

SECCIÓN PRIMERA

ARTÍCULOS PARA EL DEBATE

QUINCE AÑOS DE VIGENCIA DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA ARGENTINA*

MARY BELOFF**

Son las necesidades del niño las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida. Son estos reclamos de supervivencia, desarrollo y formación, de afecto y alegría, los que demandan derechos que conviertan los requerimientos en exigencias y realidades. El camino no es fácil; el derecho no puede vencer una lógica de exclusión, olvido y mezquindad. Las normas son sólo brújulas; se requieren el pensamiento y la mano del hombre vigilantes y activos para transformar las promesas en vivencias concretas, para que en el transcurrir de cada niño se refleje este deseo de una humanidad que se prolonga sin la violencia de la desigualdad, esto es, una humanidad más “humana” y solidaria (Grosman, Cecilia, *El interés superior del niño*)¹.

I, too, have criticized rights rhetoric for its impoverished view of human relationships and its repeated assignment of labels that hide the power of those doing the assigning. And I find something terrible lacking in rights for children that speak only of autonomy rather than need, especially the central need for relationships with adults who are themselves enabled to create settings where children can thrive. Rights rhetoric can and should be exposed for its tendency to hide the exercise of state authority, even authority exercised in the name of private freedoms. Rights discourse, like any language, may mislead, seduce, falsely console, or wrongly inflame (...)

*There is something too valuable in the aspiration of rights, and something too neglectful of the power embedded in assertions of another's need, to abandon the rhetoric of rights. That is why I join in the effort to reclaim and **reinvent** rights. (Minow, Martha, *Making all the difference*)².*

1. Propósito y justificación de la elección del enfoque (jurídico)

Este trabajo se propone evaluar cuál ha sido el impacto normativo concreto de la Convención sobre los Derechos del Niño³ en la República Argentina a casi quince años de su firma.

* La versión original de este artículo fue escrita en el año 2005 y publicada en Abramovich, V., Bovino, A. y Courtis, C. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, del Puerto, 2007, págs. 253/296. La versión aquí publicada ha sido enriquecida, actualizada y modificada a partir de los valiosos aportes de Ana Aliverti (UBA y University of Oxford) y Verónica Piñeiro (UNS y University of Ottawa) quienes leyeron la versión anterior y la discutieron conmigo, por lo que les estoy enormemente agradecida.

** Profesora de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

¹ Grosman, Cecilia, *El interés superior del niño*, en Grosman, Cecilia (dir.), *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998, pág. 75.

² Minow, Martha, *Making all the difference*, Ithaca, Cornell, 1990, págs. 306/307, destacado propio.

³ En adelante CDN.

El argumento que pretendo desarrollar asume que en esta década y media el tratado ha tenido —en principio— un bajo impacto normativo directo, al tiempo que tuvo un alto impacto político, comunicacional y —eventualmente— simbólico. Este alto impacto por fuera del derecho ha provocado a su vez —como analizaré aquí para el caso argentino— un impacto indirecto de la CDN en el orden normativo federal y provincial de significativas proporciones.

Presentar los efectos de la CDN cual rostro de Jano (el de la realidad vs. el del orden jurídico) denota cierta ingenuidad. Ella me fue señalada hace algún tiempo por una profesora británica⁴ en oportunidad de uno de esos escasos momentos de debate académico sobre este tratado que tienen lugar en la región. Ella dijo, al escuchar sobre mi perplejidad por el pobre derecho que supimos conseguir y por los consiguientes pobres efectos en la realidad que ese pobre derecho había producido en estos años, algo parecido a que sólo una ingenua podía creer que la ley cambiaba la realidad⁵. En sus palabras, la CDN nunca será real pero puede ser una gran herramienta —política— a fin de que las personas se unan para demandar por sus derechos. Si la pregunta correcta es entonces: ¿Ha servido la CDN para desarrollar acción política deseable en términos de ampliación de la ciudadanía de niños y niñas argentinos?, este trabajo no podrá responderla sino de forma liminar y precisamente por esa confianza (¿ingenua?) en la fuerza normativa para producir efectos concretos en el mundo real⁶.

Por ese motivo —y otros relacionados con limitaciones de espacio pero sobre todo personales—, la evaluación que intentaré no pretende ser exhaustiva. Tal pretensión requeriría un extenso trabajo de investigación —sobre todo empírica— que no ha sido hasta la fecha llevado a cabo en nuestro país⁷.

⁴ Se trata de la socióloga Prof. Jane Grugel (Universidad de Sheffield, Reino Unido) quien junto con el Prof. Dr. Enrique Peruzzotti (Universidad Di Tella, Argentina) en el mes de diciembre de 2005 organizó en esta última Universidad un taller sobre el rol de la sociedad civil en la implementación de la CDN.

⁵ Philippe de Dinechin ha criticado fuertemente lo que él denomina “la proposición teórica de los doctrinarios latinoamericanos”, “fundada sobre el concepto de un derecho utópico” y que “no resuelve la cuestión de la efectividad de la CDN en países donde la condición de los niños es a menudo dramática” en su tesis doctoral *La réinterprétation en droit interne des conventions internationales sur les droits de l'homme. Le cas de l'intégration de la Convention des droits de l'enfant dans les droits nationaux en Amérique Latine*, defendida el 10 de mayo de 2006, Institut des Hautes Études de l'Amérique latine, Université de Paris 3.

⁶ Esta doble “maniobra hermenéutica” me recuerda la lectura que Seyla Benhabib realiza de las críticas feministas a la obra de Hannah Arendt. Ella recuerda cómo al mismo tiempo estas autoras procuran encontrar en sus textos la “especificidad de género” al tiempo que la critican y se enfadan con ella por la “ceguera de género” que revelan sus categorías, en Benhabib, Seyla, *La paria y su sombra. Sobre la invisibilidad de las mujeres en la filosofía política de Hannah Arendt*, en Brulés, Fina (comp.), Hannah Arendt, *El orgullo de pensar*, Gedisa, Barcelona, 2000, págs. 97/116, en particular pág. 108.

⁷ Una investigación académica independiente, objetiva, exhaustiva y rigurosa sobre la CDN y su impacto concreto en diferentes niveles no ha sido llevada a cabo en ningún país de América Latina hasta la fecha. Muchos académicos e investigadores han (hemos) estado demasiado vinculados a las agendas “oficiales” —sobre todo de organismos internacionales— relacionadas con este tratado. Sobre esta cuestión, pero enfocada al tema más general de la relación entre académicos y profesionales que trabajan en procesos de consolidación del Estado de Derecho, ver el completo estudio de Julio Faundez, *The Rule of Law Enterprise: Promoting a Dialogue Between Practitioners and Academics*, en “Democratization”, Vol. 12, Nro. 4, agosto 2005, págs. 567-586, ed. Taylor & Francis, 2005. En opinión de Silvia Guemureman —una de las investigadoras pioneras en la Universidad de Buenos Aires sobre estos temas— quien leyó pacientemente este trabajo y lo criticó con dureza, mi afirmación presupone una concepción idealizada de la investigación. A su juicio, la investigación que estimo ausente nunca podría realizarse en la dimensión continental propuesta sin condicionamientos que la hicieran financieramente posible. Le agradezco también que me recordara los diferentes estudios e investigaciones que en el marco de las universidades públicas se realizan desde hace años, los cuales —de manera fragmentada y focalizada pero con notable empeño dadas las difíciles condiciones materiales en las que se realiza investigación en la Argentina— intentan también dar cuenta de la temática con rigurosidad. Una evaluación crítica del impacto global de la CDN a diez años de su firma desde la perspectiva de las organizaciones internacionales puede leerse en *Promesas rotas: Evaluación de los derechos del niño con motivo del 10 aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Human Rights Watch, Children's Rights Division y en *Study on the impact of the implementation of the Convention on the Rights of the Child*, Florencia, Innocenti Research Centre, 2004.

Sin ignorar entonces que un análisis más riguroso de los efectos concretos de la CDN en la Argentina espera sus investigadores, me limitaré a describir y a analizar la forma en la que este tratado ha sido incorporado al derecho federal y local con independencia de que esos cambios normativos —de haber tenido lugar ya sea por una modificación legal particular, ya sea por una sentencia judicial— hayan producido algún efecto deseable en la práctica concreta o en las condiciones reales de vida de los niños y niñas del país.

Asimismo, me concentraré en señalar los aspectos que, en mi opinión, explican la extendida y rápida aceptación y apropiación del tratado en términos meramente retóricos, al tiempo que permiten soslayar debates no resueltos normativamente en la CDN, a fin de proveer algunas herramientas analíticas que faciliten, a futuro, el desarrollo de una hermenéutica que tome en serio los derechos de los niños a partir de una precisa definición de esos derechos y de los mecanismos de exigibilidad indispensables para garantizarlos.

Para ello, luego de una breve descripción de la forma en la que la CDN fue incorporada al derecho argentino, analizaré cómo el tratado ha sido receptado por el derecho federal y por el derecho provincial. Por razones de extensión, no analizaré la considerable cantidad de leyes que tratan de derechos de niños y niñas pero que no fueron planteadas en el debate público como adecuaciones del derecho interno a la CDN aunque lo fueran⁸. A continuación intentaré el mismo ejercicio pero respecto de algunas decisiones de la jurisprudencia de cierta trascendencia⁹. Finalmente, propondré algunas tesis para superar el momento de la propaganda y de una vez ingresar al momento del derecho, ello con la confianza en que un mejor derecho puede contribuir, sin ingenuidades, a que todos los niños y las niñas vivan vidas dignas de ser vividas¹⁰ en la República.

2. Las indefiniciones de la Convención sobre los Derechos del Niño

Como todo instrumento internacional construido sobre consensos prácticamente universales, la CDN tiene algunas características normativas que la pueden convertir en una norma *pour la galerie* en ausencia de voluntad política y/o de desarrollos legales orientados a convertirla en

⁸ Ejemplos claros, una vez más, de la forma sesgada en la que se interpretó la adecuación del derecho interno a la CDN en América Latina. En tal sentido ver *infra* nota 54.

⁹ El análisis del impacto de la CDN en las políticas públicas argentinas tanto federales como provinciales forma parte de esa investigación pendiente que los académicos especialistas en el área deberían emprender algún día. No es un tema menor cuando en la Primera Parte, párrafo 21 de la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, se urgía a los Estados —sobre la base de la masiva ratificación de la CDN— a que se lograra su “(...) efectiva aplicación por los Estados Partes mediante la adopción de todas las medidas legislativas, administrativas o de otro tipo necesarias, y la asignación del máximo posible de recursos disponibles” Cfr. A/CONF.157/24 (Parte I), Cap. III.

¹⁰ En aplicación del trascendente estándar establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el párrafo nro. 144 del “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala -Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63- que determina: “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el **derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna**. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.” (resaltado propio).

una norma que impacte sensiblemente en la realidad jurídico-social. En rigor, probablemente sean estas características las que lograron ese amplio consenso, imposible si el tratado hubiera tenido características diferentes.

