

PRINCIPIO DE LA IGUALDAD Y LOS DERECHOS DE LA INFANCIA

*Marcela Gutiérrez Quevedo**

INTRODUCCIÓN

En la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, en su artículo primero dice: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Hace referencia a una igualdad material, mas no formal, entendida como la satisfacción de las necesidades fundamentales de la persona; le impone al Estado la obligación de procurar que aquellas personas que se encuentren en situaciones reales de desigualdad, a partir de sus condiciones económicas, sociales, culturales, etc., sean prioritariamente favorecidas con los beneficios que el Estado pueda dar a otros en mejores condiciones.

Los hombres son, simultáneamente, iguales y desiguales. Comparten la misma constitución óptica, pero hay entre ellos calidades diferenciadoras que se originan en su individuación. La igualdad común a todos los integrantes del linaje humano no puede, en consecuencia, equipararse a la homogeneidad, a la identidad o a la paridad. Pero, aunque iguales por esencia, los hombres son desiguales en cuanto hace a los atributos propios de su singularidad. “Cada individuo [...] es indiviso en sí mismo y distinto de los demás, en virtud de un variado y riquísimo conjunto de caracteres físicos y espirituales,

* Directora del Centro de Investigación en Política Criminal, Universidad Externado de Colombia.

accidentales y concretos, que sin alterar su estructura esencial en tanto ser humano, se sobreponen y se agregan a ella para constituir, en cada caso, ese milagro que es la individualidad propia, intransferible y única de cada hombre”¹. Los hombres difieren unos de otros no sólo en cuanto al sexo, la edad, y los rasgos de orden físico y psíquico, sino en sus deseos, orientaciones, preferencias existenciales, programas de vida, conductas y méritos.

En todo aquello en que los hombres son iguales deben ser tratados igualmente. Por el contrario, en todo aquello en que no son iguales debe tratarse a cada uno de ellos de un modo distinto. La justicia exige que en ciertas ocasiones un hombre no reciba *lo mismo*, sino *lo suyo*: lo que le corresponde conforme a su diversidad².

La igualdad plena no consiste, por lo tanto, en que a *todos* se les otorguen los mismos beneficios y se les impongan los mismos gravámenes, sino en que *cada uno* reciba los provechos y las cargas correspondientes a su diferencia significativa.

Colombia como país ratificador de la Convención Internacional de la Niñez y como Estado social y democrático de derecho tiene el compromiso ineludible, consagrado en el artículo 2.^o de la Constitución Nacional, de asegurar la igualdad, la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Los instrumentos internacionales reseñados tienen como objetivo la protección integral de la niñez, esto es, el conjunto de medidas que desde el Estado, la sociedad y la familia tienen que desarrollarse para garantizar la efectividad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en esas normas consagradas. Esto se dará básicamente en un Estado que además de garantizar la protección del niño en sus diversas instituciones, invierta en políticas públicas para la infancia; en una sociedad solidaria tolerante (el otro, del niño); y en una familia que brinde amor y afecto a sus hijos.

La Constitución de 1991 impone la cultura del igualitarismo, respeto por el otro, la posibilidad de ser escuchado y de que el pensamiento de cada uno tenga importancia en la aplicación cotidiana de la democracia³. Es así que las autoridades de la República están instituidas para “proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. Un Estado social y democrático de derecho es un Estado respetuoso de las libertades fundamentales de todo ser humano y con mayor razón de la juventud colombiana.

En este orden de ideas y de normatividad, la infancia colombiana es parte constructiva de la democracia, es un sujeto de derecho, y como ciudadanos del mundo deben

-
1. JORGE IVÁN HUBNER GALLO. *Panorama de los derechos humanos*, Buenos Aires, Universitaria de Buenos Aires, 1972, p. 80.
 2. DAVID FR. LYONS. *Ética y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1986, p. 132.
 3. JULIANA BOTERO. Investigadora y psicóloga del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia.

participar, inclusive en situación de privilegios, con todos los miembros de la colectividad, en la creación y materialización del concepto de justicia y a exigir todas las garantías a que tiene derecho.

