo Algodonero”)* respecto de México, sobre la desaparición y posterior muerte de una joven y dos niñas, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonnero de Ciudad Juárez, la Corte IDH reiteró que “[l]a prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”³⁴.

Si bien la jurisprudencia del tribunal ha dejado en evidencia la relevancia en la aplicación de este principio respecto de todos los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, pareciera que aún es necesario contar con mayores precisiones respecto de su contenido. De esta manera, no sólo los Estados, sino también los propios niños, niñas y adolescentes podrían conocer el alcance que pueden llegar a tener sus derechos a partir de la aplicación de dicho principio de interpretación.

Frente a lo expuesto, es posible señalar que cuando la Corte IDH se ha referido a la violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se ha basado en un claro criterio de vulnerabilidad. Primero, una vulnerabilidad derivada de la esencia de los niños, las niñas y los adolescentes en sí mismos, por su condición, por sus características físicas, emocionales, psicológicas; y, segundo, una vulnerabilidad que estaría marcada por las circunstancias

“La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”.

³³ Ob. cit., párrs. 59 y 60.

³⁴ Caso “*González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205, párr. 408.

especiales en las que se pueden encontrar. Dicho esto, y sistematizando la jurisprudencia previamente señalada, a continuación se presenta una caracterización de estas últimas situaciones que, en todo caso, complejizan el análisis de la situación de vulnerabilidad en la que tradicionalmente se ha entendido que se encuentran los niños, niñas y adolescentes:

- Por ser mujeres. En la ya citada sentencia “Campo Algodonero”, la corte estableció que “el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las [...] víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable”³⁵. A mayor abundamiento, en el mismo caso, “la Corte consider[ó] que el Estado tenía la obligación de adoptar todas las medidas positivas que fueran necesarias para garantizar los derechos de las niñas desaparecidas”. En concreto, para el tribunal, “el Estado tenía el deber de asegurar que fueran encontradas a la mayor brevedad, una vez los familiares reportaron su ausencia, especialmente debido a que el Estado tenía conocimiento de la existencia de un contexto específico en el que niñas estaban siendo desaparecidas”³⁶. Por tanto, frente a los hechos del caso, la corte concluyó que “el Estado no demostró tener mecanismos de reacción o políticas públicas que dotaran a las instituciones involucradas de los mecanismos necesarios para garantizar los derechos de las niñas”^{37 38}.

³⁵ Caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, supra nota 34, párr. 408. Cfr. CEDAW, Recomendación general 24: La mujer y la salud, 20º período de sesiones, A/54/38/Rev.1, 1999, párr. 6.

³⁶ Caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, supra nota 34, párr. 409.

³⁷ Ob. cit., párr. 410.

³⁸ También en este punto, considero pertinente mencionar el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya respecto del Estado de Paraguay, referido a la violación del derecho de propiedad ancestral de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya que, entre otros, afectó la

- Por ser indígenas. En el caso Chitay Nech y otros, y vinculado con el tema de la familia, la corte “reconoc[ió] el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de la familia indígena, la cual no se limita al núcleo familiar sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forma parte”³⁹. Se trata, pues, de un deber adicional “definid[o] en el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño, [el] cual dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana, y que consiste en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma”⁴⁰.

El artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que “[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”. El antecedente de esta disposición es el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴¹, el cual reconoce

vida e integridad de niños y niñas, en el que el Tribunal declaró que en cuanto a la protección de estos últimos “no puede desligarse [...] la situación igualmente vulnerable de las mujeres embarazadas de la Comunidad”. Por ello, “[l]os Estados deben prestar especial atención y cuidado a la protección de este grupo y adoptar medidas especiales que garanticen a las madres, en especial durante la gestación, el parto y el período de lactancia, el acceso a servicios adecuados de atención médica”. Cfr. caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146, párr. 177.

³⁹ Caso “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”, supra nota 18, párr. 159.

⁴⁰ Ob. cit., párr. 167.

⁴¹ ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General mediante re-

este derecho para las minorías sin mencionar a los indígenas explícitamente. El artículo 27 de dicho Pacto establece que “[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. Además, en la Observación General N° 11 del Comité de los Derechos del Niño, citada en el caso por el tribunal, se ha considerado que “[e]l ejercicio efectivo de los derechos de los niños indígenas a la cultura, a la religión y al idioma constituyen unos cimientos esenciales de un Estado culturalmente diverso”, y que este derecho “constituye un importante reconocimiento de las tradiciones y los valores colectivos de las culturas indígenas”⁴².

- Por encontrarse en situaciones de conflicto armado en el caso Vargas Areco respecto del Estado de Paraguay, sobre el niño Gerardo Vargas Areco, reclutado para el servicio militar en las fuerzas armadas del país cuando tenía 15 años de edad y ejecutado por un suboficial del destacamento que le disparó por la espalda, la Corte IDH resaltó que “[e]l derecho internacional contempla normas especiales para la protección de la integridad física y psicológica de niños cuando estos se encuentran involucrados en actividades militares, ya sea en tiempos de paz como durante el transcurso de los conflictos armados”⁴³. Ello, además de considerar que una vez que los niños, niñas y adolescentes se encuentran reclutados, se presentan normalmente casos de “castigos físicos y psicológicos, así como ejercicios físicos que exceden la resistencia de los conscriptos, causando en muchos casos secuelas irreversibles, tanto físicas como psíquicas. Estos apremios son utilizados como método para infundir respeto a las órdenes de los superiores y castigo de actos de desobediencia o inadecuado cumplimiento de las instrucciones de éstos”⁴⁴.

En el Derecho Internacional Humanitario, los dos protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949

“El derecho internacional contempla normas especiales para la protección de la integridad física y psicológica de niños cuando estos se encuentran involucrados en actividades militares, ya sea en tiempos de paz como durante el transcurso de los conflictos armados”.

solución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

⁴² ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 11 (2009). Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, 12 de febrero de 2009.

⁴³ Caso “Vargas Areco vs. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 155, párr. 112.

⁴⁴ Ob. cit., párr. 131.

se refieren a la necesidad de protección especial para los niños, entendiendo que los Estados deben tomar todas las medidas posibles para evitar que los menores de 15 años participen en las hostilidades, en términos de reclutamiento y enrolamiento⁴⁵. El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados prohíbe en su artículo 2 el reclutamiento obligatorio de menores de 18 años de edad en las fuerzas armadas, estableciendo ciertos supuestos excepcionales de reclutamiento de niños de entre 15 y 18 años. Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional prohíbe el reclutamiento de niños menores de 15 años de edad en las fuerzas armadas y que éstos participen activamente en hostilidades⁴⁶.

En los casos de las Masacres de Ituango y las Masacres de Mapiripán, el tribunal señaló que “[l]a especial vulnerabilidad por su condición de niños y niñas se hace aún más evidente en una situación de conflicto armado interno, [...] pues los niños y niñas son los menos preparados para adaptarse o responder a dicha situación y son quienes padecen sus excesos de forma desmesurada”⁴⁷.

• Por encontrarse en una situación de riesgo social. Aquí nos remitimos específicamente al caso *Servellón García y otros* respecto del Estado de Honduras, en un contexto social marcado por la estigmatización de los

jóvenes pobres (por encontrarse en estado de vagancia, sin empleos fijos o padeciendo otros problemas sociales) como supuestos causantes del aumento de la inseguridad pública en el país y por su consecuente identificación como delincuentes. En dicha ocasión la Corte IDH estableció “que los hechos de[l] caso se dieron en el marco de un contexto de violencia en contra de los niños y jóvenes en situación de riesgo social en Honduras”. De esta manera, precisó que “si bien no se enc[ontraba] probad[a][...] la existencia, en la época de los hechos, de un patrón sistemático de violaciones de derechos humanos en perjuicio de los niños y jóvenes en situación de riesgo, sí est[aba] probado el contexto de violencia dentro del cual se ha[bían] perpetrado las violaciones a los derechos a la vida, integridad y libertad personales en este caso”⁴⁸. Así, el tribunal fue categórico al afirmar que “la delincuencia juvenil nunca puede utilizarse para justificar que las fuerzas de seguridad maten a niños a fin de mantener el orden público”⁴⁹. Cabe destacar asimismo, que como parte de esta sentencia la corte resaltó el principio de igualdad ante la ley y no discriminación, señalando que “[l]a estigmatización crea un clima propicio para que aquellos menores en situación de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a que su vida y libertad sean ilegalmente restringidas”⁵⁰.

Quizá hoy podríamos identificar la expresión de “situación de riesgo social” como aquella que nos remite a los supuestos de pobreza que pueden derivar en el involucramiento de los niños, niñas y adolescentes –y claro está, de sus familias– en situaciones y comportamientos al margen de la ley. Destaco entonces, como lo hizo la Corte IDH en

⁴⁵ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), Artículo 77.2 y Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II), artículo 4.c.

⁴⁶ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 y en vigor desde el 1 de julio de 2002, artículos 8(2) (b)(XXVI) y 8(2)(e)(VII).

⁴⁷ Caso de la “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, supra nota 10, párr. 156 y caso de las “Masacres de Ituango vs. Colombia”, supra nota 23, párr. 246. Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 2, párrs. 82 y 217.

⁴⁸ Caso “*Servellón García y otros vs. Honduras*”, supra nota 31, párr. 105.

⁴⁹ Ob. cit., párr. 111.

⁵⁰ Ob. cit., párr. 112.

el caso de los “Niños de la Calle” que si los Estados tienen elementos para creer que los niños en situación de riesgo están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito”⁵¹.

- Por encontrarse en un contexto de práctica sistemática de agresiones. En el caso de los “Niños de la Calle”, el tribunal señaló “como hecho público y notorio, [...] que para la época de los sucesos que constituye[ron] la materia de[] caso, existía en Guatemala una práctica sistemática de agresiones en contra de los “niños de la calle”, ejercida por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, que comprendía amenazas, persecuciones, torturas, desapariciones forzadas y homicidios”⁵². De esta manera, el tribunal estableció que cuando los Estados violan en esos términos los derechos de los niños, niñas y adolescentes como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. “En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el ‘pleno y armonioso desarrollo de su personalidad’, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida”⁵³.

En el caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, la Corte IDH consideró igualmente que “la responsabilidad del Estado se v[io] agravada por existir en el Perú en la época de los hechos una práctica sistemática de violaciones de derechos humanos, entre ellas ejecuciones extrajudiciales de personas sospechosas de pertenecer a grupos armados, realizadas por agentes estatales siguiendo órdenes de jefes militares y policiales”. La corte agregó que “[d]ichas violaciones graves infringen el *ius cogens* internacional” y que “para la determinación de la responsabilidad agravada, se

“El tribunal fue categórico al afirmar que ‘la delincuencia juvenil nunca puede utilizarse para justificar que las fuerzas de seguridad maten a niños a fin de mantener el orden público’”.