De manera resumida, esos rasgos distintivos pertenecen a dos planos: el metodológico y el sustantivo.

En lo que atañe al plano metodológico, cuatro particularidades que no puedo desarrollar aquí revelan el punto que estoy tratando de señalar:

- i. el proceso de ratificaciones incluyó —y consintió— algunas que contienen reservas incompatibles con el objeto y fin del tratado¹¹, aspecto curiosamente ausente en todas las publicaciones que tratan sobre la CDN, por lo menos en español¹²;
- ii. la limitación a cada derecho¹³ que se reconoce en el tratado por razones de edad, madurez, por la capacidad para formarse un juicio propio, a los asuntos de interés del niño o por su interés superior¹⁴, categorías propias del derecho de menores de matriz tutelar clásica¹⁵ que no fueron definidas ni re-conceptualizadas en el tratado¹⁶
- iii. la débil exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales¹⁷; y

¹¹ Como ejemplo, puede señalarse que el gobierno de la República Islámica de Irán reservó el derecho de no aplicar la CDN en tanto ella resulte incompatible con el derecho islámico y la legislación interna del país. Reservas equivalentes —relativas a la CDN *in totum* o algunos de sus artículos— fueron efectuadas por Kuwait, Mauritania, Qatar, Arabia Saudita, etc.. Algunos Estados formularon objeciones a tales reservas sobre la base de que ellas resultan incompatibles con el objeto y fin del tratado y contradicen el principio de derecho internacional según el cual los Estados no pueden invocar las provisiones de su derecho interno como justificación para su fracaso en cumplir con las cláusulas convencionales ratificadas. A tal efecto pueden citarse las objeciones deducidas por Eslovaquia respecto de la reserva efectuada por Qatar, por la entonces Checoslovaquia, respecto de la reserva de Kuwait, por Dinamarca respecto de Djibouti, Pakistán, Siria, Qatar, Botswana, Brunei Darussalam, Arabia Saudita, Singapur e Indonesia, por Finlandia respecto de Jordania, entre otros.

¹² En un informe del año 2004 se señala que existe recientemente una tendencia orientada a revisar y retirar las reservas. Según este informe siete países las han retirado y cuatro lo han hecho sólo en parte. No se indica de qué países se trata. Cfr. *Study on the impact of the implementation of the Convention on the Rights of the Child*, cit. *supra* nota 5, *Summary Report*, pág. 4. Sobre el estado actual de las ratificaciones y reservas la información más actualizada, en inglés, puede encontrarse en la página WEB del Alto Comisionado sobre Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/11.htm#>.

¹³ A modo de ejemplo, el art. 9 establece: "1. Los Estados Parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el *interés superior del niño* (...) 3. Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al *interés superior del niño*" (destacado me pertenece). En sentido similar art. 12, entre otros. Advuértase la diferencia con los límites al art. 13 referido a la libertad de expresión, que son los habituales en tratados de derechos humanos y no se refieren a ninguna característica del niño en particular.

¹⁴ Expresado en términos generales en el art. 3.1 de la Convención: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el *interés superior del niño*".

¹⁵ Formulo esta distinción porque existe un derecho de menores que puede ser caracterizado como de matriz tutelar moderna, desarrollado principalmente en Brasil a partir de la aprobación del Estatuto del Niño y del Adolescente. No puedo tratar el tema aquí por razones de espacio; por todos, remito a GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso, *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989.

¹⁶ En los textos producidos fuera del ámbito regional latinoamericano, la aprobación de la CDN no es presentada como una ruptura sino como una evolución o continuidad cultural en la protección jurídica de la infancia, más allá de que ella constituya un hito relevante. No parece una interpretación descabellada. La CDN no bajó de la luna sino que fue redactada por quienes desde hacía décadas trabajaban por la protección de la infancia en los diferentes países del mundo.

¹⁷ Cfr. art. 4 CDN, los Estados deberán garantizarlos "en la medida de sus posibilidades y con ayuda de la cooperación internacional". Un análisis de este artículo puede encontrarse en RISHMAWI, Mervat, "Article 4: The nature of states parties' obligations", en ALEN, André, VANDE LANOTTE, Johan, VERHELLEN, Eugene, ANG, Fiona, BERGHMANS, Eva y VERHEYDE, Mieke (eds.), *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006. Sobre los alcances de la limitación a los derechos económicos, sociales y culturales sobre la base de las posibilidades de los Estados véase la OBSERVACION GENERAL 3. (Comentario General) *La indole de las obligaciones de los Estados Partes* (pár. 1 del art. 2 del Pacto) del 14 de diciembre de 1990, del Comité del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se advierte una aplicación del criterio aquí sentado por parte del Comité de Derechos del Niño en el *Comentario General 4 (2003) Salud y desarrollo adolescente en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño* del 1 de julio de 2003. Para una crítica de la metodología de cumplimiento del mencionado Pacto Internacional,

iv. el débil mecanismo de control al Estado¹⁸.

En aquello que se refiere al plano sustantivo, es evidente que para lograr los amplios consensos requeridos para una aceptación casi universal del tratado, muchos temas polémicos están ausentes o bien fueron regulados de manera tal que no quede establecido un estándar categórico. Ello se advierte en lo que se refiere a la definición del sujeto niño, a la falta de consideración de diferentes franjas etarias (niños y adolescentes, por ejemplo), a los derechos sexuales y reproductivos, a la prohibición de castigos físicos, al trabajo infantil, a la adopción, a los límites a la protección, a las tensiones entre derechos-deberes de los padres y derechos de los niños y niñas, entre otros¹⁹.

Agregaré dos argumentos adicionales que caracterizan la lectura que se ha hecho de la CDN en el contexto regional y argentino en particular. Por un lado, la CDN fue planteada como techo y no como piso. Por otro lado, se la hizo ocupar la centralidad del debate en torno de la protección a la infancia.

Todas estas razones —y otras institucionales que no puedo analizar aquí— sumadas a que se trata de un tratado que lleva lo políticamente correcto a extremos paradigmáticos, dificultaron (cuando no impidieron) en la Argentina un desarrollo mayor de las cláusulas convencionales en términos teóricos y normativos.

Existen no obstante formas de interpretar la CDN que deben ser construidas sobre la premisa hermenéutica de que el tratado fue aprobado para producir efectos en el orden normativo. De esta manera, una interpretación literal que implique ningún cambio en la condición jurídica de la infancia en un sentido emancipatorio en términos de derechos fundamentales sería contraria al tratado, ello a pesar de sus lagunas y ambigüedades.

Precisamente por tratarse de un tratado que tiene las características antes señaladas es necesario entender que éste fijó mínimos que en la mayoría de los casos es preciso construir, aún como tales, con la ayuda del resto de las normas que informan el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia. De ahí la obligación de los juristas de esmerarse en sus desarrollos argumentales para construir un derecho mejor para niños y niñas que realice concretamente sus derechos y no sólo los declare retóricamente con la consecuencia de producir en la realidad mayor descuido, violencia y aflicción.

véase CHAPMAN, Audrey, "A 'violation approach' for monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", en "Human Rights Quarterly", n.º 18, 1996, págs. 23/66. Se encuentra pendiente la aprobación, por parte de la Asamblea General de la ONU, del Protocolo Opcional a este Pacto, que fue adoptado el 18 de junio pasado, lo que permitiría informes periódicos individuales al organismo encargado de velar por su cumplimiento del modo similar al previsto por el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos. Respecto de la CDN se ha iniciado la discusión pero no se ha adoptado aún ningún documento sobre el particular.

¹⁸ Se trata del mecanismo de informes periódicos. Este tema es particularmente importante, ya que, en muchos casos, esta debilidad se reproduce a nivel nacional. De hecho, las nuevas leyes de protección en el ámbito latinoamericano evidencian una carencia notable en cuanto descuidan el diseño de dispositivos eficaces de garantía y exigibilidad de derechos. Según una nota aparecida el 9 de febrero de 2006 en "Adital. Noticias de América Latina y el Caribe", luego de quince años de vigencia del Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil, 19 de los 27 estados brasileños (un 70 %) no cumplen con la exigencia de que exista por lo menos un consejo tutelar en cada municipio. Un análisis sistemático sobre los mecanismos de control previstos en los tratados puede consultarse en PINO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, cap. VII.

¹⁹ Sobre la historia de todos los antecedentes que condujeron a la aprobación de la CDN en una lectura que claramente no la reconoce como un momento de ruptura sino de continuidad en la evolución de los estándares internacionales de protección a la niñez, tal como fuera señalado en BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004, Cap. IV, pág. 157, véase Legislative History of the Convention on the Rights of the Child, Volumes I and II, United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights and Save the Children, New York y Ginebra, 2007.

3. La incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño al derecho argentino

3.1. Ámbito federal

a) La suscripción y aprobación de la CDN

El 27 de septiembre de 1990 el Congreso Nacional sancionó la ley n° 23.849 —promulgada de hecho el 16 de octubre del mismo año— que aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño²⁰ —adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre del año anterior—. La República Argentina depositó el instrumento de ratificación el 5 de diciembre de 1990.

Tal ley contiene tres artículos que establecen las condiciones de vigencia de la CDN para el derecho interno. Por un lado, el Congreso Nacional hizo reserva de los incisos b), c), d) y e) del art. 21 referidos a la adopción internacional y manifestó que para que rijan esos incisos en el país debería existir “un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta”.

Por el otro, el Congreso Nacional declaró respecto del art. 1 de la CDN que debe interpretarse que niño es todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad.

Respecto del art. 24 inc. 2, f) se interpretó que era obligación de los Estados adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable.

Finalmente, respecto del art. 38, el Congreso Nacional declaró su “deseo” de que la CDN hubiera prohibido terminantemente la utilización de niños en conflictos armados, tal como lo regula el derecho interno argentino, que prevalece en la materia conforme el art. 41 del mismo tratado.

Con esos alcances y desde la fecha de su promulgación de hecho (16 de octubre de 1990), la CDN pasó a formar parte del derecho —federal— argentino²¹ y comenzó a ser de aplicación en todos “(...) los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata”²².

²⁰ Este tratado entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, trigésimo día siguiente a la fecha del depósito del vigésimo instrumento de ratificación o adhesión, conforme el art. 49 de la CDN.

²¹ Conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “El tratado internacional es una norma orgánicamente federal, que importa un acto federal complejo, pues el Poder Ejecutivo Nacional lo concluye y firma (arts. 99, inc. 11, de la Constitución Nacional), el Congreso Nacional lo desecha o aprueba mediante una ley federal (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo Nacional ratifica el tratado aprobado por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional”. En el mismo sentido, “Es irrelevante que la materia del tratado sea de las calificadas como de derecho común, aun cuando se incorporen las normas del tratado a una ley nacional común. Nada de ello puede enervar la sustancia federal que aquéllas poseen en virtud de su fuente internacional”. CSJN voto de la mayoría (Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López, Bossert) en Fallos: 318:2639.

