

LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS Y LAS POLÍTICAS DE LA DIFERENCIA

MARY BELOFF*

Resumen: En este trabajo la autora analiza los sistemas legales de protección a la infancia que implementaron los Estados latinoamericanos con posterioridad a la adopción de diversos instrumentos internacionales sobre los derechos de la niñez. Así, se señala que si bien a raíz de aquéllos el modelo tutelar clásico con sesgos discriminatorios fue reformado, las nuevas legislaciones no han logrado aún efectivizar la protección especial expresada en el concreto respeto de los derechos económicos, sociales y culturales de las niñas y los niños en la región.

Palabras clave: Infancia – Modelo tutelar clásico – Paternalismo injustificado – Derechos de los niños – Derechos económicos, sociales y culturales – Paternalismo justificado

Abstract: In this article, the author analyses the child protection systems implemented by the Latin-American states after the adoption of several children's rights international documents. The author points out that, even though the old protection system based on an unjustified discrimination approach was indeed reformed, the legislative reforms, have not yet achieve the full realization of economic, social and cultural rights of children.

Key words: Childhood – Protective system – Justified paternalism – Rights of children – Economic, Social and Cultural Rights – Unjustified paternalism

* Profesora de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Una versión anterior de este texto fue publicada en BRAYLAN, Marisa (comp.): Informe sobre antisemitismo en la Argentina, Buenos Aires, DAIA, pp. 231-243.

“(...) el proyecto (...) pretende constituir una sustancial modificación de fondo, en los modos y en los conceptos con que hasta el presente se han enfocado legislativamente los problemas de los niños y los jóvenes. (...) En este proyecto ya no se piensa en los niños y los jóvenes como incapaces (...) como no tendría sentido intentar fundamentar por qué no se sigue concibiendo como incapaces a las mujeres. El proyecto (...) constituye al niño y al joven como sujetos de derecho en un sentido integral del término. Sujetos de derecho que tienen obligaciones y facultades especiales y restricciones también especiales, provenientes del grado de desarrollo y maduración que han alcanzado. Pero sujetos de derecho que, como tales, conservan y están en condiciones de ejercer sus opciones y de adquirir un lugar significativo como participantes de la construcción del país que ambicionamos, mucho antes de la mayoría de edad (...) Reemplazar el autoritarismo ligado a los esquemas paternalistas por el establecimiento de un modo significativo, de derechos y obligaciones en un marco de libertad, es la forma que en este proyecto concebimos para asegurar el porvenir.”
(Proyecto de Código de Código del Menor de 1988)¹

I. La relación de la ley con los niños ha sido, desde los tiempos modernos, una relación de discriminación; discriminación paternalista, discriminación positiva, discriminación basada sobre “buenas razones”, pero discriminación al fin. Una vez que la infancia fue percibida de forma diferenciada respecto del mundo adulto por parte del derecho, esa diferencia se expresó en una compleja combinación entre discriminación y protección.

Los diferentes movimientos de protección a la infancia desvalida desde sus lejanos comienzos en tiempos de la industrialización –más allá de sus contradicciones en otros órdenes– coincidieron en señalar que los niños tenían derecho a la educación, vivienda, comida y familia, entre otras cuestiones básicas.² Los debates, a lo largo de los años, giraban en torno de quién era el obligado a garantizarlos y con qué alcances, en otras palabras, qué significaba proveer a un niño de “familia”, “vivienda” o “educación”, etc.; pero no se discutía que proteger a un niño tuviera que ver

1. Extracto del Punto 8 de las Conclusiones de la Exposición de Motivos del Proyecto de Código del menor en el mensaje N° 535 del Poder Ejecutivo Nacional enviado al Congreso el 29 de abril de 1988, casi dos años antes de la aprobación por las Naciones Unidas de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (en adelante CIDN) suscripta el 20 de noviembre de 1989.

2. PLATT, Anthony: *Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia*, Siglo XXI, México, 1982.

con esos componentes básicos que, en la terminología actual, integran el conjunto de los llamados derechos “económicos, sociales y culturales” (en adelante, DESCs).

No obstante, en aquellos tiempos, para garantizar estos derechos fue preciso definir categorías de niños vulnerables; puesto en los términos de este artículo, se juzgó necesario *discriminar*, dentro del universo de la infancia, a los niños carentes y desvalidos hacia quienes debían dirigirse, principalmente, los afanes tuitivos del Estado y de la sociedad civil. Así, el comienzo de la instalación de una preocupación por proteger a la infancia sólo focalizó en un grupo de niños, aquellos que se encontraban en situación de enorme desventaja social y familiar. Significó también –y paradójicamente– el comienzo de los “problemas con la ley” de ese segmento de la infancia.³ Esta dinámica se encuentra reflejada en la Argentina desde las primeras leyes que advirtieron la necesidad de implementar políticas especiales de protección a los menores de edad especialmente vulnerables, por excelencia, la Ley de Patronato de Menores N° 10.903⁴ de 1919 que institucionalizó la cultura tutelar clásica hacia los menores desamparados en el país.