⁵¹ Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, supra nota 1, párr. 197; y ONU. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 45/112 de 4 de diciembre de 1990, Capítulo III, párr. 9.

⁵² Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, supra nota 1, párr. 189.

⁵³ Ob. cit., párr. 191.

debe tomar en cuenta que las [...] víctimas de este caso eran niños⁵⁴. Por tanto, la corte insistió en que las víctimas, “al ser detenidas, torturadas y ejecutadas extrajudicialmente se encontraban desarmadas, indefensas y eran menores de edad, lo cual constituye un elemento adicional de la gravedad de la detención arbitraria en el [...] caso”⁵⁵.

Recientemente, en el caso de la Masacre de las Dos Erres, la corte destacó “la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en [la] Convención [Americana] el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo”⁵⁶.

• Por ser migrantes. En el paradigmático caso de las Niñas Yean y Bosico respecto de la República Dominicana, las autoridades del Registro Civil les negaron la emisión de sus actas de nacimiento, a pesar de que habían nacido en el territorio del Estado y de que la Constitución de la República Dominicana establece el principio del *ius soli* para determinar quiénes son ciudadanos dominicanos. En esa oportunidad, la corte consideró que “al haber[se] aplicado a las niñas, para obtener la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, [ello] constituyó un tratamiento discriminatorio en perjuicio de [aquellas]. Esa condición determinó que ellas estuviesen al margen del ordenamiento jurídico del Estado y fuesen mantenidas como apátridas, lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad, en cuanto al ejercicio y goce de

sus derechos”⁵⁷. El tribunal “consider[ó] que la vulnerabilidad derivada de la apatridia comprometió el libre desarrollo de su personalidad, ya que el acceso a los derechos y a la protección especial de que son titulares se vio imposibilitado”⁵⁸.

• Por ser objeto de detenciones (razia o captura colectiva). En este punto el caso de referencia es Bulacio respecto del Estado de Argentina, en el que la Policía Federal de la ciudad de Buenos Aires realizó una detención masiva, conocida como razia, en las inmediaciones de un estadio en donde se iba a realizar un concierto de rock. Walter David Bulacio, un joven de 17 años de edad, fue detenido y conducido a la “sala de menores” de una comisaría de dicha ciudad, donde fue severamente golpeado por los agentes que lo habían detenido, poco después de lo cual falleció. Frente a este caso, si bien la Corte IDH “reconoc[ió] la existencia de la facultad, e incluso, la obligación del Estado de ‘garantizar su seguridad y mantener el orden público’”, destacó que “el poder estatal en esta materia no es ilimitado; su actuación está condicionada por el respeto a los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a Derecho”⁵⁹. En consecuencia, la corte consideró que las denominadas razias, detenciones por averiguaciones de identidad y detenciones por edictos contravencionales de la policía “son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener

⁵⁴ Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, supra nota 15, párr. 76.

⁵⁵ Ob. cit., párr. 89.

⁵⁶ Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, supra nota 20, párr. 199.

⁵⁷ Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C N° 130, párr. 166.

⁵⁸ Ob. cit., párr. 167.

⁵⁹ Caso “Bulacio vs. Argentina”, supra nota 31, párr. 124.

–salvo en hipótesis de flagrancia– y de la obligación de notificar a los encargados de los menores de edad”⁶⁰.

- Por encontrarse privados de la libertad. En cuanto a esta situación particular, la Corte IDH ha señalado en reiteradas ocasiones las obligaciones estatales que superan los casos que involucran los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En el caso del Instituto de Reeducción del Menor, el tribunal observó que “[p]or una parte, [el Estado] debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño. [Y, p]or otra, [que] la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión”⁶¹.

Nuevamente, remitiéndose a la interpretación del Comité de los Derechos del Niño sobre su “desarrollo”, como un concepto holístico, el tribunal señaló que “un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida”⁶². En este sentido, la corte ha citado las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)⁶³. Verificando entonces una nueva lectura del *corpus iuris*, la corte se ha remitido al artículo 5.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “que obliga a los Estados a mantener a los niños

“La protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión”.

⁶⁰ Ob. cit., párr. 137.

⁶¹ Caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, supra nota 8, párr. 160.

⁶² Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC 17/02, supra nota 2, párrs. 80-81, 84, y 86-88; caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, supra nota 1, párr. 196; y caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, supra nota 8, párr. 161.

⁶³ Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990 y Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985.

privados de libertad separados de los adultos”, agregando la necesidad de “una especial supervisión periódica en el ámbito de la salud y la implementación de programas de educación, derivadas de una correcta interpretación del artículo 4 de la convención, a la luz de las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”⁶⁴.

Específicamente, en cuanto al tema que es materia del caso, esto es, los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley y la justicia penal juvenil, el tribunal reiteró “que una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal”⁶⁵.

Teniendo en cuenta lo reseñado respecto de situaciones de vulnerabilidad consideradas por la corte, que agravarían aún más la inherente vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes en función de la etapa de la vida en la que se encuentran, podríamos tomar como referente la expresión de Mary Beloff sobre las “las capas de la cebolla”⁶⁶. De esta manera, el niño, niña o adolescente,

simplemente por ser tal, tiene un derecho adicional que exige mayores obligaciones por parte del Estado, la familia y la sociedad. Sin embargo, si el niño, la niña o adolescente reúne alguna característica o se encuentra en una situación considerada “vulnerable” deberá esperar mayor protección a su favor. Pensemos por ejemplo en una niña indígena, detenida arbitrariamente, en un niño migrante en una situación de conflicto armado interno o en un adolescente “en situación de riesgo social” privado de libertad. De acuerdo con la jurisprudencia del tribunal, además de su propia “niñez” o “adolescencia”, cada situación de vulnerabilidad “adicional” debe ser debidamente considerada en el análisis de un caso para la eventual declaración de responsabilidad estatal y el establecimiento de las reparaciones.

Sobre la competencia contenciosa de la Corte IDH, corresponde hacer una breve referencia a las reparaciones. Como en la mayoría de los casos sometidos a la corte, las reparaciones comprenden obligaciones de “acción” y de “abstención” de la más variada naturaleza: legislativa, judicial, administrativa.

Así tenemos, *inter alia*, que adecuar la legislación en materia de menores de edad (“Niños de la Calle”); ordenar la constitución de una instancia de consulta para la adecuación y modernización de la normativa interna en las temáticas relacionadas con los niños, conformada por expertos y organizaciones de la sociedad civil, que formule propuestas normativas ante los órganos correspondientes; diseñar programas de capacitación a servidores públicos relacionados con la atención a menores de edad (Bulacio); crear un sistema de información genética que permita la determinación y el esclarecimiento de la filiación de los niños desaparecidos y

Aires, 11, 12 y 13 de junio de 2008). Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2008, pág. 377.

⁶⁴ Caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”, supra nota 8, párr. 172.

⁶⁵ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC 17/02, supra nota 2, párr. 109 y caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”, supra nota 8, párr. 210.

⁶⁶ Beloff, Mary. “Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina”. Págs. 359-390. En: *Defensa Pública: Garantía de acceso a la justicia*. III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (Buenos

su identificación (Molina Theissen); facilitar estudios (Hermanos Gómez Paquiyaui); declarar una política de Estado en materia de niños en conflicto con la ley, organizar programas de educación y asistencia vocacional (Instituto de Reeducción del Menor); crear una comisión nacional de búsqueda de jóvenes que desaparecieron cuando eran niños durante el conflicto armado, una página web de búsqueda y un sistema de información genética; designar un día dedicado a los niños y niñas desaparecidos durante el conflicto armado interno (Hermanas Serrano Cruz); adecuar la normativa referente a la inscripción tardía del nacimiento de una persona en el registro civil (Niñas Yean y Bosico); realizar una campaña de sensibilización para la protección de niños y jóvenes (Servellón García); establecer restricciones al reclutamiento de niños en las fuerzas armadas (Vargas Areco); implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos y género en perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres dirigidos a funcionarios públicos (Campo Algodonero), y crear una página web de búsqueda de niños sustraídos y retenidos ilegalmente (Masacre de las Dos Erres).

Ello, además de las habituales órdenes de investigación de los hechos, juzgamiento y, en su caso, sanción a los responsables de las violaciones de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes; construcción de monumentos; denominación de calles y edificios públicos; colocación de placas; publicación de determinados apartados de las sentencias en el diario oficial y en un diario de circulación nacional, y pago de las indemnizaciones por daño material e inmaterial, así como el reintegro de las costas y gastos.

En el marco de la competencia contenciosa de la corte, cabe mencionar que el tribunal ha señalado que las medidas provisionales tienen dos caracteres: uno cautelar y otro tutelar⁶⁷. El carácter cautelar de las

“Las reparaciones comprenden obligaciones de ‘acción’ y de ‘abstención’ de la más variada naturaleza: legislativa, judicial, administrativa”.

⁶⁷ Cfr. caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (Periódico *La Nación*). Medidas Provisionales respecto de Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2001, considerando cuarto; Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros. Solicitud de Medidas Provisionales respecto de Panamá. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de mayo de 2010, considerando tercero, y Asunto Belfort Istúriz y otros. Medidas Provisionales respecto de

medidas provisionales está vinculado con el marco de los contenciosos internacionales. En tal sentido, estas medidas tienen por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo hasta tanto no se resuelva la controversia. Su objeto y fin son los de asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo, y de esta manera evitar que se lesionen los derechos en litigio, situación que podría hacer inocua o desvirtuar el efecto útil de la decisión final. Las medidas provisionales permiten así que el Estado en cuestión pueda cumplir la decisión final y, en su caso, proceder a las reparaciones ordenadas⁶⁸. En cuanto al carácter tutelar de las medidas provisionales, la corte ha señalado que se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo, por cuanto protegen derechos humanos, en el sentido que buscan evitar daños irreparables a las personas⁶⁹. Así, de acuerdo con el artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “[en] casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas”, la corte podrá, en los asuntos que esté conociendo, “tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no est[á]n sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de abril de 2010, Considerando sexto.

⁶⁸ Cfr. caso *Carpio Nicolle y otros. Medidas Provisionales respecto de Guatemala*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de julio de 2009, considerando decimocuarto; *Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros*, supra nota 67, Considerando tercero, y *Asunto Belfort Istúriz y otros*, supra nota 67, Considerando sexto.

⁶⁹ Cfr. caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (Periódico *La Nación*), supra nota 67, considerando cuarto; *Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros*, supra nota 67, considerando tercero, y *Asunto Alvarado Reyes y otros. Medidas Provisionales respecto de México*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2010, considerando cuarto.

Como parte de la jurisprudencia del tribunal en cuanto a la adopción de medidas provisionales podemos citar el asunto de los haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana, referido al riesgo que corren aquéllos de ser expulsados o deportados colectivamente del país. En dicho asunto, el tribunal ordenó la adopción de medidas provisionales frente a la extrema gravedad, urgencia e irreparabilidad del daño respecto a los derechos a la vida, integridad personal, protección especial a los niños en la familia y derecho de circulación y residencia de las personas identificadas como beneficiarios de aquéllas⁷⁰.