²² CSJN voto de la mayoría (Cavagna Martínez, Barra, Fayt, Nazareno, Boggiano) en Fallos: 315:1492.

b) La CDN y la reforma constitucional de 1994

Posteriormente, como consecuencia de la reforma constitucional que tuvo lugar en 1994, la CDN adquirió jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 CN, con lo que los derechos contenidos en este tratado complementan desde entonces aquéllos que integran la parte dogmática de la Constitución Nacional. Pero no sólo la CDN sino todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por el país en las condiciones de su vigencia adquirieron entonces rango constitucional. La constitucionalización de estas normas ha sido suficientemente examinada por lo que a los fines que aquí se procuran sólo es importante tener presente algunos antecedentes de la reforma constitucional que ayudan a comprender el mayor uso jurisprudencial de los tratados en general, de reciente data.

En el entendimiento de que la reforma constitucional del año 1994 recogió lo que a esa altura constituía el derecho vigente en el país según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y doctrina uniforme²³, es posible afirmar que la inclusión de la CDN en la Constitución no tuvo *per se* mayor impacto normativo; pero que sí tuvo, como señalé en la introducción, un considerable impacto político y comunicacional²⁴. Ello no implica que la reforma constitucional en conjunto no haya tenido algunos efectos en la mejora de la condición jurídica de la infancia en la Argentina. De hecho, ello sí ha ocurrido, por ejemplo, a partir de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires —consecuencia de la mencionada reforma constitucional—, aspecto al que me referiré más adelante.

c) Incorporación de enmiendas y normas complementarias posteriores

En relación con modificaciones o normas complementarias del tratado en análisis, tres merecen ser mencionadas.

En primer lugar, la Enmienda al párrafo 2 del art. 43 de la CDN que sustituyó la palabra “diez” por “dieciocho”, en relación con el número de comisionados del Comité de Derechos del Niño, institución con sede en la ciudad de Ginebra creada por el mismo tratado para observar el cumplimiento de sus disposiciones por parte de los Estados Parte. Esta casi duplicación de miembros del Comité producida por la queja motivada en las demoras en el estudio de los informes, se aprobó el 21 de diciembre de 1995 en la Sesión Plenaria 97²⁵, sin votación, y fue incorporada al derecho argentino por la ley n° 25.043 que se sancionó el 28 de octubre de 1998 y fue promulgada de hecho el 26 de noviembre del mismo año.

²³ Esto es así porque aún antes de la reforma constitucional —y en particular a partir de 1990 cuando la CDN entró en vigencia para el país—, la contradicción de las prescripciones del tratado con otras normas de derecho interno de menor jerarquía podría haber sido considerada una cuestión federal compleja indirecta para someterla a estudio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al tiempo que también se podría haber requerido escrutinio del mismo tribunal pero limitado a la cuestión de la interpretación o alcance del tratado, lo que hubiera constituido un caso de aquellos que los autores llaman “cuestión federal simple”. Ninguno de estos supuestos ocurrió en la realidad; pero que no se hayan planteado juicios que discutieran situaciones donde se alegara que algunas leyes violaban la CDN por acción u omisión con anterioridad a la reforma del año 1994 no significa que no haya existido la posibilidad de hacerlo. Es no obstante interesante preguntarse por qué ese litigio no fue intentado. Cfr. Beloff, Mary, *Constitución y derechos del niño*, en Beloff, Mary, *La protección a la infancia como derecho público provincial*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2008, págs. 17/74. María Laura Clérico me hizo advertir los diferentes matices de la cuestión constitucional aquí analizada.

²⁴ En este sentido es elocuente la contra-tapa de una publicación del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia de la Argentina, que recoge el texto de la CDN y de otras normas internacionales referidas a la justicia juvenil, publicación que se re-edita desde hace diez años. Allí puede leerse “Años atrás no respetar los derechos de los niños era aberrante. Hoy, además, es inconstitucional”.

²⁵ Cfr. A/RES/50/155 del 28 de febrero de 1996.

En segundo lugar, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados²⁶ —aprobado por la Asamblea General el 25 de mayo de 2000, que entró en vigencia el 12 de febrero de 2002—, fue aprobado por el Congreso Nacional por ley n° 25.616 sancionada el 17 de julio de 2002 y promulgada de hecho el 9 de agosto del mismo año²⁷.

En tercer lugar, 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 pornografía²⁸ —aprobado por la Asamblea General el 25 de mayo de 2000, que entró en vigencia el 18 de enero de 2002²⁹—, fue aprobado por el Congreso Nacional por ley n° 25.763 sancionada el 23 de julio de 2003 y promulgada de hecho el 22 de agosto del mismo año³⁰.

En conclusión, el Congreso Nacional tuvo una actitud diligente respecto de la incorporación de la CDN, sus enmiendas y sus Protocolos Facultativos al derecho interno; no así —como explicaré más adelante— respecto de la adecuación del derecho interno en todo cuanto se oponga a las cláusulas convencionales aprobadas, ámbito en el que la legislación federal —tanto por lo que ha regulado tardíamente cuanto por lo que ha omitido regular—, no ha satisfecho la exigencia contenida en el art. 4 del tratado en análisis en cuanto alude a las reformas legales necesarias para dar cumplimiento a los derechos en él regulados.

d) La Ley n° 26.061³¹

A comienzos de la primavera del año 2005³² el Congreso Nacional aprobó la ley n° 26.061 llamada “Ley de Protección integral de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes”.

Después de quince años de ratificada la CDN se sancionó en la Argentina una norma enmarcada en el estilo de las nuevas leyes latinoamericanas y provinciales (aunque mucho menos extensa), sin considerar aspectos básicos que el dictado en la Argentina de una ley de este tipo, para que tuviera real relevancia normativa, exigía.

Para comenzar, la ley carece de Exposición de Motivos. Resulta llamativo que una ley que, por lo menos en el discurso de quienes la sostuvieron políticamente³³, pretendía transformar casi cien años de prácticas tutelares fuertemente arraigadas en la cultura y en las instituciones nacionales, no justifique ni motive en forma alguna el sentido de su dictado.

Para explicar tal omisión es posible argumentar que la crisis de la cultura tutelar y la demanda por un cambio estaban a la fecha tan instaladas que la necesidad de dictar una ley orientada a cambiar esa cultura era casi auto-evidente. Sin embargo, no lo parece tanto cuando:

²⁶ Resolución de la Asamblea General A/RES/54/263.

²⁷ Este Protocolo fue suscripto el 15 de junio de 2000 y ratificado el 10 de septiembre de 2002.

²⁸ Resolución de la Asamblea General A/RES/54/263.

²⁹ Este Protocolo fue suscripto el 1 de abril de 2002 y ratificado el 25 de septiembre de 2003.

³⁰ BO 25/8/03.

³¹ Este capítulo es una apretada síntesis de *Tomarse en serio a la infancia, a sus derechos y al Derecho. Sobre la “Ley de Protección integral de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes” n° 26.061* en “Revista de Derecho de Familia”, Buenos Aires, Lexis-Nexis, n° 33, marzo-abril de 2006, págs. 1/34, artículo al que remito para un análisis más detallado de esta nueva legislación.

³² Se sancionó el 28 de septiembre de 2005 y quedó promulgada de hecho el 21 de octubre del mismo año.

³³ Cfr. versión taquigráfica de la décima quinta reunión correspondiente a la novena sesión ordinaria del Senado de la Nación que tuvo lugar el 1 de junio de 2005.

- a) superado el período del encantamiento de comienzos de la década del noventa es hoy por todos sabido que las cláusulas de la CDN se caracterizan por su vaguedad, imprecisión y debilidad normativa;
 - b) esas cláusulas son operativas tanto para la doctrina y cuanto para la jurisprudencia, cuestión reconocida por los propios legisladores en sus debates previos a la aprobación de la ley³⁴;
 - c) las reformas latinoamericanas no han producido en el área de protección de derechos mayores mejoras en las vidas concretas de los niños y niñas —más allá del avance cultural que representa una ley mejor, que en tal sentido es un fin en sí mismo, no un medio;
 - d) gran parte de las provincias argentinas han dictado leyes sobre el tema en ejercicio de competencia positiva para legislar la materia, tal como se indicará más adelante³⁵;
 - e) la ley de Patronato de Menores —en aquello que es derecho local— a la fecha ya había sido 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;
- por último,
- f) el sistema federal argentino impone un modelo legislativo diferente al del resto de los países latinoamericanos, aún de aquellos federales³⁶, que presupone distinguir claramente qué materias pueden ser reguladas por los estados provinciales y cuáles por el gobierno federal, con qué extensión en cada caso, etc.

Todas estas razones exigían que el Congreso explicara por qué dictaría esta nueva ley, en qué marco, con qué alcances, etc.; pero ello no ocurrió. Más allá de las mejores intenciones de sus impulsores, esta omisión inicial define al conjunto del texto legal en examen como una narrativa que no parece tomarse los derechos más allá de su dimensión retórica ni considerar al proceso legislativo como una actividad muy exigente desde el punto de vista jurídico-formal; en definitiva, parece tratarse de una ley que no se toma *el derecho* ni *los*

³⁴ Cfr. versión taquigráfica de la décima quinta reunión correspondiente a la novena sesión ordinaria del Senado de la Nación, 1 de junio de 2005. En el mismo sentido GROSMAN, Cecilia, "La Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados de derechos humanos, también aplicables al niño por ser persona humana, tienen operatividad inmediata. Los derechos consagrados completan e integran el sistema legal y los jueces deben hacerlos efectivos, aunque no sea más que en su expresión mínima, a la espera de una **regulación más amplia y precisa** que determine las condiciones de su ejercicio. Cuando ni la exégesis ni la integración resultan suficientes, están presentes los mecanismos de control constitucional que permitirán el amparo y la declaración de inconstitucionalidad de toda norma que lesione, restrinja o limite los derechos contenidos en los tratados." —destacado propio— en GROSMAN, Cecilia, *Los derechos del niño en la familia* ... op. cit. supra nota 1. Llama la atención la claridad con que la doctrina indicaba desde hacía años la necesidad de desarrollar y precisar los pisos mínimos establecidos por el tratado frente a la deficiente regulación de la norma reglamentaria finalmente aprobada que aquí se comenta.

³⁵ Ver capítulo 3.2.

³⁶ Por ejemplo, México y Brasil, países con mucho mayor grado de concentración de poder en el gobierno federal. Aún cuando, en el caso de México, los estados pueden dictarse normas de fondo, estas reproducen casi literalmente los códigos federales, además de que las legislaturas son controladas por el curioso mecanismo llamado "amparo" que permite prácticamente que cualquier decisión local sea revisada por tribunales federales, aún decisiones electorales.

derechos en serio ya que hace pensar en que la rigurosidad es un aspecto menor cuando de legislar sobre personas menores de edad se trata³⁷.