II. Con el surgimiento y consolidación de los Estados de Bienestar décadas después, los derechos “sociales” de los niños fueron reconocidos y aún garantizados tanto en los países desarrollados cuanto en parte de los entonces llamados países “en vías de desarrollo” (en ocasiones bajo un formato de Estado populista, por lo menos en América Latina), por décadas; pero la protección seguía planteándose en términos discriminatorios, protección a partir de la definición de una categoría de niño diferente: el menor abandonado, en riesgo moral o material. Además, el precio que tuvo que pagar la infancia por ser protegida, como ha sido señalado en otra oportunidad, fue muy alto: brevemente, la pérdida de sus derechos de ciudadanía. Ciertamente, no se hablaba entonces de derechos económicos, sociales y culturales, ni siquiera de derechos de los niños con el alcance que a la expresión se le da hoy; pero todos en el mundo de los adultos asumían que el contenido de lo que hoy llamamos

3. Ibidem.

4. Ley N° 10.903 de Patronato de menores, sancionada 29 de setiembre de 1919, promulgada el 20 de octubre de 1919. Esta ley –en aquello que es el derecho público local– fue derogada por partida doble de hecho al quedar sin ámbito de aplicación en 1994 a partir de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y con la derogación de los edictos policiales en 1996; de derecho en 1998, porque la Ley N° 114 de la Ciudad de Buenos Aires la derogó expresamente. En el ámbito federal fue derogada por la Ley N° 26.061 sancionada el 28 de setiembre de 2005 y promulgada de hecho el 21 de octubre del mismo año. Sobre el tema ver BELOFF, Mary: “Quince años de vigencia de la Convención del Niño en la Argentina” en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Directora), *La familia en el nuevo derecho. Homenaje a Cecilia Grosman, Rubinzal-Culzoni*, Santa Fe, 2009, pp. 131-184.

DESCs debía garantizarse a todos los niños sin distinción⁵, aunque con un lenguaje diferente (en todo caso, no en un lenguaje de *child rights*, sino de *child protection*).

Como entonces no se percibía tan nítidamente como en la actualidad que los niños tuvieran derechos –reitero, con el sentido fuerte que hoy tiene la expresión “tener derechos”–, la forma en la que se garantizaba que un niño comiera, recibiera una educación o atención de su salud, fuera protegido de abuso, malos tratos y explotación o adquiriera una familia, frecuentemente implicaba violentar derechos de ciudadanía, derechos de lo que suele llamarse, en la jerga propia del derecho internacional de los derechos humanos, derechos de primera generación. En ese sentido, no se reconocía a los niños ni –sobre todo– a los jóvenes como sujetos capaces, como ciudadanos en una extensión amplia de la noción de “ciudadanía”.

De forma resumida, la protección como discriminación (negativa) creó un sistema todavía culturalmente vigente –aunque las leyes se hayan modificado– conforme el cual la infancia pobre o, más precisamente, cierto tipo de niño pobre y carente asociado con la marginalidad,⁶ era percibido como un dato patológico y disfuncional, y como tal, peligroso. Estos adolescentes o menores legalmente considerados incapaces y necesitados de protección y ayuda eran percibidos como “potenciales” o “futuros delincuentes”. En otras palabras, la convicción era que si no se “ayudaba” y “protegía” a tiempo, ellos se convertirían en criminales.

En un marco teórico en el que el positivismo etiológico era hegemónico, naturalmente no se encontraba mejor remedio para esta “enfermedad social” que separar al niño de su grupo familiar y eventualmente institucionalizarlo –de acuerdo con esta concepción que asociaba peligrosidad con marginalidad y potencial criminalidad–. Similar “solución” se instrumentaba respecto de los niños sin familia, los huérfanos pobres.

No hace falta desarrollar mucho más el punto para dejar claro entonces que la “desprotección” (el niño en la calle por ejemplo) fuera una alternativa menos nociva que la protección como discriminación (en el sentido tutelar negativo arriba indicado).

III. La idea de que separar a un niño de su familia cuando ésta no es “idónea” es una medida adecuada que no ha sido privativa de los sistemas de protección de menores latinoamericanos; es frecuente tanto en el mundo anglosajón⁷ cuanto en los

5. Cfr., en el ámbito universal, Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General del 20 de noviembre de 1959 por Resolución 1386 (XIV), art. 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; y en el ámbito regional, art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, entre otros.