Por otro lado, en el asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el Complejo do Tatuapé da FEBEM respecto del Estado de Brasil, en el que los referidos internos eran sometidos a tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre ellos, encierros prolongados y maltratos físicos, el tribunal nuevamente resaltó “[q]ue la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su detención o prisión”. En ese sentido, y para el asunto concreto, ordenó medidas vinculadas con la infraestructura y condiciones de hacinamiento, señalando que “para proteger la vida e integridad personal de los niños residentes en el ‘Complejo do Tatuapé’, debe existir, como mínimo, una separación por categorías de edad, naturaleza de la infracción cometida

⁷⁰ Asunto de haitianos y dominicanos de origen haitiano. Medidas provisionales respecto de la República Dominicana. Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de julio de 2009, 2 de febrero de 2006, 26 de mayo de 2001, 12 de noviembre de 2000, 18 de agosto de 2000 y de 7 de agosto de 2000, y Resolución del Presidente de la Corte de 14 de septiembre de 2000.

y entre jóvenes procesados y aquellos cuya situación ya ha sido resuelta”^{71 72}.

B. La competencia consultiva de la Corte IDH

En cuanto a la competencia consultiva del tribunal, cabe hacer referencia a cinco de las veinte opiniones consultivas emitidas hasta la fecha en las cuales se hace una mención o un desarrollo especial de la protección de los derechos de los niños, de niñas y adolescentes.

La Opinión Consultiva sobre el Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recuerda que en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un Estado Parte, la convención americana no autoriza la suspensión, *inter alia*, de los derechos del niño, reconocidos en el artículo 19 de dicho tratado. En la misma línea, en la Opinión Consultiva sobre Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, solicitada por el Estado de Uruguay, la corte reiteró lo ya expuesto en la opinión consultiva precedente, en el sentido de que en estados de emergencia, la convención americana no autoriza la suspensión, *inter alia*, de los derechos del niño.

Por otro lado, es pertinente citar la Opinión Consultiva sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, solicitada por el Estado de México. Si bien dicha opinión no tiene una referencia específica a los derechos de

“En cuanto al carácter tutelar de las medidas provisionales, la corte ha señalado que se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo, por cuanto protegen derechos humanos, en el sentido que buscan evitar daños irreparables a las personas”.

⁷¹ Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el Complejo do Tatuapé da FEBEM. Medidas Provisionales respecto de Brasil. Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2008, 3 de julio de 2007, 4 de julio de 2006, 30 de noviembre de 2005 y 17 de noviembre de 2005, y Resolución de la Presidenta de la Corte IDH de 10 de junio de 2008.

⁷² Cabe destacar que mediante resolución de la corte de 25 de noviembre de 2008, el tribunal “[l]evant[ó] las medidas provisionales ordenadas [...] en sus resoluciones de 30 de noviembre de 2005, 4 de julio de 2006 y 3 de julio de 2007, [en dicho asunto]”. Ello, como consecuencia de “valorar[r] el esfuerzo realizado por el Estado y considera[r] que los hechos que motivaron la adopción de las [...] medidas en favor de determinadas personas que en ese entonces se encontraban privadas de libertad en el Complejo do Tatuapé ya no subsisten”. Cfr. Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el Complejo do Tatuapé da FEBEM. Medidas Provisionales respecto de Brasil. Resolución de 25 de noviembre de 2008, Considerando vigésimo primero.

los niños, niñas y adolescentes, su inclusión en este listado responde a que los menores en una situación especial podrían requerir dicha asistencia, es decir, el acceso a la embajada o consulado del cual son nacionales⁷³. Naturalmente, esta posibilidad se vincula con el derecho al debido proceso legal de todo individuo, que debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se le deben brindar, sin discriminación alguna.

Asimismo corresponde citar la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño que, como su propio nombre lo indica, es aquella que específicamente se refiere al tema de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Para efectos de dicha opinión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos requirió a la Corte IDH que interpretara si los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos presentan límites al arbitrio o a la discreción de los Estados para dictar medidas especiales de protección, de acuerdo con su artículo 19.

Como respuesta, la Corte IDH se refirió a la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación precisando que “la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos”⁷⁴. En esa misma línea agregó que “[s]e puede concluir que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el

cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño”⁷⁵. Además, la corte estableció que “[p]ueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”⁷⁶.

Si bien hemos hecho notar que se trata de la única opinión consultiva referida de manera específica a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, es preciso observar que, por el propio objeto de la consulta, en su desarrollo se pone especial énfasis en la justicia penal juvenil⁷⁷.

⁷⁵ Ob. cit., párr. 55.

⁷⁶ Ob. cit., párr. 46.

⁷⁷ Consecuentemente, en respuesta específica a la consulta planteada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la convención, el Tribunal opinó, inter alia, que: I) “en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos”[;] II) “los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar”[;] III) “la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo

⁷³ Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Serie A N° 16.

⁷⁴ Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 2, párr. 53.

Finalmente, cabe citar la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, solicitada por México, en la que la Corte IDH se refirió de manera general al tema de los migrantes indocumentados, haciendo un par de reflexiones puntuales sobre los niños, las niñas y adolescentes, nuevamente asimilados como grupos per se vulnerables, en función a su condición física, psicológica y emocional.

De esta manera, el tribunal mencionó dos conclusiones importantes de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución sobre protección de los migrantes⁷⁸. La primera, que se debe tener presente refiere a “la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como también las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a los que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular”. La segunda manifiesta la preocupación “por las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente [...] los niños, en diferentes partes del mundo”⁷⁹.

Con el fin de poner énfasis en la competencia consultiva del tribunal, es preciso indicar que el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “[l]os Estados miembros de la [OEA] podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de [la] Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. “Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”. Adicionalmente, “a solicitud de un Estado miembro de la Organización, [la Corte]

“Los menores en una situación especial podrían requerir acceso a la embajada o consulado del que son nacionales [...] esta posibilidad se vincula con el derecho al debido proceso legal de todo individuo, que debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se le deben brindar, sin discriminación alguna”.

que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños”[y] IV) “es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos”.

⁷⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre Protección de los migrantes de 24 de febrero de 2000.

⁷⁹ Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 18, párr. 114.

podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales". De acuerdo con los artículos 70 al 75 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la presentación de una solicitud de opinión consultiva ante el tribunal se debe cumplir con los siguientes requisitos: formulación precisa de las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la corte; indicación de las disposiciones cuya interpretación se solicita; indicación de las normas internacionales de derechos humanos diferentes a las de la convención americana que también se requiere interpretar; presentación de las consideraciones que originan la consulta, y señalamiento del nombre de los delegados. El proceso de consulta resulta entonces riguroso sin que por ello deje de ser dinámico e incluso pueda incluir la celebración de una audiencia pública.

Sobre el particular, es necesario hacer mención a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 27 de enero de 2009, mediante la cual el tribunal no dio respuesta a la solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto del uso del castigo corporal como método de disciplina contra niños, niñas y adolescentes y su compatibilidad con los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos), 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 5 (Derecho a la integridad personal) y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en concordancia con las disposiciones relevantes de la Convención sobre los Derechos del Niño. Al respecto, el tribunal concluyó que "de la jurisprudencia del Tribunal se desprenden los criterios en relación con los puntos expuestos en dicha consulta".

En ese sentido, la Corte IDH consideró que "las respuestas a las preguntas planteadas por la Comisión pueden extraerse del análisis e interpretación integral del corpus jurisprudencial del Tribunal sobre los derechos del niño en relación con otros criterios establecidos por éste, así como de las obligaciones emanadas por otros instrumentos internacionales, ratificados por los Estados de la región"⁸⁰. De esta manera, a lo largo de la citada resolución, la corte hace mención de los instrumentos más destacados de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y sistematiza y/o resalta aquellos extractos de su jurisprudencia que, de alguna forma, permiten esclarecer los cuestionamientos que llevaron a la presentación de dicha solicitud por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, el tribunal cita de manera reiterada la jurisprudencia emitida por el Comité de los Derechos del Niño, particularmente la Observación General N° 8 que interpreta las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño a fin de eliminar la violencia contra los niños⁸¹.

Por tanto, es posible concluir que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha representado un importante aporte a la protección de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes; sin embargo, si se tiene en cuenta el valor trascendental de la buena fe de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones nacionales e internacionales, resulta evidente

⁸⁰ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de enero de 2009. Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considerando decimoquinto.

⁸¹ ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 8. El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes. 42° período de sesiones (2006). Ginebra, 15 de mayo a 2 de junio de 2006. UN Doc. CRC/C/GC/8 (2006).

que el avance en este sentido depende en gran medida del acatamiento de los deberes respecto de los cuales los propios Estados consintieron en ejercicio de su soberanía. En ese sentido, será necesario determinar con mayor profundidad los alcances del denominado “interés superior del niño”, ya que en palabras del propio tribunal dicho principio “implica que el desarrollo de [los niños, niñas y adolescentes] y el ejercicio pleno de sus derechos [...] se[an] considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”⁸². A ello debemos agregar la importancia de promover un sólido y permanente diálogo, en principio, entre los sistemas universal e interamericano, así como con los sistemas nacionales.

En nombre de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reitero mi agradecimiento a la Iniciativa Niñ@Sur y a todos los aquí presentes por su interés en los aportes desde el sistema interamericano para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

⁸² Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 2, punto de opinión segundo.

Síntesis del intercambio con los participantes

- Se menciona la importancia de la educación en derechos humanos en todos los niveles de la educación formal. Los Estados valoran la instancia de capacitación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, que es el brazo académico del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

- Se hace mención a una modalidad de formación mediante el sistema de correspondencia que tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) con la sociedad civil, por medio de la cual se les informa a los particulares sobre el uso adecuado del sistema de protección. Se destaca la relevancia de este mecanismo como herramienta para la educación de los ciudadanos en materia de derechos humanos.

- Se manifiesta preocupación porque en la práctica los jueces ordinarios no toman en cuenta los criterios o las guías que plantean tanto la Corte IDH como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) -opiniones consultivas, sentencias, etcétera-. También se observa un déficit por parte de los juristas en la adopción de la noción de que existe un corpus iuris normativo de derechos humanos, que es una noción útil para poder aplicar con una mayor riqueza el sistema de derechos humanos en casos concretos.

- Se hace hincapié en la necesidad de aumentar la difusión de las sentencias y de las opiniones consultivas de la Corte IDH para así lograr un conocimiento mayor del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

- Las sesiones extraordinarias de la Corte IDH han producido cambios notables en la relación con los Estados.

- En lo que hace al cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, algunos Estados han señalado dificultades para su cumplimiento y, en general, para el cumplimiento de las recomendaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Se destacan las dificultades “domésticas” que tienen los Estados, teniendo en cuenta los diferentes estamentos del Estado, la división de los poderes y, fundamentalmente, el carácter federal de algunos países. Sin embargo, se ve con beneplácito la posibilidad de utilizar la herramienta de las soluciones amistosas.