En segundo lugar, la ley no introduce mayores cambios en la regulación de la condición jurídica de la infancia en su conjunto en la Argentina. Más allá de su peculiar redacción, cada vez que menciona un derecho utiliza el giro: “conforme la legislación vigente” u otro equivalente. Los derechos de los que trata esta ley ya están incluidos en el orden normativo argentino con rango constitucional. Una ley podía “reglamentarlos” si se lo consideraba necesario. Lo que no se comprende bien es que la ley “reglamentaria” reitere esos mismos derechos y remita para darles contenido-operatividad-eficacia a la “legislación vigente”. En este punto en particular, ¿cuál sería el sentido del dictado de normas de este tipo?³⁸

Como ha sido mencionado reiteradamente, adecuar el derecho interno del país a los compromisos internacionales requiere revisiones normativas de consideración, análisis que se hace aún más complejo cuando se trata principalmente de la adecuación a un tratado cuyas cláusulas son, en general, imprecisas y vagas. Nada de ello ha ocurrido con la ley n° 26.061.

La ley se organiza en seis Títulos: I. Disposiciones generales, II. Principios, derechos y garantías, III. Sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, IV. Órganos administrativos de protección de derechos, V. Financiamiento y VI. Disposiciones complementarias.

Si se desconocieran el contexto de la aprobación de esta ley y las buenas intenciones de sus artífices no sería difícil concluir que fue sancionada solamente para reformar, a nivel federal y nacional, la estructura administrativa encargada de la protección a niños, así como para crear un nuevo organismo, el “defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, cuya inserción en el propio sistema creado por la ley carece de sentido. Probablemente, esto sea lo único concreto, nuevo, que la ley instituye. De hecho, de los 78 artículos que la integran, 46 se dedican a los aspectos burocráticos. Nada de problemático habría en ello si para tal fin se sancionó la ley, pero no lo sabemos porque, como indiqué, esta carece de Exposición de Motivos y los debates previos y reacciones posteriores parecen indicar que se aprobó para otra cosa.

Por ello sabemos que la ley se aprobó con el fin de transformar la condición jurídica de la infancia y derogar la casi centenaria cultura tutelar. Para ello, el legislador dedicó apenas 32 artículos, algunos de los cuales se repiten o contradicen entre sí, otros son confusos, otros, completamente innecesarios. Sin mayor sistemática, la ley reitera las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño que constituían su piso, no su techo; y sólo logra introducir algunas garantías mínimas que ya eran en muchas jurisdicciones reconocidas por la ley y en otras por la interpretación de los tribunales³⁹.

³⁷ Banalidad normativa puede ser un giro adecuado para referirse a la manera en la que se producen leyes todo el tiempo sin mayores cuidados siquiera formales, cuestión que excede la aquí estudiada ampliamente. La forma alarmante en la que se ha modificado el derecho penal argentino en los últimos diez años es un buen ejemplo de la consideración del proceso legislativo como un fin en sí mismo, para los medios. Poco importa luego la forma en la que esa ley produzca, reproduzca o no produzca efecto alguno en la realidad.

³⁸ A nivel político de lo único que se habló con posterioridad a la aprobación de la ley —en rigor casi simultáneamente con ella— fue de cómo se la reglamentaria, con la ingenua esperanza de que mediante un reglamento se lograrían subsanar los defectos estructurales de su texto. Ello, como era previsible, no ocurrió.

³⁹ En tal sentido es ilustrativo que uno de los artículos publicados en la revista “La Ley” que puede considerarse “pro” ley n° 26.061, concentrado en aspectos procesales, cada vez que pretende señalar un avance que introduciría esta nueva normativa, indica con citas que ya la jurisprudencia resolvía el punto de ese modo.

Probablemente el dictado de la ley se justifique por dos artículos relevantes —más allá de lo burocrático que puede tener incidencia en la implementación de una ley pero que no la tiene en una ley de este tipo y menos en la forma en la que ha sido legislado: el art. 27 y el art. 33 *in fine*.

El primer artículo amplía ligeramente el estándar convencional (arts. 12, 37 y 40) cuando establece:

“Artículo 27. Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos.

Los Organismos del Estado *deberán garantizar* a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo *que los afecte*, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
- a que su opinión sea tomada *primordialmente* en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia⁴⁰ desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine⁴¹;
- a participar activamente en todo el procedimiento;
- a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.” (resaltado propio)

El segundo artículo fija el estándar que ya habían recogido varias leyes latinoamericanas, criterio clave en materia de adopciones de niños en países con altos niveles de pobreza (que paradójicamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos debilitó en su Opinión Consultiva 17⁴²):

⁴⁰ Llama la atención la caracterización de los abogados como “especializados en niñez y adolescencia”. La ley parece estar re-creando una nueva autonomía del derecho de menores, tal como ocurrió en Brasil. Sin embargo, ello tiene lugar en el marco de una norma que pretende abolir para siempre jamás el derecho de menores de matriz tutelar clásica. En esta inteligencia tal definición de la especialidad de los abogados parece ociosa. Es obvio que en un proceso penal un adolescente imputado de delito precisará un abogado versado en derecho penal, en un proceso administrativo a un profesional conocedor del derecho administrativo, en un proceso de familia, a un letrado idóneo en ese ámbito del derecho. En todos los casos, tal como ocurre con los adultos, sería mejor que los abogados que intervengan tengan entrenamiento práctico y experiencia acumulada en casos similares, por lo que serían más adecuados abogados que además de su solvencia en una rama determinada del derecho, tuvieran experiencia en procesos que involucren niños o niñas (del mismo modo que es más adecuado recurrir a un abogado con experiencia en casos de violencia si se tiene un problema de ese tipo); pero ello no permite concluir que exista una especialidad jurídica en “niñez y adolescencia”, por lo menos no con la extensión pretendida por quienes defienden la autonomía de este derecho. Por lo demás, la distinción no responde al sistema de matrícula habilitante para todas las ramas del derecho que rige en el país.

⁴¹ La ley no resuelve otros problemas mayores como la superposición de roles entre el abogado patrocinante, el asesor de menores (art. 59 del Código Civil) y el defensor creado por la propia ley, la representación necesaria por los padres del niño o niña, etc..

⁴² Una crítica al fallo en Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, Capítulo IV.

“La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización.”

Para terminar el punto y en cuanto es útil a la perspectiva aquí adoptada, es claro que con la ley n° 26.061 el Congreso Nacional final y formalmente cerró el capítulo abierto en 1919 con la aprobación de la Ley de Patronato de Menores n° 10.903 —ley cuestionada hasta por su propulsor Luis Agote como incompleta y coyuntural— y puso fin a una discusión agotada tanto jurídica cuanto políticamente. La importancia de este acto es más simbólica que normativa porque, como expliqué, la ley estaba derogada tácita y explícitamente desde hacía años; y porque el texto de la nueva ley tiene numerosos problemas y —más allá de lo destacado— no avanza sobre otros aspectos fundamentales para transformar la condición jurídica de la infancia y la adolescencia en la Argentina allí donde tales cambios sean necesarios.

En lo sustancial, la ley tiene pocos artículos que pueden ser aplicados sin dificultades: me refiero fundamentalmente a aquellos que desarrollan garantías de debido proceso a esta altura reconocidas por gran parte de la jurisprudencia. En lo formal (que parece ser el aspecto en el que decididamente se explaya la ley), la ley contiene normas procesales y de organización. Las primeras presentan problemas constitucionales diversos; las segundas son las que, *a priori*, pueden tener mayor impacto concreto y podían justificar el dictado de una ley federal en la materia. Sin embargo, el modelo organizacional elegido no logra cumplir tal cometido.

Con todo, debe destacarse el enorme impacto político que ha tenido la ley, sobre todo en las jurisdicciones que cuentan con leyes tutelares inquisitivas o bien en aquéllas que carecían de legislación específica, para promover las demoradas reformas a nivel local.

Con lo expuesto es posible concluir que aunque tardía y deficitariamente, el ideario convencional —tal como ha sido interpretado en América Latina— ha sido adoptado por el Congreso federal con esta nueva norma y por tal razón, ella ha sido incluida en este texto.

3.2. Ámbito provincial

3.2.1. Descripción general de las reformas provinciales

Como señalé en otra oportunidad⁴³, el ideario y algunas prescripciones de la CDN han sido más receptados por las legislaciones provinciales que por el derecho federal, ya que fueron primero y principalmente las provincias argentinas las que han dado cum-

⁴³ Cfr. Beloff, Mary, *Constitución y derechos del niño*, cit. *supra* nota 22.

plimiento al mandato emanado por el art. 4 de la CDN que exige —como es habitual en este tipo de convenciones— que los estados realicen reformas legales para garantizar los derechos incluidos en el tratado.

Las razones por las cuales al derecho público local argentino le ha resultado más fácil renovarse o re-fundarse a partir de la CDN exceden el propósito de este artículo⁴⁴. No obstante es importante en esta evaluación sobre el impacto de este tratado en la Argentina tener presente que la producción en serie de leyes sin adecuaciones a la singularidad de cada lugar y sin un correlato de transformaciones institucionales en la misma línea, en un modelo que se propone —por lo menos a nivel retórico— descentralizar la atención y acercar la protección directa a la comunidad de pertenencia del niño, no puede sino tener enormes dificultades de implementación.

A la fecha gran parte de las provincias argentinas han reformado o bien dictado por primera vez leyes dirigidas a regular, en el ámbito local, la condición jurídica de la infancia. En prácticamente todas las provincias se han dictado leyes que tienen como objetivo declarado adecuar el derecho local a la CDN. Así Mendoza⁴⁵, Chubut⁴⁶, Neuquén⁴⁷, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴⁸, Tierra del Fuego⁴⁹, Río Negro⁵⁰, Salta⁵¹, San Juan⁵² y Provincia de Buenos Aires⁵³ —ésta en una particular situación—, además de

⁴⁴ Algunas hipótesis son exploradas en BELOFF, Mary, *Constitución y derechos del niño*, ibidem.

⁴⁵ La ley de Mendoza n° 6.354 del 7 de diciembre de 1995 fue la primer ley provincial dictada luego de la ratificación de la CDN por la Argentina.

⁴⁶ Ley n° 4.347 de Protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia, aprobada el 16 de diciembre de 1997.

⁴⁷ Ley n° 2.302 de Protección integral del niño y el adolescente, del 7 de diciembre de 1999.

⁴⁸ Ley n° 114 de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, aprobada el 3 de diciembre de 1998.

⁴⁹ Ley n° 521 de Protección integral de los derechos de niños, niñas, adolescentes y sus familias, aprobada el 28 de noviembre de 2000.