Los niños(as) como personas y ciudadanos tienen sus derechos. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. La Constitución reservó un trato especial a los niños y es así como en su artículo 44 se consagraron los derechos fundamentales de aquéllos, entre los cuales se encuentran “la vida, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, el nombre y nacionalidad, la educación y la cultura”.

En ese el mandato contenido en el artículo 13 parte final de la Constitución Política: “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos maltratos que contra ellas se cometan”⁴.

El derecho a la igualdad se traduce como derecho a recibir lo mismo que se da a todos, y a su vez en que cada uno reciba lo que necesita en consideración a su relevante desigualdad. En el caso de la infancia es aún mas manifiesto, en tanto el infante se halla en una condición de vulnerabilidad como ser humano en formación, siendo pues sujeto de derechos, de derechos prevalentes.

Por esta razón, veremos que la infancia colombiana además de ser niñez protegida, debe ser fortalecida en las diferentes situaciones de vulnerabilidad en que se encuentra.

A. VÍCTIMAS DE LA GUERRA Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

La Corte Constitucional reitera que “el derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados”⁵.

Sin embargo, el informe no gubernamental ante el Comité de los Derechos del Niño dice: “El setenta y cinco por ciento de los trescientos mil desplazados por motivos de violencia política en Colombia está representado por mujeres y niños. A todos ellos la violencia les ha cambiado la vida y les ha dejado una lesión en su equilibrio psíquico”.

4. ESQUIJO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA. *Dogmática penal fundada en los principios constitucionales con orientación a las consecuencias*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, pp. 131 a 133.

5. Corte Constitucional. Sentencia SU-256-99 del 21 de abril de 1999.

B. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA EDUCACIÓN

La Constitución Política en su artículo 94 declara sin rodeos que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe extenderse como negación a otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. De modo que, aun si la Carta Política no enunciara como fundamental el derecho a la educación, ni tampoco lo hicieran los tratados internacionales sobre derechos humanos –que sí lo hacen, sin género de dudas–, habría de reconocerse en la esencia humana de la persona su tendencia a educarse y la necesidad inaplazable de hacerlo, como un derecho que de ella es inseparable⁶.

Asimismo, no olvidemos la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en Colombia mediante la Ley 12 del 22 de enero de 1991, en donde garantiza el derecho fundamental del niño a la educación:

1. “Los Estados partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

A. Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos...”.

A pesar de la normatividad nacional e internacional, la asistencia a la escuela tiene diferenciales muy altos según el nivel de pobreza de la familia.

El informe no gubernamental ya citado (UNICEF) afirma que a través del sistema educativo se consolidan las condiciones de desigualdad social, las faltas de alternativas integrales para un verdadero desarrollo humano y, en últimas, las posibilidades de acceso a los servicios básicos para todos.

C. ABUSO SEXUAL Y PROSTITUCIÓN

Frente a la pobreza, las necesidades y carencias, la falta de educación, la cultura de la violencia y el papel del consumismo ha llevado a que en Colombia se “estimen cifras que van desde considerar que hay 4.477 mujeres menores de 20 años ejerciendo la prostitución (censo de la Policía Nacional, 1997) hasta plantear que hay 35.000 niños (as) vinculados a esta práctica (estimación del DAS y la INTERPOL, 1998) pasando por una cifra media de 20.000 niños (as) explotados (as) sexualmente (Fundación Renacer, 1997)⁷.

6. Corte Constitucional. Sentencia T-050-99 del 2 de febrero de 1999.

7. SONIA SÁNCHEZ SOSA (consultora). *El caso de Colombia*, Instituto Interamericano del Niño. OEA, *Violencia y explotación sexual contra niños en América Latina y el Caribe*, Montevideo, Uruguay, marzo, 1999. p. 34.