- Se hace referencia al derecho del niño a la participación y se brega por acciones más sostenidas en sus ámbitos de pertenencia que contribuyan a generar una cultura de respeto. Para ello, se mencionan distintas estrategias, como códigos de convivencia, los consejos consultivos democráticos, donde participen de diferentes formas los niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones y en la discusión de cuestiones del Estado.

- Hay una cierta preocupación por el hecho de que exista información profusa sobre el tema de los derechos de los niños y cómo funciona el sistema interamericano en los aspectos relativos a los niños en conflicto con la ley penal. Sin embargo, se observa cierto déficit en el desarrollo doctrinario, tanto de la Corte IDH como de la CIDH, sobre todos los otros temas relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes, por ejemplo, sistemas de protección integral, acceso a derechos económicos sociales y culturales, entre otros.

Un instituto de políticas públicas para fortalecer los derechos humanos en los Estados del Mercosur

Esta ponencia presenta el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur y aborda especialmente el tema de los niños y niñas migrantes en la región.

Muchos de ustedes ya conocerán el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur, que aún está en formación. Ésta es mi primera presentación pública como secretario ejecutivo electo. En diálogo con algunos funcionarios del gobierno argentino, en particular con Victoria Martínez y con funcionarios de la Cancillería, surgió la posibilidad de proponer, en esta reunión de Niñ@Sur, una iniciativa del Mercosur y de los Estados asociados que quisieran sumarse a ella ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Entonces, el objeto de esta presentación será, simplemente, plantear la dedicación que tendrá este nuevo instituto del Mercosur y, luego, entrar en una discusión más concreta acerca de la iniciativa que proponemos desarrollar ante la OEA.

Para tratar de vincular esta ponencia con la discusión previa y con los intercambios que vienen teniendo ya en este seminario, quisiera destacar la idea de este diálogo de los gobiernos con el sistema universal y con el sistema interamericano. Creo que éste es un paso muy importante para la discusión y el fortalecimiento del sistema, pero también para fortalecer las políticas públicas en derechos humanos en los gobiernos. El año pasado, aquí mismo, en la Cancillería, se celebraron los cincuenta años de la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. Uno de los acuerdos entre los miembros de la comisión, los representantes del Estado y la sociedad civil presentes fue que el principal cambio de los últimos quince a veinte años en el funcionamiento del sistema interamericano ha sido el nuevo rol de los Estados en el campo de los derechos humanos. Uno puede pensar en sus inicios los sistemas de protección como mecanismos activados por la sociedad civil para fiscalizar los Estados; para los Estados, los derechos humanos eran un límite a no traspasar y, al mismo tiempo, una vara para ser

Víctor Abramovich
Secretario Ejecutivo
del Instituto de Políticas
Públicas de Derechos
Humanos del Mercosur

fiscalizados. La acción de las instancias internacionales de supervisión colocaba los gobiernos en una actitud defensiva e incluso refractaria en muchos casos ante la supervisión o el escrutinio internacional en estas cuestiones.

Estos mecanismos funcionan como una herramienta fundamental de fiscalización y de protección en casos de violación a los derechos humanos. Pero los derechos humanos funcionan también hoy como un marco para las políticas públicas de los Estados y como un campo de políticas públicas. Esto es novedoso; sin embargo, uno podría ya encontrar en muchos de nuestros países vecinos, en los países del Mercosur ampliado, una trayectoria de, al menos, quince o veinte años de instituciones públicas y, en particular, de instituciones y áreas en los gobiernos que discuten, formulan e implementan políticas en derechos humanos. Políticas en el campo de la igualdad, y de la reducción de la violencia como, por ejemplo, políticas para reducir la violencia policial o prevenir la tortura, políticas contra el racismo, políticas de igualdad de género, de protección de derechos culturales y de interculturalidad, de ampliación de derechos sexuales y reproductivos, programas y planes nacionales de derechos humanos. Es decir, hay un cambio importante que se refleja en la conformación de una nueva institucionalidad pública y de un nuevo campo de políticas gubernamentales. Esto se refleja, también, en la utilización que hacen los Estados de los sistemas internacionales de protección. No están a la defensiva únicamente, sino que hacen un uso más estratégico de estos escenarios internacionales en función de las políticas públicas que implementan o activan.

Por ejemplo, las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos de las personas migrantes fueron planteadas por México ante el sistema interamericano como

una forma de instalar el tema en el debate regional y activar una respuesta de los órganos de ese sistema. La opinión consultiva sobre aviso consular y debido proceso se enfocaba fundamentalmente en el tema de los procedimientos de pena de muerte. La segunda opinión hacía lo propio sobre el tema de derechos de los trabajadores migratorios. Esas opiniones consultivas fueron originadas a partir de una disputa muy fuerte que tenía México con su vecino del Norte, los Estados Unidos, respecto de estos dos temas. Lo que hizo México fue usar el sistema interamericano para avanzar en una agenda de discusión, para fijar estándares que luego servirán al interior de la región y también al diálogo bilateral. Con la intervención de la sociedad civil y de centros académicos, se invita a los demás países y, en particular, a los Estados Unidos a presentarse a una discusión en el ámbito interamericano sobre esos temas. Creo que es un ejemplo de uso estratégico de los sistemas, que tiene que ver con esta nueva realidad en materia de derechos humanos, que es una institucionalidad pública cada vez más fuerte, que define políticas al interior de los gobiernos y que no existía hace veinte años en la región.

Digo esto como introducción porque, de alguna manera, el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos, que se creó en el ámbito del Mercosur, en 2009, con sede en Buenos Aires, apunta precisamente a fortalecer la institucionalidad pública de los Estados del Mercosur en materia de derechos humanos y a generar espacios de discusión sobre este nuevo campo de políticas públicas, que son las políticas públicas en derechos humanos. Es un instituto que todavía no está definitivamente creado, está en proceso de formación. Hay varios pasos pendientes, por ejemplo, la aprobación del acuerdo de sede de la Argentina, una aprobación final de la estructura y el presupuesto, que estará plenamente en funcionamiento en 2011 y

que tendrá su sede en el Espacio para la Memoria y para la Promoción y la Defensa de los Derechos Humanos, abierto en el predio donde funcionaba el centro clandestino de detención y tortura de la ESMA.

El objetivo del instituto es favorecer el fortalecimiento del Estado de derecho mediante el diseño y el seguimiento de políticas públicas en derechos humanos, para contribuir a la consolidación de los derechos humanos como un eje fundamental de la identidad y del desarrollo del bloque del Mercosur. Diría que este organismo tiene cuatro funciones principales, que contribuyen a la misión general que les planteaba.

La primera función es de coordinación de políticas públicas en derechos humanos hacia el interior del Mercosur. Este papel de coordinación se reflejará en el funcionamiento de una especie de secretaría técnica de la Reunión de Altas Autoridades competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados Asociados (RAADDHH) para darles seguimiento a esas reuniones y facilitar la agenda y la continuidad de los acuerdos. También tendrá un rol de coordinación en otros ámbitos del Mercosur en los que se discuten temáticas directa o indirectamente vinculadas con los derechos humanos, como las reuniones de ministros, y trabajará en relación con otras instituciones del Mercosur, como el Instituto Social, que tiene su sede en la ciudad de Asunción.

La segunda función será la de cooperación técnica; es decir, trabajar como asistencia técnica a los gobiernos en el diagnóstico, la formulación, la implementación y la evaluación de políticas, el fortalecimiento de agencias o de funcionariado en el campo de políticas de igualdad, derechos humanos y ciudadanía en sentido amplio.

Una tercera función tiene que ver con la investigación aplicada.

La cuarta función es la capacitación de funcionarios públicos en sentido amplio, es decir, que incluirá a funcionarios de gobiernos locales y también de los tres poderes del Estado.

En relación con esas cuatro funciones, nos planteamos cinco grandes líneas de trabajo, que son también objetivos del instituto: en primer lugar, mejorar la coordinación y la articulación de las políticas. En segundo lugar, desarrollar recursos de investigación disponibles en el área; no sólo generar investigación, sino también poder orientar las agendas de investigación

“El objetivo del instituto es favorecer el fortalecimiento del Estado de derecho mediante el diseño y el seguimiento de políticas públicas en derechos humanos, para contribuir a la consolidación de los derechos humanos como un eje fundamental de la identidad y del desarrollo del bloque del Mercosur”.

y el financiamiento para la investigación en el campo de las políticas de derechos humanos. Existen investigaciones que se hacen desde las universidades; otras, desde agencias públicas, y hay financiamiento para la investigación. Nos planteamos como un objetivo volcar más recursos hacia la investigación de este nuevo campo de políticas, que son las políticas de derechos humanos. En tercer lugar, impulsar el fortalecimiento de la institucionalidad pública en derechos humanos, las agencias en el interior de los gobiernos, pero también las instituciones nacionales de derechos humanos. Impulsar el trabajo con los sistemas de protección y, en particular, con los sistemas de justicia.

En cuarto lugar, facilitar la relación entre el Estado y la sociedad civil. A veces, con la implementación de ciertas políticas, pero también y fundamentalmente con la participación de la sociedad civil en el Mercosur, en las instancias del Mercosur. En general, algunas reglas más claras, más generales sobre participación de la sociedad civil en los distintos foros del Mercosur y Estados asociados.

La quinta línea de trabajo consiste en promover el fortalecimiento de los sistemas de protección, que incluye, además, promover acciones como éstas que ustedes están desarrollando: diálogos entre los gobiernos y los sistemas de protección internacionales, pero también acciones concretas vinculadas con debates sobre fortalecimiento de los sistemas, aplicación de nuevos protocolos, nuevos mecanismos, discusiones incluso sobre aportes presupuestarios, designaciones de candidatos a ocupar cargos. Es decir, todas las cuestiones que tienen que ver con la relación entre los gobiernos y los sistemas de protección.

Ésta es la estructura que tiene el instituto. De alguna manera, está dentro de la RAADDHH. Tendrá un consejo de representantes gubernamentales, que todavía no está integrado, y cuatro áreas: un área de administración, comunicación y desarrollo institucional,

que también tendrá la función de establecer mecanismos de comunicación interna y externa, y búsqueda de fondos. Un área de estudios e investigación, un área de asistencia técnica y, por último, lo que se llama el área Mercosur, que trabajará fundamentalmente como secretaría técnica de la RAADDHH y otras acciones al interior del Mercosur.