⁵⁰ Ley n° 3.097 de Protección integral y promoción de los derechos del niño y del adolescente.

⁵¹ Ley n° 7.039 aprobada el 8 de julio de 1999.

⁵² 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.

⁵³ En la Provincia de Buenos Aires se aprobaron dos leyes: la ley n° 12.607 y la ley n° 13.298 que en líneas generales son similares a las otras leyes provinciales previamente aprobadas.

Esta provincia presenta el caso más curioso de resistencia al cambio normativo, sólo comparable con la situación que se ha dado en Guatemala. En efecto, la entrada en vigencia de la ley n° 12.607, aprobada por unanimidad por la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, fue suspendida en un caso impensable si se tratara de otra materia, por una medida cautelar dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, a pedido del titular del Ministerio Público Provincial, medida cautelar que se extendió por más de dos años sin que se resolviera sobre el fondo del asunto. El conflicto, básicamente, se reducía a la desjudicialización propuesta por la ley de algunas cuestiones vinculadas con la protección a los niños. En la práctica, ello significó que los Tribunales de Menores de la provincia continuaran aplicando el Decreto-ley n° 10.067, retuvieran las competencias asistenciales —transferidas por la nueva ley a los municipios— y no aplicaran los derechos y principios emanados de la Convención, situación particularmente grave en relación con los niños y adolescentes imputados de haber cometido delitos.

En el año 2002 la Legislatura provincial convirtió lo que era un claro conflicto de poderes y un asunto de gravedad institucional en un acuerdo: aprobó una ley que convalidaba la decisión de la Corte. Finalmente, la Corte rechazó la acción, mientras la Legislatura siguió aprobando leyes que prorrogaban la vigencia del Decreto-ley n° 10.067, hasta que nuevamente aprobó una ley, la n° 13.298, cuya vigencia también fue suspendida por una nueva medida cautelar solicitada por la Procuración General. Como ocurrió con la ley n° 12.607, el tema de fondo no se resolvía y mientras tanto los niños y niñas de la provincia seguían esperando tener abogados defensores, conocer la imputación que existe en su contra por un órgano independiente como el fiscal, no ser detenidos sino por flagrancia u orden escrita de autoridad competente, no ser separados de su familia por razones de pobreza, derechos elementales de cualquier persona, no por la sensibilidad individual de algunos funcionarios y magistrados —que siempre existieron— sino por imperativo legal, que eventualmente pudo haber sido resuelto por la jurisprudencia. Para junio de 2008 se previó la entrada en vigencia de la nueva ley, con nuevos funcionarios, jueces y magistrados, de modo gradual en los diferentes Departamentos Judiciales. Ver sobre el tema BELOFF, Mary, *Un fallo tardío pero dichoso. (Comentario a la sentencia I.2278 "Procurador General de la Suprema Corte de Justicia v. Provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad Ley 12.607. Acción de inconstitucionalidad")*, en "Revista de Derecho de Familia", 2003-I, Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, págs. 72/93.

Misiones⁵⁴, Jujuy⁵⁵, Chaco⁵⁶ y Córdoba⁵⁷ han dictado leyes de protección a la infancia, con modalidades y alcances diferentes, con posterioridad a la aprobación del tratado en análisis por parte del gobierno federal.

Por otro lado, más allá del dictado de una ley dirigida explícitamente a regular derechos de niños y niñas en una provincia, existen otras materias⁵⁸ que involucran estos derechos y que en algunos casos han considerado a la CDN entre los fundamentos para su dictado⁵⁹.

En este marco merece ser destacada la circunstancia de que la mayoría de las nuevas leyes provinciales fueron dictadas con anterioridad a la reforma constitucional, sobre la base de que las provincias asumieron competencia positiva para legislar con un nuevo enfoque sobre el tema, tal como algunas, en especial las del Centro y Norte del país, lo habían venido haciendo a lo largo de todo el siglo XX, o bien como una oportunidad para dictar leyes en un ámbito en el que no existían normas locales específicas, como ocurrió en algunas provincias jóvenes de la Patagonia (Chubut o Neuquén, por ejemplo)⁶⁰.

En síntesis, más de la mitad de las provincias argentinas han aprobado, —en ejercicio de facultades de protección a la niñez no delegadas al gobierno federal⁶¹— leyes con mayor o menor grado de desarrollo de los derechos contenidos en la CDN, con mayor o menor detalle en los mecanismos institucionales y de exigibilidad, que reproducen en mayor o menor medida el modelo de legislación latinoamericana o provincial para la niñez de la

⁵⁴ Ley n° 3.820 "Ley 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.

⁵⁵ 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 CDN n° 23.849 (art. 2). La Rioja aprobó una ley de "Protección integral del niño-a y del adolescente" n° 7.590 el 20 de noviembre de 2003 que fue vetada por el decreto 991 del 5 de diciembre de 2003.

⁵⁶ La provincia del Chaco dictó una 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).

⁵⁷ En el mismo sentido la provincia de Córdoba aprobó la ley n° 9.053 el 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 derechos de 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.

⁵⁸ Tal es el caso de las leyes que regulan sobre salud, educación, contravenciones y faltas (que a su vez incluyen las normas vinculadas con las adicciones: básicamente tabaquismo, alcoholismo y otras adicciones a sustancias prohibidas, superpuestas con normas vinculadas con el derecho a la salud), alimentos, trabajo, todas las leyes orgánicas (defensa, ministerio público, poder judicial, organismo del ejecutivo), policía, violencia familiar, planes materno-infantiles, sistemas de registro e identificación del recién nacido, programas para jefes y jefas de hogar, programas para niños con necesidades especiales, regulación de Internet, las adhesiones a tratados suscriptos por la Nación y convenios con organismos nacionales.

⁵⁹ Lo mismo ocurre en el ámbito federal, tal como señalé en el primer apartado. Un estudio de las reformas legales a nivel provincial relacionadas con los derechos de niños y niñas que no se limite a las normas explícitamente denominadas de protección de niños está también pendiente de realización en el país.

⁶⁰ Lo que reafirma la tesis de que la ley n° 10.903 en este punto específico fue una ley local para la Capital Federal y los territorios nacionales. La mayoría de los "territorios" o "gobernaciones" nacionales fue provincializada por las leyes n° 14.037 del 20 de julio de 1951 (Chaco y La Pampa) y 14.408, sancionada el 15 de junio de 1955 (Formosa, Chubut, Neuquén y Río Negro), proceso que —con excepción del régimen implementado para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 (arts. 3 y 129)— culminó con la creación de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, mediante el dictado de la ley n° 23.775 del 26 de abril de 1990.

⁶¹ De acuerdo con la tesis que asume que siendo estas competencias tales, aún la Ley de Patronato de Menores n° 10.903, en lo pertinente, fue dictada por el Congreso Federal en ejercicio de facultades como legislatura local para los territorios nacionales y la Capital Federal. Cfr. BLOFF, Mary, *Constitución y derechos del niño*, cit. *supra* nota 22.

década del '90. Por ello es posible afirmar que es en el ámbito provincial donde la CDN ha sido el motor de las mayores transformaciones normativas en el país.

En el siguiente apartado me concentraré en la Ciudad de Buenos Aires como caso emblemático del tipo de transformaciones legales a las que acabo de aludir.

3.2.2. El caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El ejemplo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es muy útil para explorar el impacto indirecto de la CDN en el derecho argentino. Como es ampliamente conocido, la Ciudad de Buenos Aires adquirió autonomía⁶² como consecuencia del llamado Pacto de Olivos, que motivó la reforma de la Constitución federal en 1994 —aquella que entre otros tratados internacionales sobre derechos humanos, incorporó la CDN al texto de la Carta fundamental— y de la ley n° 24.588 de “Garantía de los intereses del estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires”, conocida como “Ley Cafiero”.

Esta autonomía implicó que la Ciudad se dictara, en primer término, una constitución. Esta fue sancionada el 1 de octubre de 1996 e incluyó a quienes denominó “niños, niñas y adolescentes” en el Capítulo 10⁶³:

“ARTÍCULO 39.- La Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y deben ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad. Cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes.

Se otorga prioridad dentro de las políticas públicas, a las destinadas a las niñas, niños y adolescentes, las que deben promover la contención en el núcleo familiar y asegurar:

- La responsabilidad de la Ciudad respecto de los privados de su medio familiar, con cuidados alternativos a la institucionalización.
- El amparo a las víctimas de violencia y explotación sexual.
- Las medidas para prevenir y eliminar su tráfico.
- Una ley prevé la creación de un organismo especializado que promueva y articule las políticas para el sector, que cuente con unidades descentralizadas que ejecuten

⁶² En adelante la Ciudad. Ver artículo 129 de la Constitución Nacional: “La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.

En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones”.

⁶³ También reconoció derechos a los jóvenes en el Capítulo 11: “Artículo 40. La Ciudad garantiza a la juventud la igualdad real de oportunidades y el goce de sus derechos a través de acciones positivas que faciliten su integral inserción política y social y aseguren, mediante procedimientos directos y eficaces, su participación en las decisiones que afecten al conjunto social o a su sector.

Promueve su acceso al empleo, vivienda, créditos y sistema de cobertura social.

Crea en el ámbito del Poder Ejecutivo y en las Comunas, áreas de gestión de políticas juveniles y asegura la integración de los jóvenes”.

Promueve la creación y facilita el funcionamiento del Consejo de la Juventud, de carácter consultivo, honorario, plural e independiente de los poderes públicos”.

acciones con criterios interdisciplinarios y participación de los involucrados. Interviene necesariamente en las causas asistenciales.”

En consonancia con el modelo constitucional adoptado, la carta fundamental del nuevo estado incorporó específicamente como titulares de derechos a diferentes grupos, entre ellos el de quienes llamó —por primera vez en el orden local— “niños, niñas y adolescentes”. Les reconoció derechos y garantías específicos:

- a) a ser informados, consultados y escuchados, sin limitación alguna, en lo que constituye un estándar más alto que el de la CDN, que limita notablemente estos derechos;
- b) a la intimidad y privacidad, otra vez, sin limitaciones;
- c) la posibilidad de reclamar por sí en caso de que estén “afectados o amenazados” —probablemente a ello se refiera concretamente la primera oración cuando establece que se los reconoce como sujetos “activos” de sus derechos;
- d) a su “protección integral” (pero no sabemos qué significa “protección integral”⁶⁴, ni siquiera la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha podido definir a la fecha⁶⁵);
- e) prioridad dentro de las políticas públicas (garantía genérica);
- f) protección especial a los privados de medio familiar procurando alternativas a la institucionalización;
- g) y protección especial de las víctimas de tráfico y explotación sexual.

De manera que, más allá de los derechos genéricos, dentro del grupo de niños, niñas y adolescentes, los subgrupos merecedores de protección constitucional específica son dos: privados de su medio familiar y víctimas de tráfico y explotación sexual⁶⁶.