La infancia es reconocida universalmente como sujeto de derechos; teniendo en cuenta la CIDN, la doctrina de la protección integral, el Estado, la familia y la sociedad debe proveer las condiciones que permitan garantizar a todos los niños el ejercicio pleno de esos derechos, y no dejarlos en situaciones de vulnerabilidad social y económica.

D. TRABAJO INFANTIL⁸

En Colombia está prohibido el trabajo de los menores de 14 años y es obligación de los padres disponer que acudan a los centros de enseñanza. Además, los niños mayores de 14 años no pueden trabajar en actividades que atenten contra la salud física o mental. Sin embargo, la aplicación y la realidad social muestra múltiples labores realizadas por los niños (as).

E. SALUD BÁSICA Y BIENESTAR⁹

En Colombia la tasa de mortalidad infantil en 1990 fue estimada en treinta y nueve por mil nacidos vivos, y la de niños entre 1 y 4 años es de diez por mil nacidos vivos. La mortalidad y la desigualdad afectan mayormente a los niños de familias más pobres. Tal como lo dice la Corte Constitucional en la Sentencia N.º De Rad: T-442-00 de fecha 14 de abril de 2000.

No existe ninguna razón para que la Secretaría de Salud se abstenga de suministrar el medicamento a la menor, toda vez que éste fue formulado por el médico tratante de su enfermedad, además de que esa droga le garantizaría un desarrollo físico y psicológico normal, contribuyendo al desarrollo adecuado de su personalidad en condiciones de igualdad con otros niños de su edad; lo contrario atenta contra su derecho a la salud y contra el derecho que tiene a desarrollarse físicamente igual a cualquier persona, en contravención del artículo 44 constitucional, situación que autoriza al juez de tutela para proteger los derechos de la menor.

F. JUSTICIA PROTECTORA Y NIÑEZ

1. CÓDIGO DEL MENOR

El Código del Menor vigente en Colombia tiene, de un lado, una figura obsoleta que es la *situación irregular* en donde caben todos los vacíos de las políticas sociales para la niñez, utilizando un modelo represivo y asistencialista.

8. UNICEF, *Del menor al ciudadano*. Resumen de los informes gubernamentales, no gubernamentales y observaciones del Comité de los Derechos del Niño, Bogotá, 1996, p. 56.

9. El informe gubernamental describe 11 programas en el área de salud, *ibídem*, p. 51.

Los niños y los jóvenes aparecen como simples objetos de protección, no son reconocidos como sujetos de derecho sino como incapaces que requieren un abordaje especial. Por eso las leyes no son para toda la infancia ni para toda la adolescencia sino sólo para una parte del universo de esa infancia y de esa adolescencia: los “menores”.

Se utilizan categorías vagas, ambiguas, de difícil aprehensión desde la perspectiva del derecho, tales como menores en situación de riesgo o peligro material o moral o en circunstancias especialmente difíciles o similares, que son las que habilitan el ingreso discrecional de los menores al sistema de justicia especializado mas no garantista. Tal como diría MARY BELOFF: “Todo está centralizado, queda definitivamente confundido todo lo relacionado con los niños y jóvenes que cometen delitos con cuestiones relacionadas con las políticas sociales y la asistencia, es lo que se conoce como “secuestro y judicialización de los problemas sociales”¹⁰.

Vale resaltar que un fenómeno social se debe tratar social y no criminalmente. Tal como lo expresan los expertos de la Reforma del Derecho de Menores en El Salvador: “El aumento de la criminalidad está estrechamente relacionado con la forma como ésta viene siendo tratada”.

Frente a las situaciones irregulares (infractores a la ley penal o no) se desconocen todas las garantías individuales reconocidas por los sistemas jurídicos de los Estados de derecho a todas las personas. El Código del Menor hizo una adecuación formal mas no material de la Convención Internacional, pues le da un gran margen de discrecionalidad al juez y en muchos casos al defensor de familia sin tener en cuenta los lineamientos y principios rectores de un derecho garantista y fundamentado en la libertad y en la autonomía de los seres humanos.