Pasando al tema de la Iniciativa Niñ@Sur, hemos distribuido un documento que tiene la propuesta de opinión consultiva, con algunas discusiones de antecedentes y de opiniones jurídicas vinculadas con la posibilidad de presentar ante la corte interamericana la opinión consultiva mencionada. Respecto de lo que se ha planteado con anterioridad, el tema de derechos de la niñez migrante es un tema muy relevante para los países del ámbito del Mercosur, y también lo es a nivel regional. El problema de la niñez, de por sí, implica una vulnerabilidad frente a patrones de violencia, desigualdad y exclusión. Se agrega el tema de los niños que están migrando, incluso uno podría agregar a los niños que migran solos, los niños no acompañados o separados de sus padres y familiares directos. En general, la condición económica de los migrantes colabora en esa situación de vulnerabilidad. En relación con la propuesta, nosotros planteamos un aspecto en particular de los derechos de la niñez migrante que tiene que ver con un aumento de la vulnerabilidad, por ejemplo, por situaciones de privación o de limitación de la libertad personal de niños migrantes. Esto sigue siendo un tema muy importante en muchos países de la región. Es uno de los temas de derechos civiles y de derechos sociales más graves relacionados con las políticas migratorias y las políticas de la niñez.

En términos generales, es un tema que, al mismo tiempo, involucra el campo de la niñez y el campo de las políticas migratorias. En este sentido existe, y esto puede ser un tema de discusión, un doble déficit. Por

un lado, desde las políticas migratorias, falta atención a la situación diferenciada y a los derechos diferenciados de los niños migrantes. Esto se puede observar en muchas de las legislaciones de los países de la región, no en todas, pero sí en varias. Por el otro, hay una cuestión paralela a ésta, que agrava el problema, que es la falta de atención sobre la problemática de las migraciones en las políticas sobre infancia. Creo que este déficit ha potenciado que ciertas situaciones graves sigan vigentes más allá de los avances importantes que se han dado sobre todo a nivel subregional.

¿Por qué esta iniciativa y qué tomamos como su antecedente? Este grupo, la comisión de seguimiento e Iniciativa Niñ@Sur, ha sido una de las áreas más dinámicas de coordinación de políticas al interior del Mercosur. En simultáneo, ha iniciado una trayectoria muy importante en el área de coordinación, incluso en materia de política exterior, al promover de manera conjunta un área de intercambios en el ámbito de las Naciones Unidas sobre el Protocolo Adicional a la Convención sobre los Derechos del Niño. Entonces, nos parece que ahí hay un camino de diálogo y de confianza mutua ya recorrido, que permite que esta área de coordinación en materia de infancia sea quizás una de las que puedan liderar una iniciativa regional de estas características dentro del bloque del Mercosur.

Al mismo tiempo, hay algunos antecedentes políticos relevantes en la región que tienen que ver con avances que se han dado en materia de legislación y de política migratoria y que, en nuestra opinión, ponen a la región del Mercosur y los Estados Asociados en la vanguardia global en la adecuación de su legislación y política migratoria. En el documento hay algunos antecedentes, sólo mencionaré algunas cuestiones.

Por un lado, la primera de las cuestiones es que los países de la región han promovido la incorporación de la temática de derechos humanos en diversos foros y espacios de interlocución internacional en materia migratoria. Pensemos en la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, el Foro Global de Migración y Desarrollo, la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno –en particular, en su decimosexta edición, con el Compromiso de Montevideo, que ha sido muy importante– y, en relación con el Mercosur y los Estados asociados, la Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios que fue firmada en 2004 por los ministros del Interior y los gobiernos de los

“La privación o limitación de la libertad personal de niños migrantes sigue siendo un tema muy importante en muchos países de la región. Es uno de los temas de derechos civiles y de derechos sociales más graves relacionados con las políticas migratorias y las políticas de la niñez”.

países del Mercosur y los Estados asociados, que fijan una serie de principios muy importantes para esa discusión.

En esos acuerdos, tanto bilaterales como regionales y subregionales, se han reconocido dos temas clave. Por un lado, el reconocimiento de derechos humanos de los migrantes, más allá del estatus migratorio. Éste es un punto importantísimo porque muchas veces la situación migratoria irregular funciona como una barrera para el acceso a los derechos humanos básicos. Es decir, implica una rediscusión del concepto de derechos humanos en sí mismos. Tradicionalmente, se entendía que hay derechos fundamentales sólo para los que ingresan regularmente en el territorio. Y el que ingresa irregularmente al territorio no tiene siquiera el derecho a tener derechos, como plantea Hannah Arendt, o incluso se crea la ficción de que no está legalmente bajo la jurisdicción del Estado y por lo tanto no puede invocar derechos fundamentales del ordenamiento jurídico para limitar la acción estatal. Entonces, el tema del reconocimiento de derechos humanos más allá del estatus migratorio es toda una definición en términos de política pública y de política migratoria. Los países de la región lo han hecho y lo han impulsado a nivel regional.

La segunda cuestión, también muy importante en términos de los consensos entre los gobiernos de la región, es el rechazo a la criminalización de la irregularidad migratoria. Es decir, el rechazo a que la irregularidad migratoria sea considerada un hecho punible susceptible de tener consecuencias penales, de sanción penal. Por extensión de este principio, la negativa a abordar el tema de las migraciones desde la perspectiva del derecho penal y la respuesta punitiva. Esto también es la consecución de un modelo de política migratoria que muestra la región en una situación de avanzada y de liderazgo en relación con otros países. En particular, algunos países del hemisferio norte.

Podría señalar otros dos temas importantes. En primer lugar, el reconocimiento de un derecho de reunificación familiar, que está en la Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios del Mercosur y Estados Asociados, con las consecuencias jurídicas que eso tiene. Pensemos, aquí también, en los artículos 9 y 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En segundo lugar, el reconocimiento de la situación diferenciada de mujeres y de niños en el contexto de las políticas migratorias. Esto también apunta a un nuevo modelo de política migratoria que reconozca ciertos principios básicos de derechos humanos y de derechos de la infancia.

Otro elemento importante como antecedente para esta iniciativa es que los países del Mercosur y los Estados asociados se han pronunciado de manera enérgica frente a restricciones de derechos fundamentales de los migrantes impuestas por algunos países del Norte. Podría mencionar directamente, como principal antecedente, la Declaración de los Presidentes de los Estados Parte del Mercosur y Estados Asociados sobre la “Directiva de Retorno”, firmada en Tucumán, el 1 de julio de 2008. Pero también muchos de los gobiernos de la región están participando activamente en la iniciativa de México para cuestionar la nueva ley migratoria del Estado de Arizona. Es decir, hay una vocación de los países del área Mercosur de intervenir en discusiones globales sobre política migratoria y derechos humanos. Considero que, de alguna manera, eso le brinda a la región una fuerte legitimidad política para promover iniciativas sobre este tema en los foros globales, pero también en los foros regionales y subregionales.

Como contrapartida de esto, hay cierto camino recorrido en el ámbito del sistema interamericano sobre esta cuestión. Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se ha pronunciado formalmente de manera directa sobre los estándares que deben regir los problemas de la privación de la libertad

de niños migrantes en casos particulares ni en opiniones consultivas, sí hay un desarrollo de estándares jurisprudenciales sobre derechos de los migrantes más allá del estatus migratorio. Por ejemplo, la opinión consultiva sobre trabajadores migrantes, algunas garantías básicas de debido proceso que tienen que ver con otras situaciones de privación de la libertad (así la Opinión Consultiva N° 17, que aplica como norma de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención sobre los Derechos del Niño e incluso comentarios generales sobre el Comité de los Derechos del Niño como fuente de interpretación de la propia corte).

Considero que estos puntos también van acompañados de una serie de casos. Señalaría principalmente el caso Yean y Bosico contra la República Dominicana, sobre igualdad en el ámbito del sistema interamericano, que ha desarrollado gradualmente sus propias jurisprudencias sobre igualdad y sobre el que se ha concluido en la idea de ciertos derechos diferenciados de protección para grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, sobre todo cuando se acumulan círculos de vulnerabilidad.

Dicho antecedente también podría ser utilizado para definir cuáles son los estándares de protección especiales, diferenciados, de la niñez migrante en el contexto migratorio. Al mismo tiempo, es importante plantear que esos estándares que fije el sistema en una opinión consultiva serán estándares que los Estados tendrán que considerar como marco de sus políticas. Esto me parece un punto importante como base para la discusión. Gran parte de los países de la región están atravesando procesos de adecuación legislativa y cambios en sus políticas migratorias, y no tienen problemas en la incorporación de estándares de derechos humanos en esta cuestión. Por ello, aunque no sean los países del Mercosur quienes estén discutiendo políticas públicas orientadas a aplicar la privación de la libertad a la niñez migrante, ello no significa que no haya interés en el tema. Precisamente, porque los temas de migraciones son temas que van y vuelven. La población migrante de nuestros países migra a países del Norte y ahí hay una cuestión que hace al interés de los propios Estados en la protección de sus propios nacionales que integran flujos migratorios. Pero creo que en el Mercosur se da una combinación de factores que facilitan la petición de una opinión consultiva. Por un lado, tener la legitimación política para poder proponer esta iniciativa; haber hecho los

“Hay una vocación de los países del Mercosur de intervenir en discusiones globales sobre política migratoria y derechos humanos. Eso le brinda a la región una fuerte legitimidad política para promover iniciativas sobre este tema en los foros globales, pero también en los regionales y subregionales”.

deberes en casa para poder plantear una discusión en el sistema interamericano acerca de este tema. Además, el hecho de que el sistema ya tiene antecedentes de estándares que permiten, si bien no anticipar con certeza, sí prever cómo podría ser la respuesta que dé la corte sin tener que arrojarse a una pileta sin agua.

La cuestión de las políticas migratorias en los países de la región muestra que no estamos en un área espinosa o problemática para las políticas de infancia o migraciones, al menos, en los países del Mercosur y Estados asociados. Esto da un campo para poder promover una agenda de discusión en el sistema. ¿Cuál sería el objeto de la iniciativa? Lo que estamos planteando es, fundamentalmente, requerirle a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la definición de estándares precisos en relación con uno de los temas más graves de vulneración de derechos civiles de un grupo social altamente vulnerable en sí mismo, y es el tema de los supuestos de privación de la libertad de niños migrantes. Esto, como señalaba, favorece los esfuerzos de los Estados de la región por adecuar sus legislaciones y sus políticas y, al mismo tiempo, contribuye a fijar un piso común de estándares para los diálogos que los gobiernos de la región tengan a nivel regional y con otros bloques regionales. Sostendría que hay –y esto lo voy a decir muy rápidamente y me parece bueno ponerlo sobre la mesa– otros objetivos políticos de la iniciativa que van más allá de la problemática de la niñez migrante, que tienen que ver con el fortalecimiento del Mercosur como bloque. Por un lado, ésta sería la primera opinión consultiva realizada ante la corte por un bloque subregional. Hasta ahora, son opiniones consultivas presentadas o por la comisión o por un Estado. Eso, sin dudas, como el planteo del bloque Mercosur en las Naciones Unidas tuvo un impacto de presentación pública del bloque, tendría también un impacto

público, simbólico y político muy notable. Contribuiría a consolidar el Mercosur como un proceso de integración social y política, no sólo en lo económico y comercial. También contribuiría a afirmar los derechos humanos como un tema de identidad común del bloque. Esto se puede rastrear en varias decisiones. En suma, los derechos humanos como un eje de identidad del bloque subregional. También procuraría presentar al Mercosur como un ámbito de coordinación de políticas y de posiciones comunes en el eje de derechos humanos, migraciones y política exterior. Por último, buscaría consolidar la integración entre el Mercosur y el sistema interamericano de la OEA. Esto no es menor, ya que, muchas veces, la conformación de estos bloques subregionales puede generar una discusión sobre la utilidad o el valor de los sistemas continentales, por ejemplo, la OEA. La realización de una acción del Mercosur al interior del sistema interamericano implicaría también el mensaje de un diálogo, de una articulación y del uso de una fuente de estándares, por parte del sistema interamericano, que funcionarían como un piso común para el proceso de integración regional, tal como lo hacen los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que funcionan como un piso común para el proceso de integración de la Unión Europea en materia de derechos humanos.