Merece también ser mencionada la transformación ocurrida con los edictos policiales. Estos constituían la puerta principal de ingreso de causas tutelares a la justicia nacional de menores. La Constitución porteña los abolió⁶⁷ probablemente no por una preocupación vinculada con la protección de niños en clave tutelar sino por otros motivos relacionados con el control social urbano en general, históricamente en manos policiales. Posterior-

⁶⁴ Es del caso recordar, una vez más, que el Régimen Penal de la Minoridad aprobado a comienzos de la década del 80 bajo gobierno de facto mediante ley n° 22.278 —posteriormente validado como la mayoría de las leyes del período militar—, refiere a la “protección integral” de los menores. La expresión ha sido tomada a partir de los años ‘90 para evidenciar el contraste con el modelo legislativo anterior, denominado (aún por mi misma) también con algo de ligereza, de “situación irregular”. Estas categorías fueron trasladadas, a los fines explicativos, del contexto brasileño al resto del continente pero, en rigor, tal desplazamiento es susceptible de varias críticas como la que aquí se señala.

⁶⁵ Cf. CIDH, Opinión Consultiva n°. 17: “Condición jurídica y derechos humanos del niño”. Un análisis crítico de esta opinión consultiva en BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Cap. IV, cit. *supra* nota 42.

⁶⁶ No hay mayor registro de por qué el artículo quedó redactado de esta manera y no consideró otros subgrupos de niños y niñas cuyos derechos merecieran especial protección.

⁶⁷ Un caso que involucró a un menor de edad contribuyó directamente a esta decisión política. Se trata del caso de Walter David Bulacio, de 17 años de edad, quien fue detenido el 19 de abril de 1991 en una *razzia* organizada por la Policía Federal, fue trasladado a la comisaría con otros jóvenes, encerrado, golpeado en un calabozo y murió después en un hospital. Como consecuencia de ese episodio que provocó una considerable movilización social se derogó el llamado *Memorandum 40* de la Dirección de Asuntos Judiciales de la Policía Federal Argentina y se reformó la ley de detención por averiguación de antecedentes. El Estado argentino reconoció su responsabilidad internacional en el caso y la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia el 18 de septiembre de 2003, doce años después.

mente, en su reemplazo, la Legislatura dictó un Código Contravencional que estableció que los menores de dieciocho años de edad no son punibles por contravenciones, con lo que se produjo un cambio trascendental en las políticas de control social urbano de los adolescentes en el territorio porteño cuyo análisis excede el propósito de este artículo, pero que tiene la mayor relevancia teórica y empírica.

Al reglamentar el artículo 39 constitucional, la Ciudad de Buenos Aires asumió, al igual que otras provincias, facultades para legislar en materia de protección de derechos de niños y niñas. Así dictó la ley n° 114 en consonancia con la tesis que he defendido consistente en que, en principio, estas facultades eran locales y no federales⁶⁸.

Este intenso proceso legislativo porteño no parece haber sido directamente determinado por la aprobación de la CDN. Sin embargo, lo ha sido por lo menos de manera indirecta ya que ella fue invocada en los debates de la constituyente local y en los debates legislativos tanto a la hora de aprobarse el art. 39 constitucional porteño⁶⁹ —arriba transcripto— cuanto la ley n° 114⁷⁰.

Por otro lado, esta ley local n° 114 *derogó expresamente*⁷¹ la ley nacional n° 10.903 de Patronato de Menores. Esta fue dictada en 1998 por quienes tenían competencia constitucional para hacerlo ya que la ley n° 24.588 de “Garantía de los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires”, conocida como ley Cafiero, no limitó a la Ciudad en este aspecto. Además, ya desde 1994-6 la Ley de Patronato de Menores había perdido ámbito territorial de aplicación con la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires ya que para entonces no existían más territorios nacionales en los que pudiera aplicarse (salvo la reducida jurisdicción federal).

Ello no significó que para el momento en que estos cambios se produjeron el gobierno nacional hubiera cesado, en la práctica, su intervención en el ámbito local. Este continuó actuando a través de sus órganos judiciales (jueces de menores y de familia de la justicia nacional así como jueces federales⁷²) y del Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Esto se explica porque por el modo en el que se produjo la autonomía porteña, las cuestiones referidas a la justicia no podrían ser reguladas por la legislatura local; y por ese motivo la ley n° 114, en ciertos aspectos, está incompleta. Pero es evidente que estas intervenciones tutelares en el ámbito local son *de facto*, ya que la protección —en términos de atención directa— a los

⁶⁸ Cfr. BELOFF, Mary, *Constitución y derechos del niño*, cit. *supra* nota 22.

⁶⁹ Cfr. sesión del día 27 de septiembre de 1996 de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires publicada en el Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Año 1996, Tomo III, pág. 279 y siguientes.

⁷⁰ Cfr. versión taquigráfica de la trigésimo segunda sesión ordinaria de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que tuvo lugar el día 3 de diciembre de 1998, pág. 60 y siguientes.

⁷¹ Cláusula transitoria segunda.

⁷² El reciente caso de un juez federal que adoptó medidas tutelares en el marco de un proceso seguido contra menores *skinheads* punibles por lesiones graves provocadas a otro menor, medidas consistentes en visitar la Fundación Memoria del Holocausto y recibir allí un curso dictado por el propio juez, es ilustrativo respecto de la amplitud de las facultades discrecionales de los jueces en el marco de la ley de Patronato de Menores, aquí en clave “progresista” pero con idéntica justificación legal. Cfr. Revista “La Ley”, Año LXIX, Nro. 249, viernes 23 de diciembre de 2005, pág. 5.

niños se ha transformado en el ámbito local, por imperio de la ley n° 114, aún para los casos de niños y niñas autores o víctimas de delitos.

Por otro lado, aún si se aceptara que la ley n° 10.903 de Patronato de Menores es una ley nacional, pero es contraria a la CN, ésta no podría tener primacía como ley nacional sobre las provinciales de signo diferente. Por este motivo la solución que un juez de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires encontró frente a la ineficiencia de las intervenciones del ejecutivo local en casos de protección a adolescentes travestis víctimas de explotación sexual, consistente en considerar de aplicación la ley nacional n° 10.903 y dar intervención a la justicia nacional de menores es, más allá de otras consideraciones, desacertada desde el punto de vista jurídico, tal como lo ha resuelto adecuadamente la Cámara de Apelaciones local⁷³.

La transformación que se ha dado en este tema en el territorio porteño es notoria en los casos de niños y niñas acusados o víctimas de contravenciones o de delitos transferidos al ámbito local. Según el derecho local los menores de dieciocho años no son punibles de contravención⁷⁴ salvo las de tránsito. Esta acertada decisión del legislador local de excluir del reproche penal contravencional a los menores de edad⁷⁵ —que se ha mantenido con ligeras variantes en todas las versiones del Código Contravencional desde su primer redacción— ha significado como sostuvo una transformación sustancial de la manera en la que se lleva adelante el control social formal urbano sobre menores de edad. En efecto, desde la derogación de los edictos policiales —puerta de acceso a las disposiciones tutelares de la justicia nacional de menores a través de lo que se conocía como “amparo-ley 10.903”—, los expedientes tutelares de la justicia de menores se han reducido a los casos de menores imputados o víctimas de delitos (art. 14 ley n° 10.903). Ya he señalado que aún en estos casos las disposiciones son *de facto*, basadas sobre la aplicación de una ley derogada; no obstante, es importante tener presente la significativa reducción de la intervención de estos juzgados penales en cuestiones meramente sociales. Como se ha señalado en otra oportunidad, algunas de estas causas “asistenciales” son ahora materia de intervención de los juzgados nacionales de familia; pero aún admitiendo el aumento de la intervención de estos juzgados no penales, la transformación que se ha dado en el ámbito local en términos de reducción del control social formal del Estado en cuestiones de protección de niños y niñas merece ser destacada⁷⁶.

En síntesis, estos cambios, consecuencia de las transformaciones legales a las que hice referencia al comienzo de este apartado, son también —e indirectamente— producto de la CDN.

⁷³ Cfr. CAContr., Sala II, causa n° 1101/CC/01, “M. N. R. s/ art. 71 s/ apelación”, sentencia 1294, 20/12/01.

⁷⁴ Art. 11 inc. 1° del Código Contravencional vigente.

⁷⁵ Sobre la despenalización de infracciones penales de menor envergadura conforme los estándares internacionales ver Beloff, Mary, *Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual* en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2005.

⁷⁶ Esto no significa que el enorme complejo institucional creado para la protección de niños y niñas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sea eficiente. Los recurrentes e insólitos conflictos al interior del Ministerio Público tutelar así como la desconexión entre los múltiples actores públicos dentro del ámbito del Ejecutivo que tienen por misión velar por la plena vigencia de los derechos de niños y niñas en el ámbito local dan cuenta de la inadecuación institucional del diseño adoptado pese a la claridad conceptual y política de los operadores en términos de derecho internacional de los derechos humanos.

4. Recepción de la CDN por la jurisprudencia

Tal como indiqué en el primer capítulo, la CDN integra el derecho federal argentino desde 1990. Sin embargo, su uso por los tribunales en los primeros diez años de su vigencia fue entre escaso y nulo, a pesar de que, aún antes de la reforma constitucional que incorporó éste y otros tratados al texto de la norma fundamental, la jurisprudencia de la CSJN indicaba claramente la forma en la que estos tratados debían ser aplicados en el derecho positivo argentino⁷⁷.

En ese período pueden encontrarse pocos fallos de la CSJN que utilizaron entre sus argumentos a la CDN sin mayor análisis y orientados a reforzar la tesis central del caso⁷⁸. Lo mismo puede advertirse en la jurisprudencia de algunas cámaras federales, en particular de la Cámara Federal de San Martín⁷⁹ y eventualmente alguna decisión de la Cámara Federal porteña, así como en algunas decisiones de la justicia nacional civil y de familia.

No obstante, sobre el final de la década de 1990, por razones que aún no han sido suficientemente estudiadas pero entre las cuales la incorporación al texto constitucional debe ocupar un lugar central, se advierte un uso mucho más intensivo de los tratados por los tribunales locales, de los que da cuenta este libro en su anterior y en esta edición. La modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la difusión del derecho internacional de los derechos humanos tanto en lo procesal cuanto en lo sustantivo, expresado en publicaciones, foros, seminarios, etc., la conciencia de los operadores del sector justicia de la existencia de un tribunal supranacional y de la responsabilidad internacional del estado que podrían acarrear sus actos al margen del derecho convencional ratificado por el país, la cantidad de egresados de Facultades de Derecho, en particular de la Universidad de Buenos Aires, entrenados en derecho internacional de los derechos humanos y en su aplicación en el derecho interno, el activismo de algunas organizaciones privadas dedicadas al tema, entre otras, pueden explicar esta importante transformación de la práctica judicial argentina.