6. Cfr. DONZELOT, Jacques: *La police des familles*, Les Éditions du Minuit, París, 1977.

7. La película “Ladybird, Ladybird”, del director británico Ken Loach, da magistralmente cuenta de ello.

países de la Europa continental. Por lo tanto, es claro que la cultura tutelar clásica basada en estos presupuestos –entre otros– atraviesa a más de un modelo de Estado. El modelo de respuesta del Estado a la protección de los niños, o sea, cómo un Estado determinado interpreta que se debe proteger a los niños, es antes que nada, una cuestión cognitiva, una manera de mirar, de aprehender y de reaccionar frente a una parte determinada de la infancia pobre y marginal y, al mismo tiempo, frente a todo el universo de la infancia.

En este sentido, tal como indiqué en el punto 2, los sistemas de protección que llamo tutelares (de la discriminación en el primer sentido, negativo) no intervenían respecto de todos los niños pobres sino respecto de aquéllos que, dentro de ese grupo, eran considerados peligrosos, disfuncionales, en riesgo, etc.. Si bien tampoco ésta era una característica exclusiva de los sistemas latinoamericanos, sí es muy notable en ellos respecto de los sistemas de bienestar para niños en otras latitudes. La conexión entre falta de “idoneidad” o “disfuncionalidad” de la familia y pobreza es probablemente el punto crítico característico del funcionamiento de estos sistemas en los países de América Latina en general y de la Argentina en particular.

IV. Existe además otra característica problemática de estos sistemas de protección. Establecían, respecto de los menores de edad, que eran inimputables, incapaces e irresponsables por los delitos en los que se veían involucrados. Bajo la estructura tutelar clásica, el Estado adoptaba la misma respuesta en estos casos que respecto de aquellos que necesitaban “solamente” protección pero que no habían cometido ninguna infracción. ¿Bajo qué argumentos? La justificación era que el delito sería el síntoma de un trastorno, de una desviación más general, de una situación de riesgo o peligro respecto de la cual el Estado debía intervenir para evitar que en el futuro se repitieran estos hechos y para lograr que el adolescente se reintegrara socialmente; pero igual justificación se daba, reitero, a la intervención cuando el menor, encontrándose en situaciones problemáticas –básicamente desamparo material y familiar–, no cometía ningún delito. Este fue probablemente el punto medular de la crisis de justificación de los sistemas tutelares clásicos.

En síntesis, la respuesta estatal característica por décadas en América Latina (sobre todo mientras los Estados latinoamericanos tuvieron recursos para ello) fue el encierro de niños en instituciones para su cuidado, ayuda y reeducación, sin mayores diferencias si se trataba de un infractor o de quien en similar situación de desventaja social no cometía ningún crimen. En rigor, el fenómeno de los niños de la calle en América Latina, característico de los años 80, puede ser leído como una expresión de la crisis de la cultura del encierro, pero no por razones de principios, sino por falta de recursos estatales para sostenerlo frente al crecimiento exponencial de la pobreza y la marginalidad.

Es claro entonces que la idea de que era algo adecuado encerrar a niños bajo la excusa de su protección fueran o no infractores de la ley penal, tuvo un sesgo

discriminatorio muy particular. Se trataba, una vez más, de una política social focalizada *sui generis* orientada al control social discrecional de determinados grupos poblacionales –básicamente aquéllos en completa desventaja económica, social y familiar–, siendo irrelevante un dato básico del Estado moderno cual es que cualquier reacción estatal coactiva sea proporcionada y esté motivada por una infracción penal probada.

V. Las dificultades para superar esta idea que no puede distinguir entre obligaciones de prestación positiva del Estado (por ejemplo, para garantía de los DESCs a la infancia en general y no para un segmento de ella) y un Estado que actúa de manera limitada y acotada frente a situaciones delictivas están presentes aún hoy cuando todas las leyes se han modificado en el continente latinoamericano, y se advierten también aunque de manera indirecta en la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Las leyes que derogaron la cultura tutelar en la región en general y en la Argentina en particular advirtieron estos problemas y, con mucha demora, reconocieron los derechos de primera generación a niños y jóvenes;⁸ pero olvidaron, más