En este sentido, ¿cuáles serían los problemas centrales que intenta abordar la iniciativa? Básicamente, y en el documento hay una enumeración que se desarrolla de manera más clara, la privación de la libertad como sanción por el ingreso o la residencia ilegal o los permisos de residencia vencidos. El tema de la criminalización del estatus migratorio irregular. Se ha avanzado mucho en términos de acuerdos de políticas, pero todavía muchos países de la región continúan teniendo en su legislación sanciones penales vinculadas con el estatus migratorio irregular

sin diferenciar la situación de niños migrantes de la situación de los adultos o, muchas veces, la aplicación de estas sanciones a los adultos migrantes afecta indirectamente a los niños migrantes. Por ejemplo, cuando son detenidos con sus familias como consecuencia del estatus migratorio irregular de su padre; éste es un punto importante para la discusión. Hay estándares muy claros, sobre todo a nivel del sistema universal, sobre la imposibilidad de aplicar sanciones penales por la situación migratoria irregular, que plantean la incompatibilidad de este tipo de normas, ya sea en la Convención sobre los Derechos del Niño o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo. Ésta me parece que sería una base muy importante para la discusión a nivel regional.

La otra cuestión es que siguen existiendo formas de privación de la libertad de migrantes y de niños migrantes ya no como sanción por la situación de irregularidad migratoria, sino como medidas cautelares en el marco de procesos migratorios. Es decir, medidas cautelares, por ejemplo, para la definición de la irregularidad o del estatus migratorio o de ingreso al país. O, incluso, como medidas cautelares para asegurar que se implementen órdenes de expulsión. Si bien aquí los estándares no son de prohibición absoluta, sí establecen como regla la aplicación de la privación de la libertad como *ultima ratio*, como una decisión de absoluta excepcionalidad y cuando no existieran otras formas menos lesivas de asegurar el cumplimiento de las medidas. Paradójicamente, todavía, las medidas cautelares se siguen aplicando en muchos países de la región, incluso por deficiencias normativas. Se sigue aplicando la privación de la libertad como primera respuesta, y a veces como una respuesta automática, sin explorar otras vías cautelares menos graves y lesivas de derechos. Además, se aplican sin los mecanismos de control eficaces y sin los mecanismos de debido proceso adecuados. Esto sigue siendo un tema relevante, incluso como fuente de casos de privación de la libertad de niños migrantes con sus familias o de niños migrantes que viajan solos o separados de sus familias.

Otro tema relevante como antecedente es la ausencia de medidas alternativas a la detención, en la legislación y en las políticas migratorias de muchos países. Hay excepciones. Existen algunas legislaciones, sobre todo las más recientes, que avanzan en excepciones a la privación de la libertad. Como ejemplo, podría señalar la ley venezolana

“La realización de una acción del Mercosur al interior del sistema interamericano implicaría también el mensaje de un diálogo, de una articulación y del uso de una fuente de estándares por parte del sistema interamericano, que funcionarán como un piso común para el proceso de integración regional”.

sobre migraciones, que tiene un listado de medidas cautelares migratorias alternativas a la detención y es, quizá, la más completa. Pero, todavía, las opciones de políticas públicas en términos de medidas alternativas a la detención siguen siendo escasas. En lugar de reconocer la regla de que la privación de la libertad es *ultima ratio*, absolutamente excepcional y, en algunos supuestos, prohibida, las medidas alternativas siguen siendo excepcionales, por decirlo de alguna manera, y no la primera opción. Entonces, allí hay un campo interesante para generar nuevos principios, nuevas medidas alternativas a la detención, como medidas cautelares en el marco de procedimientos migratorios.

Otra cuestión importante es el tema de las garantías del debido proceso. Nosotros estamos planteando un debate en el proyecto de opinión consultiva ante la corte sobre garantías del debido proceso vinculadas con la privación de la libertad. Aunque el problema es mucho más amplio que la privación de la libertad, lo estamos planteando en relación con la privación de la libertad de niños. Hay algunas que son generales, es decir, garantías del debido proceso generales que tienen que ver con la definición de las causas de privación de la libertad en la ley: principio de legalidad, garantías de razonabilidad, acceso a control judicial de las detenciones. Y hay otras que son específicas, que tienen que ver con la niñez migrante; muchas de éstas son definidas por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 6: la designación de tutor, la definición de representante legal, la existencia de protocolos específicos para chicos que viajan solos, separados o no acompañados, en la clasificación que hace el comité. Entonces, hay garantías del debido proceso generales vinculadas con la privación de la libertad y específicas vinculadas con la niñez migrante. Éste es otro tema fundamental para generar estándares más claros en el sistema.

También, hay una cuestión interesante relacionada con los lugares de alojamiento de niños migrantes. Aun en los casos excepcionales en los que se aplican medidas de privación como medidas cautelares, hay situaciones que oscilan entre las más graves hasta las más sutiles: desde la detención de niños en cárceles para adultos, incluso mezclados con adultos, hasta la detención de niños en establecimientos policiales y comisarías; y los temas más sutiles en la región, como la creación de nuevas figuras que no se denominan lugares de encierro o detención, sino estaciones, lugares de albergue, de cobijo, de amparo. Pero lo que hay que definir es cuáles son las características de esos lugares, ¿qué define si hay privación de la libertad o no? Hay estándares jurídicos. ¿Y qué define la naturaleza de estas instituciones? Hay que pensar cuáles serían las reglas sobre los sistemas disciplinarios o los sistemas de control, sobre el mayor grado de apertura, la vinculación con la comunidad, la información, la formación de las personas que trabajan en esos lugares y hacen custodia. O sea, muchas veces, más allá de los términos que se establecen en la ley y en las políticas, es importante generar estándares más claros sobre cuáles son las condiciones de albergue o de alojamiento en que se podría tener, aun de manera cautelar, a niños migrantes con sus familias o sin sus familias en los procesos migratorios y qué vías institucionales deberían preverse para evitar restricciones de cualquier tipo a la libertad personal.

Hay también una cuestión para plantear como un problema que me parece importante volcar en esta opinión consultiva y es en qué medida la situación particular de los niños, el interés superior del niño y la aplicación de los derechos diferenciados de los niños inciden en el tratamiento diferenciado de sus padres en situación migratoria irregular. Muchas veces, los niños terminan en centros de detención por sanciones o por medidas

cautelares aplicadas a sus padres migrantes. Entonces, por un lado, aquí incide la facultad del Estado de hacer control migratorio, de implementar su política migratoria, el interés de no romper la unidad familiar y, al mismo tiempo, también lo hace el interés superior del niño. Entonces, ¿cómo se relaciona esto con la definición de la situación de los padres y con la posibilidad del Estado de privar de la libertad a migrantes con sus familias? Éste es un tema también importante para el debate jurídico, pero con la perspectiva de generar no sólo estándares jurídicos, sino también de generar marcos para la discusión acerca de políticas migratorias y de políticas de infancia.

Éstos son algunos de los ejes de las cuatro preguntas sugeridas que se podrían proponer a la corte. Ustedes saben que en las opiniones consultivas –y esto lo decía muy bien Juana Ibáñez Rivas– se hacen preguntas a la corte para que ésta las responda de acuerdo con su interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados –como fuentes de la convención americana o directamente porque están vigentes en la región– y que quien le propone las preguntas puede sugerir también líneas de interpretación, su propia interpretación o su propia doctrina. Lo puede hacer o no. Puede, en lugar de sugerir esa interpretación, fijarle un marco conceptual que considera que la corte debería evaluar al momento de hacer su interpretación. Esto es algo que queda abierto a la discusión. Por lo general, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos o un Estado plantea a la corte una opinión consultiva, avanza también con sugerencias sobre la interpretación que entiende más adecuada de la convención e indica el tipo de respuesta que espera que la corte adopte, aunque, a veces, lo que hace es dar pistas de por dónde la corte podría encarar esa respuesta, sin definir por completo la posición.

Serían, entonces, cuatro puntos, básicamente, los que se preguntarían. En primer lugar, las implicancias en los derechos de la niñez del principio de no detención de migrantes como sanción por su condición migratoria, y el principio de *ultima ratio* de la detención como medida cautelar en el marco de los procedimientos migratorios. Se preguntaría sobre estos dos aspectos: no detención como sanción, no criminalización de la situación irregular migratoria, y *ultima ratio* cuando la detención es cautelar. Eso es para todos los migrantes, pero, ¿cómo impactaría este principio sobre la situación particular de

“¿Qué define si hay privación de la libertad o no? Hay estándares jurídicos. ¿Y qué define la naturaleza de estas instituciones? Hay que pensar cuáles serían las reglas sobre los sistemas disciplinarios o de control, la vinculación con la comunidad, la información, la formación de las personas que trabajan en esos lugares”.

los niños migrantes, no sólo los niños migrantes que viajan solos sino también los niños migrantes afectados por la detención de sus padres?

La segunda pregunta es sobre las medidas alternativas que deberían constituir la respuesta estatal prioritaria y la definición de las causas absolutamente excepcionales que justificarían la detención de niños y niñas migrantes no acompañados o con sus familias como medida cautelar. Acá, hay algunos estándares sobre medidas alternativas que nos podrían guiar, como la Observación General N° 6 del comité. Por ejemplo, alguna legislación interna de los Estados. Pero falta un campo de definición.

Por otro lado, la absoluta excepcionalidad de la detención de niños como medida cautelar es también un tema problemático. Hay algunos órganos de las Naciones Unidas que plantean la absoluta prohibición de detención de niños separados o no acompañados, por ejemplo, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, y el propio relator de las Naciones Unidas sobre Trabajadores Migrantes. Y la Observación General N° 6 del Comité de los Derechos del Niño podría ser leída también así, aunque establece la “no detención” como regla general y admite algunos casos de absoluta excepcionalidad. Ahí habría que definir mejor cuál

sería el estándar a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en su caso, cómo jugaría la regla de absoluta excepcionalidad.