Curiosamente, la nueva jurisprudencia que incorpora normas, sentencias e informes internacionales no ha producido una correlativa nueva forma de argumentación legal que la novedad de la fuente del derecho ahora utilizada exigía. En la mayor parte de los casos este conjunto de normas internacionales convencionales y no convencionales se incorpora al texto de la decisión mediante transcripciones sin análisis alguno.

⁷⁷ Un estudio del uso de la CDN por los tribunales nacionales y federales puede encontrarse en WEINBERG, Inés M. (directora), *Convención sobre los Derechos del Niño*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.

⁷⁸ Cfr. CSJN Fallos: 318:1269 donde se interpreta el art. 3 respecto de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; y Fallos: 323:854 referido a una cuestión de competencia resuelta por aplicación también del mismo art. 3 CDN.

⁷⁹ Por ejemplo, la Cámara Federal de San Martín en un fallo pionero que fijó mínimas garantías de debido proceso en los procesos seguidos contra adolescentes infractores, estableció que "toda imputación contra un menor al que se considere no punible debe ser precedida de la 'comprobación del delito (...)' que permita en los términos del art. 193 del Cód. Procesal Penal de la Nación examinar 'si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad (...)' y 'establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen o influyan en la punibilidad (...)', como así también determinar si el menor ha cometido el hecho investigado, y la necesidad de que el mismo sea oído ante los estrados judiciales". Asimismo que "la Convención Internacional de los Derechos del Niño (...) estableció que cuando se le atribuya a un menor la comisión de un delito y se tomaba respecto de él una medida que implicaba de alguna manera una restricción de derechos y que, en cierta forma, se originaba en el ingreso al sistema penal a través de ese suceso, debía escucharse al niño para que efectuara su descargo y ofreciera la prueba que creyera pertinente, debiéndose resolver su situación en relación al hecho (...)" Cfr. "M., H.s/L.23.737", CFSM, Sala II, Sec. Pen. N° 4, Reg. N° 1529; en sentido similar CFSM, Sala II, causa n° 1681, "G., R. A s/ inf. ley 23.737", resuelta el 28/09/00.

Por razones de espacio, me concentraré en algunas decisiones recientes de los tribunales argentinos que estimo representativas de la forma en la que la jurisprudencia ha comenzado a utilizar el tratado en análisis, de sus problemas y proyecciones futuras.

4.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales federales

La CDN ha sido utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales federales⁸⁰ en varios precedentes, aunque ninguno ha tenido por objeto directa y exclusivamente la discusión en torno de su aplicación. El uso de este tratado —en la forma antes descripta— ha ido incrementándose en los últimos años, tal como ha sido señalado, por las diversas razones antes aludidas.

Por su actualidad —y por limitaciones de espacio— me concentraré en dos decisiones recientes que evidencian el mayor uso del derecho internacional de los derechos humanos de la infancia por la Corte Suprema. Se trata de un primer caso, llamado caso “Verbitsky”⁸¹, donde el máximo tribunal federal utilizó diversas normas internacionales (convencionales y no convencionales), jurisprudencia y otras fuentes con un criterio amplísimo y de forma bastante dogmática y por demás imprecisa en un capítulo dedicado a menores de edad y enfermos detenidos en dependencias policiales; y de un segundo caso, llamado “Maldonado”⁸², donde la Corte utilizó un criterio más acotado y mayor desarrollo argumental aunque con algunos párrafos que evocan el estilo “transcriptivo” del fallo anterior. Ambos casos se relacionan con la justicia penal: el primero trata de la condición de personas detenidas en la provincia de Buenos Aires y contiene algunas referencias a los menores de edad; el segundo específicamente se refiere a la situación de un condenado de diecisiete años al momento del hecho, al que según el Régimen Penal de la Minoridad puede aplicársele, entre otras opciones, la pena prevista en el Código Penal para los adultos, en el caso discutido, la prisión perpetua en los términos del art. 13 del Código Penal según texto anterior a la reforma de la ley n° 25.892⁸³.

⁸⁰ En una decisión temprana: “(...) una medida tutelar como la dispuesta en autos, sólo debe ser adoptada cuando se halle verificado que el menor en cuestión se encuentra en alguna de las situaciones previstas por la ley 22.278 (artículo 1º, cuarto párrafo). Lo contrario importa una injerencia arbitraria del Estado en la vida privada del menor y de su familia (natural encargada de la educación de los hijos) y por ello, violatoria de la preceptiva contenida en la ley 23.849, que incorpora como ley suprema de la Nación la Convención de los Derechos del Niño (...)”. Cfr. CCCF, Sala II, causa n° 9008, “Marcenal, Esteban L. infr. Ley 23.737”, sentencia del 8 de junio de 1993 registrada con el nro. 9913. En sentido similar C. 10.883 “Rec. de apelación en causa 877”, CCyCF, Sala II, sentencia 11950 del 4 de mayo de 1995: “A la luz de tales normas y especialmente teniendo en cuenta la interpretación amplia que debe realizarse sobre el concepto ‘privación de libertad de un menor’ (según la resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas 45/113), resulta adecuado acceder a la petición solicitada por el recurrente.

El régimen tutivo legislado en beneficio del menor por intermedio de las leyes 10.903, 14.394 y 22.278 debe armonizarse con la recepción en nuestro derecho interno de las normas internacionales elaboradas sobre la materia que otorgan al menor mayores garantías.”

⁸¹ Recurso de Hecho, “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”, causa n° 856. XXXVIII, sentencia 3/05/2005.

⁸² Recurso de hecho, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado —causa N° 1174C—”, causa n° 1022. XXXIX, sentencia del 7/12/2005.

⁸³ Según ese régimen y en atención a que los antecedentes de los menores de edad no pueden ser considerados para declaraciones de reincidencia, la libertad condicional podría obtenerse de cumplirse los otros requisitos legales, a los veinte años de condena; en tanto la posibilidad de acceder al período de prueba previo a la incorporación al régimen de semilibertad podría obtenerse a los doce años (arts. 17 de la ley n° 24.660 y 27 del decreto n° 396/99). No estaban en discusión estas normas en este proceso.

En forma sintética, puede decirse que la Corte utilizó en el fallo Verbitsky a la CDN como norma complementaria a otras normas internacionales, a fin de fijar un estándar sobre condiciones de detención de menores con encarcelamiento preventivo; en tanto, en el fallo Maldonado por primera vez la Corte consideró y *descartó* un posible conflicto entre el Régimen Penal de la Minoridad (leyes n° 22.278-22.803) y el tratado, en cuanto el primero permite aplicar penas del Código Penal a quienes hayan sido declarados penalmente responsables por delitos cometidos entre los dieciséis y los dieciocho años no cumplidos. Lo hizo mediante una interpretación que demanda disminuir la pena en estos casos conforme la propia ley lo autoriza.

Por otro lado, también respecto del punto relacionado con la asistencia letrada, la ley no resuelve problemas mayores como la superposición de roles entre el abogado patrocinante, el asesor de menores (art. 59 del Código Civil) y el defensor creado por la propia ley, la representación necesaria por los padres del niño o niña, etc.).

a) El caso “Verbitsky”⁸⁴

En un fallo que tiene varios aspectos relevantes en términos de avances del rol de la judicatura en la protección de derechos fundamentales de las personas privadas de libertad —consecuencia de un recurso de *hábeas corpus* colectivo interpuesto por una organización civil respecto de detenidos en la provincia de Buenos Aires⁸⁵—, la Corte Suprema dedicó quince páginas al tema: “Adolescentes y enfermos en dependencias policiales, y la jurisprudencia internacional”.

Sin explicar por qué se incluyó en el mismo capítulo a menores de edad y a enfermos⁸⁶, la Corte fija en el primer párrafo del voto de mayoría lo que parece ser su conclusión sobre el tema:

“42) Que la presencia de adolescentes y enfermos en comisarías o establecimientos policiales, configura con gran certeza uno de los supuestos contemplados en el considerando anterior, con flagrante violación a los principios generales de las Reglas Mínimas citadas y muy probablemente innegables casos de trato cruel, inhumano o degradante. Esta Corte, en virtud del alto riesgo de responsabilidad internacional que de ellos se deriva para el Estado Federal, debe disponer, sin dilación, que en un plazo perentorio, la Suprema Corte

⁸⁴ Un análisis interesante (y algo optimista) del fallo con citas que remiten a gran parte de los artículos por éste provocados, en COURTIS, Christian, *El caso “Verbitsky”: ¿Nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?*, en Revista “Nueva doctrina Penal”, 2005/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, págs. 529 y siguientes. No es posible extenderse sobre el análisis de este peculiar fallo que con certeza otros autores en este libro lo analizarán profusamente. Quiero no obstante señalar cierta ligereza que caracteriza a la jurisprudencia reciente de la Corte en esta materia. Afirmaciones fundamentales tales como “Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas —si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad” requerían alguna explicación y justificación adicional a una afirmación dogmática. Más de cien años lleva la Corte discutiendo cómo se incorpora el derecho internacional al derecho interno y el tema merecía un desarrollo argumental siquiera mínimo.

⁸⁵ Se trata del Centro de Estudios Legales y Sociales.

⁸⁶ La Corte podría haber explicado que se trata de grupos que tienen derecho, por diferentes razones, a una protección especial, que es probablemente lo que quiso sostener; pero desde el punto de vista narrativo, la inclusión en un mismo grupo “vulnerable” de dos categorías claramente diferentes no parece atinada.

de la Provincia de Buenos Aires, por las vías procedentes, haga cesar esas situaciones. Respecto de los niños y adolescentes, la presencia en comisarias resulta, además de intolerable, sospechosa respecto del índice de institucionalizados de la provincia, materia en la que sería terrible que se produjese una escalada análoga al número de presos, cuando es sabido el efecto reproductor que tiene la institucionalización de menores, además de responder a una ideología tutelar incompatible con la normativa internacional vigente”.

Más allá de la curiosa redacción, afirmar tan categóricamente y sin ninguna explicación adicional que la “ideología tutelar” es “incompatible con la normativa internacional vigente” explicita un juicio teórico discutible, completamente innecesario para sostener los argumentos legales del fallo. Además, tal “declaración” opera como un *boomerang* cuyo efecto debilita los argumentos jurídicos en lugar de reforzarlos⁸⁷. Finalmente, contradice posiciones anteriores de la Corte en el sentido de utilizar a la CDN como expresión del derecho tutelar de menores sin dar explicaciones que justifiquen la adopción de un criterio diverso⁸⁸. Ciertamente es posible sostener que existen diferencias entre el tradicional derecho de menores y el emergente del derecho internacional de los derechos humanos de la infancia, pero ello requeriría, de sostenerse, una justificación argumental en el fallo que está ausente.