8. La Ley de la Provincia de Mendoza N° 6.354 del 7 de diciembre de 1995 fue la primera ley provincial dictada luego de la ratificación de la CIDN por la Argentina; en Chubut la Ley N° 4.347 de Protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia, aprobada el 16 de diciembre de 1997; en Neuquén la Ley N° 2.302 de Protección integral del niño y el adolescente, del 7 de diciembre de 1999; en la Ciudad de Buenos Aires la Ley N° 114 de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, aprobada el 3 de diciembre de 1998; en Tierra del Fuego la Ley N° 521 de Protección integral de los derechos de niños, niñas, adolescentes y sus familias, aprobada el 28 de noviembre de 2000; en Río Negro la Ley N° 3.097 de Protección integral y promoción de los derechos del niño y del adolescente; en Salta la Ley N° 7.039 aprobada el 8 de julio de 1999; y en San Juan la Ley N° 7.338 de Protección integral de los niños y adolescentes, aprobada el 5 de diciembre de 2002, que derogó la anterior Ley N° 1156; en la Provincia de Buenos Aires se aprobaron dos leyes: la Ley N° 12.607 y la Ley N° 13.298. Con otra técnica legislativa se encuentran en Misiones la Ley N° 3.820 de Protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, aprobada el 6 de diciembre de 2001, y prorrogada su entrada en vigencia por la Ley N° 3.883; en Jujuy la Ley N° 4.722 de Protección a la Minoridad, aprobada el 4 de noviembre de 1993, expresamente adhirió a la Ley Aprobatoria de la Convención sobre Derechos del Niño N° 23.849 (art. 2); en la Rioja la Ley N° 7.590 de Protección integral del niño-a y del adolescentes el 20 de noviembre de 2003 que fue vetada por el decreto 991 del 5 de diciembre de 2003; en la provincia del Chaco la Ley N° 4369 aprobada el 12 de diciembre de 1996 denominada “Estatuto Jurídico del Menor de Edad y la Familia”, que si bien es posterior a la ratificación, mantuvo intactos dispositivos tutelares clásicos (arts. 6, 7, 9, 53 y siguientes) combinados con normas de garantía (art. 21 entre otros); y en la provincia de Córdoba la Ley N° 9.053 del 30 de octubre de 2002 que revela una sofisticada técnica legislativa –característica de la provincia mediterránea– y aborda gran cantidad de aspectos vinculados con la materia; pero que se concentra en las funciones judiciales, sin desarrollar los aspectos vinculados con la promoción y garantía de los derechos de

allá de los enunciados, aquello que no era materia de discusión: la garantía concreta para los niños de una vida digna de ser vivida.⁹

Ésta es la paradoja que pretende plantear este texto, nuclear en cualquier discusión actual sobre el sentido y alcances de la noción de protección a la infancia, que ni siquiera ha sido resuelta por las recientes (y extensas) decisiones del sistema interamericano al respecto:¹⁰ *el precio que pagó la infancia en la Argentina para*

niños, niñas y adolescentes en general. Entre Ríos (Ley N° 9.324 y concordantes) y Santa Fe (Ley N° 11.452 aprobada el 29 de noviembre de 1996) han introducido importantes reformas en materia de organización judicial y procesal, pero no han dictado una ley general de protección a los niños. En un sentido tradicional, la reciente ley de San Luis N° 5.573 aprobada el 22 de abril de 2004 que crea Juzgados de Familia y Menores, con competencia para aplicar el art. 18 de la Ley N° 10.903 y otros supuestos idénticos a los abordados por esa ley. A nivel federal, con mucha demora, el 28 de septiembre de 2005 el Congreso Nacional aprobó a libro cerrado la “Ley de Protección integral de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes” bajo el registro N°. 26.061. Fue promulgada de hecho el 21 de octubre del mismo año.

9. Del primer caso del sistema interamericano en el que se interpretó el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dedicado a los derechos del niño, denominado “Caso de los ‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala” (Serie C No. 63 - Sentencia) resuelto el 19 de noviembre de 1999; el párrafo de trascendencia desde el punto de vista jurídico (más allá del valor simbólico de la sentencia) es el N° 194. Allí la Corte estableció que debe utilizarse la Convención sobre Derechos del Niño para interpretar el art. 19 de la Convención Americana. Si bien la Corte Interamericana es muy reticente a interpretar tratados del ámbito universal, señaló en este caso que para entender qué significa proteger a un niño en el ámbito regional es necesario recurrir al instrumento universal. La Corte no avanzó más, pero fijó un criterio preciso a partir del cual la Convención sobre Derechos del Niño se incorpora al derecho regional (si bien poco ayuda esta interpretación en materia de exigibilidad de DESCs, como señalé). Otro aspecto importante de la sentencia en el mismo caso tiene que ver con el estándar que fija respecto del derecho a la vida, al superar la definición liberal clásica (obligación del Estado de no privar arbitrariamente de la vida a sus habitantes) e incorporar una definición que incorpora la obligación del Estado en términos de prestación positiva: el Estado está obligado a asegurar condiciones para vivir una vida digna de ser vivida. Este no es un estándar menor. Constituye un avance de la máxima trascendencia para los niños de la región. Al fijar el estándar del deber del Estado de garantizar “condiciones dignas”, se da mayor exigibilidad a los DESCs cuando se trata del grupo vulnerable por excelencia: la infancia, sobre todo la que vive en la calle (la cual presenta mayor vulnerabilidad), por lo que la obligación del Estado se intensifica. Como se advierte, es posible establecer pautas muy altas de protección del derecho a la vida digna (de ser vivida) a partir de una sistemática interpretación de estas sentencias. Un análisis crítico de esta sentencia se encuentra en BELOFF, Mary: *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, Cap. III, Buenos Aires, 2004.