La tercera pregunta sería sobre las garantías del debido proceso. Y la cuarta, sobre las características y requisitos que deberían cumplir los espacios de alojamiento de niños y niñas migrantes, y las condiciones y derechos que deben asegurarse en estas circunstancias. Es decir, no sólo la cuestión que tiene que ver con la privación de la libertad en sí misma, sino también con otros derechos que deberían serles reconocidos a los niños en situación migratoria cuando son objeto de algunas de estas medidas cautelares: derecho a la educación, a la salud, al esparcimiento, incluso, algunos derechos muy específicos, como, por ejemplo, la solicitud de asilo y las garantías de procedimiento vinculadas con la solicitud de asilo, lo que es muy común, porque muchas veces en muchos países de la región a lo que asistimos es a flujos mixtos de migraciones económicas, pero también hay un componente de persecución que podría considerar la posibilidad de aplicación sobre el derecho de refugio y asilo.

Quedo a vuestra disposición, por supuesto, para discutir aspectos específicos de lo que en líneas generales he planteado.

Síntesis del intercambio con los participantes

- Se destaca la creación del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur como una instancia facilitadora para coordinar agendas, no superponer espacios y agilizar los vínculos en el bloque Mercosur.

- Los Estados se congratulan de que el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur tome como uno de los temas prioritarios en la agenda de la Iniciativa Niñ@Sur el acceso a derechos de niños y niñas migrantes, para la propuesta de una solicitud de opinión consultiva. Los Estados esperan un rol relevante de participación en el que efectivamente se presenten como un bloque frente a la Organización de Estados Americanos y otras organizaciones. En este sentido, se impulsa a seguir articulando y mostrando como bloque al Mercosur, el impacto de las políticas de derechos humanos dirigidas a los niños, como así también el hecho de que los temas de infancia son temas de derechos humanos.

- Los países del Mercosur y los Estados asociados reconocen un avance importante en los temas migratorios con enfoque en derechos humanos. Hay un señalamiento sobre el hecho de que si bien el Comité de los Derechos del Niño ha elaborado la Observación General N° 6 Trato de los Menores No Acompañados y Separados de su Familia Fuera de su País de Origen, ésta ha resultado insuficiente y actualmente se ve como una necesidad

incluir otros puntos específicos dentro del tema de niños y niñas migrantes.

- Se despliegan diferentes aristas referentes al tema de niñas y niños migrantes, como por ejemplo la situación de aquellos que se quedan en los países de origen cuando sus padres migran, ya que a veces se detectan situaciones de abandono que generan mayor vulnerabilidad, tanto social, económica, educativa y pedagógica como psicológica. Se señala, asimismo, la importancia de analizar la responsabilidad de los Estados no solamente en la búsqueda de la restitución y de la reunificación familiar –que evidentemente es importante– sino también en la situación en la que quedan estos niños en el país de origen. También se menciona la cooperación internacional e interestatal entre país de origen y país de destino para lograr la reunificación familiar.

- Los Estados manifiestan que en la región se ha logrado un avance muy importante en los temas migratorios con enfoque en derechos humanos y que el desafío/objetivo es lograr una migración segura.

- Se menciona como un tema grave las restricciones en puestos de frontera en áreas de control migratorio directo donde suele haber un grado de discrecionalidad administrativa muy amplia, falta de protocolos de actuación y debilidad de las regulaciones legales.

Estrategias para el diálogo entre la Iniciativa Niñ@Sur y el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes

Esta ponencia expone los mecanismos de trabajo del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN) e identifica los procedimientos y canales más adecuados para fortalecer el intercambio y la articulación entre los distintos organismos de protección de derechos humanos de la región.

Víctor Giorgi
Coordinador
del Área de Protección
y Promoción del Instituto
Interamericano del Niño,
la Niña y Adolescentes de
la OEA

Para comenzar, en nombre del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN) de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y, especialmente, de su directora general, María de los Dolores Aguilar Marmolejo, quiero agradecer la invitación para participar de este diálogo.

Para nosotros, como instituto, la finalidad que tiene esta participación en este momento es, por un lado, fortalecer y profundizar el diálogo, precisamente para lograr un mejor nivel de intercambio, una mejor relación y, por lo tanto, para identificar temas comunes, compartir y conocer mecanismos para articular nuestras acciones. Por otro lado, esta intervención también ofrece la posibilidad de identificar hasta dónde podemos dar esos pasos aquí o en instancias posteriores, sobre la base de una agenda compartida.

Por esto, creo pertinente presentar algunos aspectos del instituto que, si bien no son nuevos, a veces no los tenemos tan presentes y pueden ayudar a un intercambio más fluido, en especial, a identificar los procedimientos o canales más adecuados para esos intercambios.

La OEA es el organismo regional más antiguo; se reconoce su historia a partir de 1890 y, actualmente, tiene muchas áreas de trabajo que tratan aspectos vinculados con la problemática de los derechos del niño.

En la Secretaría de Asuntos Jurídicos, un equipo trabaja la temática de derechos de la niñez, la adolescencia y la juventud. El programa de Derechos y Dignidad de las Personas con Discapacidad incluye el trabajo con niños que tienen esta condición. La Secretaría de Asuntos Políticos trabaja sobre asuntos migratorios que tocan muchos temas en relación con los derechos de la infancia. El Programa de Universalización de la Identidad Civil de las Américas (PUICA), que uno tiende a vincular con el derecho a la identidad, sin embargo, aparece más vinculado con el fortalecimiento de las democracias, y de ahí la prioridad

que ha tenido hasta ahora en poblaciones adultas, fundamentalmente, para perfeccionar los registros y los padrones electorales. En la actualidad, el PUICA está orientado al derecho a la identidad de los niños. Para eso, coordina sus actividades con el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. Otros ámbitos de la OEA son la Secretaría de Seguridad Multidimensional, que incluye temas como pandillas juveniles, tráfico y consumo de drogas, trata y tráfico de personas; la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral, que aborda temas de desarrollo infantil temprano; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que tiene un aspecto muy específico, que es la Relatoría sobre Derechos de la Niñez; la Comisión Interamericana de Mujeres; la Organización Panamericana de la Salud, que dentro de su área tiene desarrollos importantes acerca de la niñez y la adolescencia. Es decir, la OEA cuenta con un conjunto de organismos que tratan problemas vinculados con la infancia pero que se diferencian del IIN en tres aspectos.

En primer lugar, no son órganos especializados en la infancia y la adolescencia, sino que las incluyen dentro de una mirada más amplia junto a otros grupos etarios. En segundo lugar, estos organismos no necesariamente tienen un enfoque de derechos. Esto no quiere decir que sean contrarios ni mucho menos al enfoque de derechos, pero no lo tienen como su objetivo ni como su marco de referencia principal. Un caso claro es el PUICA, que ya mencioné. En la Secretaría de Seguridad Multidimensional, por ejemplo, el tema de la seguridad aparece en primer plano y la articulación con los derechos es una problemática a tener en cuenta, pero no es su prioridad. En tercer lugar, estos organismos tienen distintos sectores o distintas instituciones como contrapartes dentro de los respectivos Estados nacionales. En el caso del IIN, las contrapartes son los organismos rectores de las políticas de niñez. En los otros casos, son otros organismos: las autoridades migratorias, los ministerios de Salud, las autoridades de Seguridad, etcétera. Cada uno tiene su especificidad, con lo cual, el tema de la infancia se desdibuja, de alguna manera, en la institucionalidad actual que manejamos. No debería ser necesariamente así, pero, en organismos que no están especializados en niñez, es difícil que aparezca un enfoque fuerte desde la perspectiva de derechos en relación con la infancia.

El Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes es el organismo especializado de la OEA en lo con-

“Como instituto, la finalidad que tiene esta participación es, por un lado, fortalecer y profundizar el diálogo para lograr un mejor nivel de intercambio, una mejor relación y, por lo tanto, identificar temas comunes, compartir y conocer mecanismos para articular nuestras acciones”.

cerniente a la infancia y la adolescencia. Tiene una larga historia. Se creó en 1924, en Santiago de Chile. El acta fundacional se firmó en Montevideo, en 1927. A su vez, se crearon un consejo consultivo, un consejo directivo y un consejo internacional, como se llamaba originalmente, que estaba integrado por todos los Estados que habían firmado el acta, que en ese momento eran diez. Hacia 1950, se lo llamó consejo directivo, como se denomina hoy, y ya para ese entonces estaba integrado por veinte Estados. En 1949, se integró a la OEA, es decir, es un organismo que preexiste a su pertenencia a la OEA. En 1957, se lo llamó Instituto Interamericano del Niño. Tiene 86 años de historia, y esa historia ha sido reflejo o ha estado atravesada por los vaivenes de la historia social y política del continente. Todos los que estamos aquí presentes conocemos esa historia, la habremos vivido en tramos distintos pero todos sabemos que no ha sido una historia pacífica, tranquila ni estable en cuanto a las institucionalidades, a las situaciones socioeconómicas ni en cuanto a los valores de los derechos humanos. En esta historia, el instituto ha partido de una concepción en la década de 1920 muy impregnada por lo que en ese momento se llamó la pediatría social, es decir, un enfoque básicamente médico, pero con una fuerte tendencia de integralidad, dentro de lo que se podía concebir en la época. Allí, se encontraban eminentes figuras argentinas, chilenas y uruguayas involucradas en esto, como el profesor Luis Morquio y, más recientemente, el doctor Florencio Escardó. Personalidades muy fuertes que han trabajado todos esos temas desde la pediatría. Desde mediados de la década de 1990 hasta la actualidad, las formas de ver los temas de la niñez y la adolescencia comenzaron a virar desde las concepciones marcadas por el paradigma asistencialista hacia los planteos de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

Desde los últimos dos períodos de gestión del instituto, sus planes de acción han

estado claramente marcados por los lineamientos de la convención. Esto ha sido motivo de una fuerte polémica en los órganos del IIN, en especial, en su consejo directivo. Recordemos que en el sistema de la OEA tenemos uno de los pocos países del mundo que no ha ratificado la convención, se trata de un país que, históricamente, ejerció cierto liderazgo dentro de la organización. En los últimos dos años, se han dado algunos signos de distensión. Si bien al no haber ratificado la convención, los Estados Unidos no se consideran mandatados por ella, sí han acompañado resoluciones que la toman como un documento de referencia para las políticas de infancia. Esto ha permitido avanzar en ciertos documentos y pronunciamientos en términos mucho más claros de lo que hasta ese momento se podía lograr como consenso.

Uno de los organismos que dirigen el instituto es su consejo directivo, que está conformado por los delegados titulares de todos los Estados americanos, es decir, que los Estados que integran el Mercosur están representados allí. Por temas de institucionalidad en cada uno de los Estados, los representantes no son siempre los mismos, en el caso del IIN son los órganos rectores de infancia.