Tal como diría EMILIO GARCÍA MÉNDEZ¹¹: “El derecho de menores crea leyes ‘protectoras’ cuyo contenido esencial consiste en institucionalizar la voluntad omnímoda de un juez que debe actuar como un buen padre de familia, si el conflicto involucra a un menor, o la voluntad omnímoda de un padre, quien debe actuar con la autoridad y discrecionalidad de un juez, si se trata de un niño o de un adolescente”.

En síntesis, más vale una política pública de protección-formadora y de prevención-educadora que políticas represivas y no garantes de los derechos fundamentales de la niñez. A pesar de tantos intentos de reforma y de contrarreformas los intereses corporativos predominan en los procesos de concertación de los proyectos.

10. MARY BELOFF. Conferencia (Costa Rica, 1999. I Congreso Latinoamericano de la Infancia).

11. EMILIO GARCÍA MÉNDEZ. “El derecho a la ciudadanía de los niños”, en *Ética ciudadana y derechos humanos de los niños*, CINDE, p. 67.

2. CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LA NIÑEZ Y LA JUSTICIA

Si la niñez en una época no fue reconocida como sujeto de derechos, hoy podemos afirmar que la infancia es el momento fundamental de la vida para el desarrollo del ser humano en su formación como persona libre y sujeto de derechos. Tal como lo expresa el artículo 3.º de la CIDN en donde “todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración especial a que se atenderá será *el interés superior del niño*.”

La Convención Internacional de los Derechos de la Niñez, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) son la carta de navegación para una verdadera política pública integral, garantista y justa.

Estas disposiciones internacionales tienen como objetivo la protección integral de la niñez, sin excluir al adolescente infractor. Tiene en cuenta su condición de infante, de ser humano, y por ende se le debe respeto a su dignidad, y con derecho a un juicio justo, y amparado por todas las garantías mínimas que tiene un proceso penal. Es una protección integral que considere al niño y a la niña como sujetos prevalentes de derechos y no como objetos de protección del Estado.

Características de la Convención Internacional de los Derechos del Niño

Las características de una ley que se adecua sustancialmente a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño son:

- Se definen los *derechos de los niños* y se establece que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado es deber de la familia, de la comunidad y del Estado solidariamente restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos y eficaces tanto administrativos como judiciales, si así correspondiere. Se establece en todo caso que quien se encuentra en “situación irregular” cuando el derecho de un niño o adolescente se encuentra amenazado o violado, es alguien en o alguna institución del mundo adulto (familia, comunidad o Estado), la cual debe cumplir con el principio de corresponsabilidad con comprensión, amor y educación. Un esfuerzo colectivo.
- Por eso desaparecen las *vagas* y antijurídicas categorías de “riesgo” “peligro moral o material”, “circunstancias especialmente difíciles”, “situación irregular” etc. Una legislación que garantice en forma efectiva el tratamiento para infractores de la ley penal.