10. Se trata de los casos contenciosos: “‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, ya cit.; “Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay” (Serie C N° 112 - Sentencia) resuelto el 2 de septiembre de 2004; “Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana” (Serie C N° 130 - Sentencia) resuelto el 8 de septiembre de 2005; solicitud de medidas provisionales presentada por la

ser reconocida en sus derechos de primera generación (superación de la discriminación negativa) fue el debilitamiento de sus derechos sociales y culturales (discriminación positiva).

VI. En este sentido, el referido trato diferenciado a los niños ha sido plasmado por la comunidad internacional en diversos instrumentos de derechos humanos (universales y regionales por igual) tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP)¹¹ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH).¹²

Como se señaló en el punto 2, es posible tomar como punto de inicio de este proceso contemporáneo a la Declaración de Ginebra,¹³ que recoge de modo general el principio de no discriminación, aunque sin mayores referencias concretas, en los siguientes términos: “El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual”.¹⁴

Tres décadas más tarde, la Declaración Universal de los Derechos del Niño¹⁵ consideró al principio de no discriminación de manera más específica:

“El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia”.¹⁶

Comisión Interamericana respecto de Brasil en el caso “Niños y adolescentes privados de libertad en el Complejo do Tatuapé de FEBEM”, resuelta el 17 de noviembre de 2005; tampoco lo ha hecho en ejercicio de su competencia consultiva en la Opinión Consultiva N° 17 “Condición jurídica y derechos humanos de la niñez”, emitida el 28 de agosto de 2002. En este sentido, ver 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”, en ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro y CORREDORES LEDESMA, María Belén (Editores): *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de la protección integral*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República de Ecuador, 2010, pp. 623-658.

11. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con su artículo 49.

12. Suscripta en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, aprobada por la República Argentina mediante la Ley 23.054 (publicada en el BO el 27/03/84).

13. Adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones Unidas el 24 de setiembre de 1924.

14. Declaración de Ginebra, art. 1.

15. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1959.

16. DUDN, punto 1°.

Ya en términos universales, el PIDCP traduce de forma más amplia este principio, al disponer que:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.¹⁷

En esta línea, agrega que:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.¹⁸

Este mandato relativo a la no discriminación en el ámbito regional ya surgía también del texto de la CADH cuando dispuso que:

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.¹⁹

La Convención sobre Derechos del Niño²⁰ es otro instrumento internacional de derechos humanos –específico y que también goza de jerarquía constitucional en nuestro país conforme lo establece el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional– que recoge el principio de no discriminación. Al respecto dispone que:

17. PIDCP, art. 2, apartado 1.

18. PIDCP, art. 26.

19. CADH, art. 1, apartado 1°.

20. Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Sup. (N° 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), entrada en vigor 2 de septiembre de 1990. Ratificada en Argentina por la ley 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.²¹

En cuanto a las obligaciones de cada Estado Parte, expresa que:

“(…) tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.²²

Y agrega:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. *En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional*”.²³

21. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2.1.

22. Convención sobre Derechos del Niño, art. 2.2. El Comité de Derechos del Niño, mediante la Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores (2007), se expidió sobre los alcances de este artículo, pero limitado a los infractores juveniles: “Los Estados Partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad de trato de todos los niños que tengan conflictos con la justicia. Debe prestarse atención especial a la discriminación y las disparidades existentes de hecho, que pueden deberse a la falta de una política coherente y afectar a grupos vulnerables de niños, en particular los niños de la calle, los pertenecientes a minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños indígenas, las niñas, los niños con discapacidad y los niños que tienen constantes conflictos con la justicia (reincidentes). A este respecto, es importante, por una parte, impartir formación a todo el personal profesional de la administración de justicia de menores y, por la otra, establecer normas, reglamentos o protocolos para garantizar la igualdad de trato de los menores delincuentes y propiciar el desagravio, la reparación y la indemnización” (parr. 6).

23. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 4. La Corte IDH precisó que se debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso y disfrute de los niños a esos derechos y para evitar retrocesos y demoras injustificadas, mediante la asignación a este fin de los mayores recursos disponibles (Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 81). Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño clarificó que deben asignarse el máximo de los recursos disponibles en los ámbitos nacional,

Precisamente, al determinar que en supuestos en los cuales la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos y el nacimiento sean usados como argumento para intentar justificar un trato no igualitario, aparece la presunción de la afectación al derecho a la igualdad.²⁴

La Convención sobre Derechos del Niño dispone por ello un deber del Estado de evitar toda discriminación ejercida por la sociedad contra los niños,²⁵ lo que implica implementar medidas positivas para que los niños que se encuentren dentro de alguna “categoría sospechosa” puedan acceder, sin restricciones ni dificultades de ninguna índole, al mismo nivel de disfrute de derechos que el resto de los niños que no se encuentran en esas situaciones particulares.²⁶

Es de destacar, asimismo, que la aludida Convención, si bien es el primer tratado universal que reconoce derechos de primera generación a los niños (aunque con sus limitaciones), restringe considerablemente y debilita la exigibilidad de los derechos de segunda y tercera generación.

provincial y municipal, especialmente en las esferas de la salud, la educación, el bienestar social y la seguridad y recomendó que se determine la cantidad y la proporción de recursos que se dedican a los niños en los planos nacional y local para evaluar los efectos de los gastos realizados en la esfera de la infancia. Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/Add. 187, 9 de octubre de 2002, Observaciones al informe de la Argentina, párr. 20.

24. En sentido similar, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la Observación General N^o 18, No discriminación, (1989) señaló que; “Si bien esas convenciones se refieren sólo a un tipo específico de discriminación, el Comité considera que el término ‘discriminación’, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas” (párr. 7).

25. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también reconoció el deber de adoptar por parte del Estado medidas positivas a favor de los grupos sociales discriminados: “Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”, Corte IDH, Opinión Consultiva N^o 18 (2003), solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 104.

26. El Comité sobre los Derechos del Niño desarrolló ciertos casos específicos de discriminación que sufren los niños. En este sentido, ver Observación General N^o 3 (2003), El VIH/SIDA y los derechos del niño, y la Observación General N^o 9 (2006), Los derechos de los niños con discapacidad. En el orden nacional, CSJN, Fallos 327:2413.

Seguramente tal redacción se deba a las concesiones requeridas para la amplia aceptación –prácticamente universal– de este tratado;²⁷ pero debe también reconocerse que hasta la fecha poco se ha hecho en el sistema universal o en el sistema interamericano para resolver esta dificultad, aún cuando existe un tratado regional sobre derechos económicos, sociales y culturales (el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales conocido como “Protocolo de San Salvador”),²⁸ aprobado con anterioridad a la Convención sobre Derechos del Niño, cuyo uso podría intensificarse cuando de niños y niñas se trata. En el mismo sentido, podrían utilizarse otras herramientas del sistema como las medidas cautelares en la protección de estos derechos de la infancia, herramientas que sólo recientemente comienzan a ser exploradas por quienes desarrollan litigio estratégico ante el sistema.

Curiosamente, y sólo por dar un ejemplo diferente que indica que es posible una lectura más integral y amplia de las normas internacionales enunciadas, en el orden nacional el concepto de protección especial a la niñez ha sido reconocido de manera clara por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la cual la Convención sobre Derechos del Niño revalida y profundiza todas las protecciones que otros textos internacionales habían enunciado respecto de los niños –ya que da por presupuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden, en tanto que personas humanas, más una protección especial.²⁹

Insisto en que la infancia ha pagado un precio excesivo para que se le reconozcan sus derechos de ciudadanía, aquéllos conocidos tradicionalmente como derechos “de primera generación”. Tal vez se esté una vez más frente a otra victoria pírrica de los derechos de la niñez.

27. Sobre las razones de la extendida y rápida aceptación de la Convención sobre Derechos del Niño ver BELOFF, Mary: *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2004, Capítulo 1.

28. Adoptado por la Asamblea General de la OEA en el Décimo Octavo Período Ordinario de Sesiones, entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. Cfr. art. 16: Derecho de la Niñez: “Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”.

29. Así, “dicha protección especial importa reconocer lo que todo niño es, vale decir, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, configurar la ‘protección especial’ en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar ‘efectividad’, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin”, (Fallos 331:2691, del considerando tercero del voto de la mayoría).