La Iniciativa Niñ@Sur surge de la Reunión de Altas Autoridades competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados Asociados, es decir, que está conformada por autoridades de derechos humanos de los países miembros, fundamentalmente. Esto lleva a que no siempre sean los mismos organismos nacionales ni las mismas personas quienes representan a los respectivos países, pero sí representan a los mismos Estados. El órgano máximo del IIN es el Congreso Panamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, que se convoca cada cuatro años y en el que también participan con voz y voto los delegados de los Estados. Y son el congreso y el consejo directivo los que

aprueban los lineamientos, los planes de trabajo y eligen las autoridades.

Mi hipótesis de trabajo para pensar este diálogo con el sistema interamericano es que tanto la Iniciativa Niñ@Sur como el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, a pesar de las distintas historias, a pesar de las particularidades en sus estructuras, las mediaciones pueden ser un poco más lentas en el caso de los criterios de la OEA. Y tal vez un poco más expeditivas en una iniciativa de estas características. Ambos responden, en este momento de su existencia, a una situación política y social que se da en América, que tiene, en mi opinión, aun a riesgo de ser esquemático, tres grandes características.

Una característica tiene que ver con los impactos de la CDN. En algunos casos, resultan medio tardíos, como su incorporación gradual tanto a lo jurídico como a las políticas de infancia; otros son más recientes, como algunos aspectos que han comenzado a impregnar las culturas y las formas de vida. Tal vez sea éste el punto más importante para construir una cultura de derechos. Como consecuencia de la convención, se introducen tres elementos –que no voy a desarrollar porque todos los conocemos–, que me parece importante señalar, porque enmarcan este diálogo. Por un lado, un paradigma que orienta la legislación y las políticas de niñez. Por otro, nos encontramos ante un tratado vinculante, o sea que los Estados asumen una responsabilidad, que se desdibujó en parte en la década de 1990 con el repliegue de los Estados en relación con las políticas sociales, pero que contiene un mandato muy claro en el sentido de que son los Estados los responsables de garantizar los derechos allí consagrados. Y por otro lado, una característica de la convención –que el Mercosur siempre tomó y la Iniciativa Niñ@Sur también– es que los derechos están por encima de las fronteras nacionales. Esto está muy claro en algunos aspectos de la convención, por ejemplo, en los organismos de monitoreo, es decir que cada Estado rinde cuentas a la comunidad internacional. También, en el tema de la cooperación: si el Estado no puede garantizar los derechos, debe acudir a la cooperación internacional, debe aceptar la cooperación, lo que implica que otros la tienen que dar. Este aspecto que trasciende las nacionalidades está, de alguna manera, marcado desde la convención, más allá de las tradiciones de integración regional. Por otro lado, el Mercosur se sigue llamando

“Una característica de la CDN es que los derechos están por encima de las fronteras nacionales [...], es decir que cada Estado rinde cuentas a la comunidad internacional. También, en la cooperación, si el Estado no puede garantizar los derechos, debe acudir a la cooperación internacional”.

Mercosur, nació como un mercado, pero hoy es mucho más que eso.

La Carta Democrática Interamericana de la OEA, que se aprobó en 2001, muestra un claro pronunciamiento hacia un sistema de vida democrático, con una democracia no concebida sólo formalmente sino como forma de vida, con valores determinados y con la posibilidad de ser garantizada, en tanto posee una protección jurídica dada por el derecho internacional, que incluso se ha aplicado en un caso reciente y encuentra su paralelo en las actuaciones de la Unasur ante hechos que amenazaron la continuidad democrática de los Estados.

Los cambios políticos ocurridos en la región como parte de esta consolidación y profundización de la democracia inciden en la composición y la dinámica de estos organismos. En el caso del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, se traducen en aspectos muy concretos: el cambio de posicionamiento de los Estados como garantes de derechos y desarrollo de políticas sociales; el incremento de la inversión en la infancia; la profesionalización de los cargos de mayor responsabilidad en las instituciones rectoras de infancia. Se eleva notoriamente el nivel técnico de los representantes de los países en los organismos de decisión y debate, mostrando una integración mayor entre lo técnico y lo político; se fortalece la integración a nivel regional y subregional, y se visualiza con claridad creciente la existencia de problemas comunes, como la situación de pobreza de la infancia, la fragilidad del mundo adulto con todas las consecuencias de desprotección de los niños, el retraso y las dificultades de armonización legislativa dentro de los parámetros de la convención y las debilidades institucionales para ejecutar y sostener las nuevas políticas.

En 2005, en ese escenario, se creó la Iniciativa Niñ@Sur y, en 2007, se aprobó el plan de acción del instituto. El plan de ac-

ción refleja estas nuevas orientaciones y tiene muchísimos puntos de coincidencia con la plataforma Niñ@Sur. Para señalar sucintamente los más relevantes, se plantea como meta fortalecer las capacidades de los Estados para garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes desde la perspectiva de la convención. En estos últimos años, tal vez lo más novedoso dentro del instituto sea que éste ha desarrollado una línea de participación y ha generado incluso un foro de niños y adolescentes que se hizo conjuntamente con el XX Congreso Panamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, realizado en Lima, en 2009. El foro se institucionalizará próximamente, como parte del máximo órgano de resolución del instituto. Por tanto, el máximo órgano tendrá un espacio para el debate y la toma de posición de niños y adolescentes representantes de los distintos países. Para esto, se transitó un proceso que incluyó la capacitación de recursos humanos, se consensuó entre los países un marco de referencia teórico, conceptual y metodológico que sienta bases para salir de algunas ambigüedades (este documento se publicó hace poco tiempo). Este trabajo permitió manejar con mayor precisión la palabra, superar la ambigüedad o la amplitud excesiva con que era utilizada. Actualmente, se está trabajando respecto de indicadores de la participación para realizar un monitoreo del cumplimiento de este derecho. En esta elaboración, se trabajó con una metodología que rompe la tradición de los consultores que trabajaban externamente y llevaban el documento ya elaborado en forma descontextualizada. Nos encontramos en diálogo con los Estados, o sea, hay un grupo de doce Estados que fueron elegidos en la Reunión de Ottawa, en 2008, y que se reúne periódicamente para discutir y avanzar en estos temas.

Otro tema que se está trabajando con esmero es el asesoramiento a los Estados en la adecuación y la armonización legislativa,

expresamente, en el tema de las leyes de prohibición del castigo físico –ya hay tres países en América que las tienen– y se está tratando de incidir para que esta normativa se generalice.

El tema de las migraciones se está empezando a trabajar en la frontera norte de Guatemala y en el sur de México. Esta zona es muy compleja en tanto espacio de tránsito, llegada y retorno de niños migrantes, muchos de ellos no acompañados. Otra línea de trabajo jerarquizada por el instituto es la explotación sexual comercial, por medio del Observatorio Interamericano sobre Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes ANNAObserva. A su vez, se están desarrollando acciones en el área de comunicación y observación para procurar cambios culturales en relación con la imagen de la niñez y el respeto por sus derechos; también, con los propios adolescentes, sobre algunos contenidos, para ayudarlos a difundir su postura respecto de temas de violencia, problemas de educación y de ambiente, que son los tres temas que ellos han elegido como prioritarios.

La cuestión es profundizar el diálogo sobre estos temas que preocupan a todos los Estados.

En primer lugar, tenemos que tener presente que todos los Estados del grupo Niñ@Sur están representados en el consejo directivo del IIN. Si bien, como efecto de la institucionalidad, a veces no son las mismas personas las que participan, sí son los mismos Estados. Esto otorga al Mercosur como bloque regional una capacidad de incidencia muy promisoría. En segundo lugar, una de las acciones permanentes del instituto es la de brindar asistencia técnica bajo diferentes modalidades ante las solicitudes de los Estados partes. Estas solicitudes deben gestionarse por medio de los representantes nacionales.

El IIN ha estado presente en muchas de las reuniones de Niñ@Sur, de diferentes formas. En alguna oportunidad, ha brindado conferencias; en otras oportunidades, ha sido observador. En este sentido, es importante jerarquizar la presencia en estos espacios, poniendo en juego las posibilidades que el IIN tiene de realizar sus aportes desde una perspectiva regional más amplia que pueda enriquecer muchos de los temas tratados desde la Iniciativa Niñ@Sur.

Para cerrar esta parte expositiva, yo insistiría en que el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes pertenece a todos los Estados americanos, a los 34 Estados, si bien, actualmente, son 33 los Estados activos,

“El instituto ha desarrollado una línea de participación y ha generado un foro de niños y adolescentes que se hizo conjuntamente con el XX Congreso Panamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, en 2009. El foro se institucionalizará como parte del máximo órgano de resolución del instituto”.

debido a la suspensión de Honduras. El instituto es financiado mediante una cuota que los Estados pagan; sabemos que esta cuota implica un esfuerzo. En ese sentido, que el IIN cumpla una función que sirva a las políticas de protección de la región, incluyendo las singularidades de esta subregión, depende también de la presencia de los Estados en los organismos de decisión, de su capacidad de propuesta y de negociación. Eso está en manos de los distintos Estados y de

sus representantes. Sin dejar de reconocer las dificultades que a veces pueden existir en las organizaciones de este tipo, lo menos conducente es ubicarse en una postura de ajenidad. El IIN está abierto a las propuestas que puedan surgir desde la Iniciativa Niñ@Sur, articular agendas y avanzar juntos en la construcción de una sociedad en la que los derechos de los niños y las niñas sean una verdadera forma de vida.

Síntesis del intercambio con los participantes

- Los Estados entienden que el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN) puede funcionar como un buen nexo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

- Los Estados manifiestan la necesidad de profundizar el diálogo y tener mayor acercamiento al IIN.

- Todos los Estados presentes se comprometen a trabajar coordinadamente para que el IIN sea una instancia válida en materia de infancia y adolescencia para los países de la región.

- Se menciona que en el pasado el IIN solía contratar expertos que tenían una mirada muy técnica que no contemplaba la realidad de los procesos de transformación que se estaban dando en la región. Con lo cual no se

lograba tener un intercambio genuino con los representantes de los Estados para fortalecer y apuntalar la toma de decisiones en base a la demanda concreta de cada país.

- Se destaca que los Estados que forman parte del IIN también integran la Iniciativa Niñ@Sur, que el instituto es financiado por los Estados y que éste es una herramienta para ser aprovechada para lograr que esté al servicio de las necesidades que se planteen en las agendas de los Estados y de los países de la región.

- Se plantea la posibilidad de construir una relación más fluida y de mayor diálogo entre la Iniciativa Niñ@Sur y el IIN, teniendo presente que el instituto cuenta con recursos para trabajar en las problemáticas señaladas como necesarias, desde el punto de vista técnico y en el desarrollo de políticas públicas.

+

+

+

+

www.mercosur.int/niniosur
niniosur@derhuman.jus.gov.ar