- Se diferencian claramente las competencias de las *políticas sociales* de las de *cuestionamiento penal*, planteando la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños y los jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las *políticas sociales*.
- Las políticas se caracterizan por estar diseñadas e implementadas por la sociedad civil y el Estado, por estar *descentralizadas* y focalizadas en los municipios.
- Se abandona la noción de menores como sujetos definidos de manera negativa por lo que no tienen, no saben o no son capaces, y pasan a ser definidos de manera afirmativa como *sujetos plenos de derecho*.
- Se desjudicializan cuestiones relativas a la falta o carencia de recursos materiales, supuesto que en el sistema anterior se habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada.
- La protección es de los derechos del niño y el adolescente. No se trata como en el modelo anterior de proteger a la persona del niño o adolescente, del “menor”, sino de *garantizar* los derechos de *todos* los niños y adolescentes. De la idea de universalidad de los derechos, se desprende que estas leyes son para toda la infancia y adolescencia, no para una parte. Por eso se dice que con estas leyes se recupera la *universalidad* de la categoría infancia, perdida con las primeras leyes para “menores”.
- Por lo tanto, esa protección reconoce y promueve derechos, no los viola ni restringe.
- También por ese motivo la protección *no puede* significar intervención estatal coactiva: son medidas educativas en su medio familiar o social. Tal como lo dice el Boletín N.º 6 de la Defensoría del Pueblo del 2000: “Es más conveniente para el país asumir un sistema de justicia especializada, que responda a sanciones educativas, así como diseñar políticas sociales para regresar al niño o niña al colegio y a la familia, que perpetuar el sistema tutelar”.
- Ya no se trata de incapaces, media-personas, personas incompletas o incapaces, sino de *personas completas* cuya única particularidad es que están creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen todas las personas, más un plus de derechos específicos precisamente por reconocerse el hecho de que están creciendo.
- De ahí que todos los derechos se deben respetar integralmente: el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta. Que existan todos los principios garantes desde la aprehensión hasta el tratamiento, tales como el derecho a la información, a la controversia, derecho a la participación,

el goce de la presunción de inocencia, la de ser juzgado por tribunales específicos con procedimientos específicos, y la de que la responsabilidad del adolescente por el acto cometido se exprese en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema de adultos (principio de la doble instancia, defensa técnica, debido proceso).

- Se jerarquiza la función del juez, en tanto éste debe ocuparse de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, sean de derecho público (penal) o privado (familia).
- El juez de la infancia, como cualquier juez, está limitado en su intervención por las *garantías*. Significa una justicia especializada en los derechos de la niñez y que el fin de las medidas sean adaptadas a las circunstancias y necesidades del niño. Es importante rescatar el apoyo interdisciplinario y terapéutico con el fin de dar prioridad al sector educativo y de recreación.
- Se establece como consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un joven un catálogo de medidas en el que lo alternativo, excepcional, *ultima ratio* y por tiempo breve es la privación de libertad. Estas medidas se extienden desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de semilibertad o privación de la libertad en institución especializada. Deben dictarse por tiempo determinado. Debe primar un enfoque pedagógico.
- Se determina que la privación de libertad será una medida de último recurso, que deberá aplicarse por el tiempo más breve que proceda y, en todos los casos, por tiempo determinado como consecuencia de la comisión de un delito grave.
- La política criminal debe ser, dentro de las políticas públicas, la última a la que se debe acudir para solucionar los diferentes problemas sociales. En primer término, las políticas públicas se deben agotar en las políticas sociales, cuya ausencia será la causa del mayor de los malestares sociales. La política criminal, además, debe tener una acepción ante todo preventiva, entendida ésta no en clave policiva sino de inversión social¹². En cuanto a la política criminal, se reconocen a los niños todas las garantías que les corresponden a los adultos en los juicios criminales, según las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales pertinentes, más *garantías específicas*.

El Estado social y democrático de derecho es garantizador de la protección integral de la niñez y de sus derechos fundamentales y debe priorizar en la seguridad ciudadana, entendida ésta como el bienestar ciudadano (la prevención) y no en el manejo eminentemente represivo.

12. CIELO MARIÑO. Profesora de Criminología.

A pesar del flujo de contra-valores, en nuestra sociedad la educación integral debe ser enfocada en materializar cotidianamente la inviolabilidad del ser humano, el respeto, la autonomía y la dignidad del ser humano (ética ciudadana)¹³, con el fin de crear la conciencia ciudadana y la no conciencia de temor y de la represión.

13. Cfr. FERNANDO SAVATER. *Ética, política y ciudadanía*, México, Grijalbo, 1998.