VII. Actualmente todos los países de América Latina y la Argentina a nivel federal y provincial, cuentan con leyes que incorporan explícitamente estándares del derecho internacional de los derechos humanos —más allá de la diversa calidad de la técnica legislativa utilizada en cada caso—, a diferencia de las leyes de menores vigentes hasta la década del 80. La pregunta que se impone seguidamente es: ¿con leyes más adecuadas, los niños están mejor en América Latina que lo que estaban antes? La respuesta es afirmativa, porque las reformas son fines en sí mismos y se justifican por razones elementales de justicia. Resuelto ese punto, es necesario explicar la baja incidencia en la transformación de la realidad concreta de este considerable proceso de reformas legales. De algo no hay dudas: una legalidad adecuada (buenas leyes y/o mejor jurisprudencia) es una condición necesaria para mejorar la calidad de vida de los niños.

Hoy existe un escenario ideal en términos del éxito comunicacional del discurso sobre la vigencia del derecho internacional de los derechos humanos de los niños; todo el mundo se expresa en términos de protección de derechos de los niños (no más en términos de necesidades), pero en la realidad poco o nada ha cambiado.

Para que los cambios legales no representen una victoria pírrica y cumplan la función de “efecto placebo” en el ámbito de los derechos humanos, la pregunta fundamental que los intérpretes deben formularse a la hora de aplicar las normas sobre DESCs que se encuentran en gran parte de las nuevas leyes latinoamericanas es cómo se hacen efectivos esos derechos sin reproducir el dilema de la diferencia.³⁰ Las nuevas leyes argentinas de protección a la niñez, al igual que las latinoamericanas, desarrollan los mismos derechos que ya se encuentran en la Convención sobre los Derechos del Niño y en otras normas del derecho internacional de los derechos humanos. Es infrecuente que los desarrollen en profundidad, o bien, que establezcan nuevos derechos, pero ello ha ocurrido en algún caso particular. Por otro lado, en la jurisprudencia federal y provincial hace tiempo que ya no se discute que los tratados son de aplicación directa en el país.

Por lo tanto ¿por qué reiterarlos en las leyes nacionales? La respuesta que generalmente se da contradice lo señalado en detalle en el punto 6 y en el párrafo anterior: los derechos están en los tratados, pero no se respetan, entonces quizás si se los incluye en una ley sí se los reconozca y aplique. El argumento es poco convincente. Un ejemplo de esa situación ocurre en la Argentina, país en el que a fines del año 2005 se aprobó una ley federal de protección a los niños. Esta norma legisla sobre competencia locales sin mayores justificaciones (la Argentina es un país federal) y repite la Convención sobre Derechos del Niño a la letra, cuando el

30. MINOW, Martha: *Making all the difference. Inclusion, exclusion and American law*, Cornell University Press, 1990.

tratado ya está incluido en el texto de la Constitución Nacional y cuando las legislaciones provinciales (locales) son mucho más avanzadas y contienen mejores dispositivos de satisfacción y garantía de los derechos contenidos en la Convención sobre Derechos del Niño. Es evidente que esta ley no debería tener mayor impacto normativo; sin embargo, ha sido ampliamente difundida y, curiosamente, ha generado algunos cambios institucionales y legales a pesar de su cuestionable calidad jurídica.

La pregunta que la forma en la que se ha legislado en América Latina en general y en la Argentina en particular sobre la protección a la infancia impone es si se están tomando en serio los derechos humanos de la niñez en este continente. Se aprueban los tratados y se modifican las leyes; pero las leyes no mejoran ni desarrollan las cláusulas convencionales. Más grave aún, tampoco contienen mecanismos de exigibilidad. Ello es particularmente evidente en materia de DESCs: las leyes nacionales repiten la Convención sobre Derechos del Niño sin incorporar mecanismos de garantía de los DESCs. Del mismo modo, lo hace la jurisprudencia del sistema interamericano.

¿Cómo se logra entonces aplicar estas nuevas leyes que reiteran los derechos reconocidos por los tratados sin desarrollarlos ni contener mecanismos que permitan su garantía efectiva? ¿Para qué se las aprueba?

En países como los latinoamericanos, de dilatada cultura jurídica positivista, no debería hacer falta reiterar que los derechos incluidos en las leyes son derechos y, como tales, exigibles. Un breve repaso normativo de los nuevos Códigos y leyes latinoamericanos permite concluir que estos derechos son derechos fuertes en los sistemas normativos de la región, a pesar de la debilidad que tienen en la Convención sobre Derechos del Niño (y en el sistema interamericano de protección de derechos humanos).³¹ Sin embargo, algo de la manera en la que estas nuevas leyes latinoamericanas de protección a la infancia están estructuradas en esta materia impone recordarlo.

¿Qué significa proteger a un niño en la Argentina? ¿Es posible institucionalizar a un niño que vive en la calle para protegerlo de su familia abusiva? ¿Es esto “protección al niño”? ¿Es posible sacar a un niño de su familia y darlo en adopción internacional porque éste se encuentra en total desventaja social?³² ¿En

31. FREEDMAN, Diego, “Funciones normativas del interés superior del Niño”, en *Revista ¿Más Derecho?* N° 4, año 4, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2004.

32. Este problema presenta niveles dramáticos en particular en América Latina, particularmente en Guatemala y hasta hace algún tiempo atrás en Paraguay. En la región se estableció un estándar preciso, a partir del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil del año 1988, que afirma que ningún niño por razones de pobreza puede ser separado de su familia o se puede suspender o sustituir la patria potestad. Todas las leyes latinoamericanas contienen el estándar que ha generado muchos problemas (o, más bien, soluciones) en situaciones de tráfico de niños. Por ejemplo, en

qué supuestos? ¿Con qué límites? ¿Cuáles son los alcances del maternalismo/paternalismo justificado hacia la infancia en América Latina³³? ¿Por qué sigue sin ser definido? ¿Cómo se protege sin violentar derechos fundamentales? ¿Por qué los niños han tenido que pagar un precio tan alto para ser reconocidos en sus derechos de primera generación?

“Cada niño que, por un motivo o por otro, le toca estar frente a un juez o a un funcionario público, indica con su presencia que algo en su vida, y por lo tanto en la sociedad, no funciona. Sus historias llevan en la espalda una *saga trágica* de desatención de los otros, de la familia, de la comunidad que lo rodea o de las instituciones públicas. A menudo estas historias se presentan con el rostro de una necesidad (por ejemplo una guerra, la pobreza, toda clase de miserias) en la que parece que todos son responsables y, por ello, ninguno en el fondo resulta serlo. Es trágica la historia del menor que se encuentra frente a las instituciones y es otro tanto *trágica* la decisión que hay que tomar; pero no es posible no tomar una decisión. Al decidir sobre algo que no se puede remediar (por ejemplo un estado de abandono, una violencia ya sufrida, un conflicto traumático entre los padres), se decide no para restablecer la felicidad o el bienestar, sino para intentar evitar mal-estares posteriores. Cada decisión es *necesitada*, en el sentido de que se inserta en un circuito en el cual mucho ya está comprometido, por lo cual se debe elegir el mal menor; pero cada decisión es a la vez *trágica* en el sentido de que necesita *resolver* el caso mediante una incidencia sobre la vida de un niño en el presente para el futuro, sin poder controlar ni prever hoy cuáles serán los efectos de esta decisión a largo plazo. El niño necesita decisiones en tiempos rapidísimos porque su tiempo no espera, necesita la aceleración, pero cada decisión se encaminará y tendrá efectos en su vida a largo plazo y, por lo tanto, inverificables. Y, al resolver, se destinan recursos, se elige por él poniéndose en su lugar: es trágica cada decisión, se decía, en el sentido de que como hacemos nos equivocamos. Estamos obligados a decidir sin poder hacerlo. Este conocimiento no siempre está presente y es bueno que lo recordemos, al menos con más frecuencia.”³⁴

Guatemala, fue preciso aprobar dos códigos de la Niñez en diez años por la resistencia provocada respecto de este tema, y mucha gente ha sufrido enormemente por esta causa; al día de hoy no existe una ley de adopción acorde a los estándares internacionales allí. ¿Qué dijo al respecto la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 17? Sostuvo que la pobreza no podía ser la única causa para separar a un niño de su familia.

33. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Desde la modesta propuesta de “Swift” hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño”, en *Revista Doxa*, Alicante, N° 15-16, 1994, pp. 731-743; GONZALEZ CONTRÓ, Mónica, “Paternalismo justificado y derechos del niño”, en *Revista Isonomía*, N° 25, 2006, pp. 103-135.

34. RESTA, Eligio: *L’infanzia ferita*, Bari, Gius, Laterza & Figli, 1998, pp. 62-63, destacado en el original; en español *La infancia herida*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2008.

Los juristas (incluida la Corte Interamericana de Derechos Humanos) que trabajamos en estos temas no hemos sido capaces de resolver esta paradoja o una nueva versión del dilema de la diferencia que refleja, en definitiva, una incapacidad política producto de una debilidad teórica. En términos de discriminación (al revés) positiva, la infancia tiene derecho a una protección especial que, hasta la fecha, los adultos no hemos sido capaces de brindarle.