En adelante la decisión sólo transcribe de manera asistemática y sin el menor análisis ni justificación para su incorporación a la sentencia: normas y jurisprudencia internacionales —generales⁸⁹ y específicas⁹⁰ respecto de personas detenidas y de niños y adolescentes—,

⁸⁷ Hace tiempo ya que se señala que, en rigor, no hay ruptura sino continuidad en la concepción de protección a la infancia desarrollada a lo largo de las últimas décadas en el derecho internacional de los derechos humanos. Ver *supra* nota 13.

⁸⁸ Cfr. CSJN Fallos: 305:1171; 315:752; 323:2388; 324:908.

⁸⁹ La Corte cita en el párrafo 50): la Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 del 9 de diciembre de 1975), la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984), entre otras normas generales.

⁹⁰ “Por su parte las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos expresan que ‘Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles. Es decir que: a) Los hombres y las mujeres deberán ser recluidos, hasta donde fuere posible, en establecimientos diferentes; en un establecimiento en el que se reciban hombres y mujeres, el conjunto de locales destinado a las mujeres deberá estar completamente separado; b) Los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena; c) Las personas presas por deudas y los demás condenados a alguna forma de prisión por razones civiles deberán ser separados de los detenidos por infracción penal; d) Los detenidos jóvenes deberán ser separados de los adultos (arts. 8 y 9 aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus res. 663C31-7-57 y 2076-13-5-77)”.

También:

“49) Que respecto a los niños, y en igual sentido, la regla 13.5 de 1997 de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establece que: ‘No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad’. Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) disponen que: Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria (social, educacional, profesional, psicológica, médica y física) que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano”; y

“51) Que por su parte el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en el año 2002 recomendó al Estado Argentino que revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores, y que recurra a la prisión preventiva únicamente como medida extrema por períodos que sean lo más breves posible y medidas alternativas, cuando ello sea posible. También le recomendó que incorpore en sus leyes y prácticas las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, y que adopte las medidas necesarias para mejorar las condiciones de encarcelamiento (Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina 9/10/2002. CRC/C/15/Add.187 9 de octubre de 2002)”.

informes de cuerpos de monitoreo de tratados como el Comité contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes⁹¹ y el Comité de Derechos del Niño⁹².

También incluye jurisprudencia de la Corte Europea y de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América que no trata directamente de menores ni de personas detenidas enfermas (salvo un caso citado) sino que se refiere al agravamiento de condiciones de detención en general y respecto de personas con prisión o arresto antes de la condena.

En particular, el fallo en este capítulo transcribe muchos párrafos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay”⁹³. La Corte realiza una síntesis de la sentencia (de la cual, es del caso señalarlo,

⁹¹ Observaciones del Comité Derechos Humanos respecto de las Torturas y las Penas o Tratos Cruelles Inhumanos o Degradantes (art. 7 del 30 de julio de 1982); Trato Inhumano de las Personas Privadas de su libertad (art.10) del 30 de julio de 1982, Observación General n° 9 del 10 de abril de 1992, la Observación n° 20 y 21 del 10 de abril de 1992. “Interpretando dicha convención, recientemente las Naciones Unidas, a través del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes dictó ‘sus Conclusiones y Recomendaciones’, respecto del caso Argentino el 10 de diciembre de 2004 (CAT/C/CR/33/1 33 Período de Sesiones 15 a 26 de noviembre de 2004). Allí señaló los ‘Factores y dificultades que obstaculizan la aplicación de la Convención’ para lo cual tomaba ‘nota de las dificultades a las que se enfrenta el Estado Parte, especialmente aquellas de tipo económico y social’. No obstante, señaló ‘que no existen circunstancias excepcionales de ningún tipo que puedan invocarse para justificar la tortura’. Al establecer las cuestiones que eran motivos de especial preocupación para la situación argentina enumeró entre otras las siguientes: 1. d) La no implementación uniforme de la Convención en las diferentes provincias del territorio del Estado Parte, como asimismo la ausencia de mecanismos para federalizar las disposiciones de la Convención, aun cuando la Constitución del Estado Parte les otorga rango constitucional. 2 (f) Los informes de arrestos y detenciones de niños por debajo de la edad de responsabilidad penal, la mayoría ‘niños de la calle’ y mendigos, en comisarias de policía donde llegan a estar detenidos junto a adultos, y sobre las supuestas torturas y malos tratos padecidos por éstos, que en algunos casos les produjeron la muerte.

3 (h) El hacinamiento y las malas condiciones materiales que prevalecen en los establecimientos penitenciarios, en particular la falta de higiene, de alimentación adecuada y de cuidados médicos apropiados, que podrían equivaler a tratos inhumanos y degradantes.

4 (i) El elevado número de presos en prisión preventiva, que en el sistema penitenciario bonaerense alcanza un 78% según el Estado Parte.

5 (j) La no aplicación del principio de separación entre condenados y procesados en centros de detención, y entre éstos y los inmigrantes sujetos a una orden de deportación.

6 (m) La falta de independencia del personal médico de los establecimientos penitenciarios, quienes pertenecen a la institución penitenciaria.

A partir de ello el Comité fijó, entre otras, las siguientes recomendaciones:

1. (d) Garantice que las obligaciones de la Convención sean siempre acatadas en todas las jurisdicciones provinciales, con el objeto de velar por una aplicación uniforme de la Convención en todo el territorio del Estado Parte; se recuerda al Estado Parte que la responsabilidad internacional del Estado incumbe al Estado Nacional aun que las violaciones hayan ocurrido en las jurisdicciones provinciales; (...)

2 (g) Garantice, como fue asegurado por la delegación del Estado Parte para el caso de la Provincia de Buenos Aires, lo siguiente: la prohibición inmediata de retención de menores en dependencias policiales; el traslado a centros especiales de los menores que actualmente se encuentran en dependencias policiales; y la prohibición del personal policial de realizar detenciones de menores por ‘motivos asistenciales’ en todo el territorio nacional; (...).

3 (h) Adopte medidas eficaces para mejorar las condiciones materiales en los establecimientos de reclusión, reducir el hacinamiento existente y garantizar debidamente las necesidades fundamentales de todas las personas privadas de libertad;

4 (i) Considere revisar su legislación y prácticas en materia de detención preventiva, a fin de que la imposición de la prisión preventiva se aplique sólo como medida excepcional, tomando en cuenta las recomendaciones de diciembre de 2003 del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en cuanto a las medidas alternativas a la detención preventiva; (...)

4(m) Adopte las medidas necesarias para garantizar la presencia de personal médico independiente y calificado para llevar a cabo exámenes periódicos de personas detenidas; (...)

5 (o) Establezca un mecanismo nacional de prevención que tenga competencia para efectuar visitas periódicas a centros de detención federales y provinciales a fin de implementar plenamente el Protocolo Facultativo de la Convención;

6 (p) Establezca y promueva un mecanismo efectivo dentro del sistema penitenciario para recibir e investigar denuncias de violencia sexual y proveer de protección y asistencia psicológica y médica a las víctimas; (...)

7 (r) Informe al Comité en el plazo de un año sobre las medidas concretas adoptadas para dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas en los aps. e, f, i y o del presente párrafo”.

⁹² “51) Que por su parte el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en el año 2002 recomendó al Estado Argentino que revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores, y que recurra a la prisión preventiva únicamente como medida extrema por períodos que sean lo más breves posible y medidas alternativas, cuando ello sea posible. También le recomendó que incorpore en sus leyes y prácticas las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, y que adopte las medidas necesarias para mejorar las condiciones de encarcelamiento (Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina 9/10/2002. CRC/C/15/Add.187 9 de octubre de 2002)”.

⁹³ Resuelto el 2 de septiembre de 2004, conocido como caso del “Panchito López”, nombre con el que se conocía popularmente en Paraguay al tristemente célebre reclusorio de menores.

es difícil pero no imposible extraer estándares) y transcribe las conclusiones⁹⁴. En particular, el fallo parece querer destacar mediante largas citas, entre otras, la obligación del Estado que se encuentra en una posición especial de garante respecto de los privados de libertad, de garantizar la vida, dignidad e integridad personales de los reclusos, claramente contenida en esta decisión de la Corte Interamericana. Recuerda también el fallo la concepción de esta Corte regional de que el derecho a la integridad comprende no sólo la prohibición de la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes y la imposibilidad de suspenderlo durante estados de emergencia sino la adopción de medidas apropiadas para garantizarlo. La Corte Suprema no menciona que el único estándar específico en relación con niños (más allá de las consideraciones generales respecto de la protección a las personas detenidas y en particular con prisión preventiva) que fija la sentencia del caso “Panchito López” se relaciona precisamente con las obligaciones positivas del Estado: esto es, el deber de brindar especial protección a los más vulnerables (niños marginalizados) entre los vulnerables (niños), que se encuentran bajo custodia del Estado (detenidos).

El fallo concluye con otras citas desordenadas de otros precedentes de la Corte Interamericana para recordar que, según este Tribunal regional, existe un *corpus juris* internacional de protección de los niños integrado por la CDN y otras normas (la cita originaria corresponde al fallo “Villagrán Morales”, no a la OC 17 ni a “Panchito López”, que remiten a ese primer caso histórico de la Corte Interamericana en materia de protección a niños). Si bien no surge con claridad de la sentencia, es posible interpretar que ese *corpus juris* internacional que la Corte Interamericana incorporó en su competencia contenciosa y luego en su competencia consultiva, rige también en el derecho interno argentino.

En síntesis —y más allá de otros varios aspectos por los que esta decisión es trascendental—, en materia de niños y adolescentes detenidos en comisarías⁹⁵ la Corte utilizó la CDN tangencialmente, al repasar el marco general de normas internacionales referidas a la protección de personas detenidas y al transcribir partes del informe del Comité de Derechos del Niño —órgano creado por la CDN para monitorear el cumplimiento del tratado— para Argentina. La Corte no analizó las cláusulas de la CDN ni de las otras normas citadas; no obstante, su incorporación casi ritual al texto de las sentencias permite concluir que ellas son derecho vigente en el país, lo que constituye un avance fundamental en la protección de personas detenidas en general y de niños en particular. Por otro lado, tal como señalé,

⁹⁴ “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente”.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas”.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

⁹⁵ Según informes del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, al momento de dictarse esta sentencia no había más menores de edad detenidos en comisarías en esa jurisdicción.

en este caso no hubo análisis alguno sobre los alcances del derecho internacional de los derechos humanos de los niños en el derecho interno, pero al menos ya se ha dado un primer paso. Es de desear que en el futuro la Corte sea más precisa y articulada en la fijación de sus estándares jurídicos en la materia.

b) El caso Maldonado

El Tribunal Oral de Menores n° 2 condenó a Daniel Enrique Maldonado a la pena de catorce años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión mediante el uso de armas, en concurso real con el de homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad, de conformidad con los arts. 12, 45, 55, 166 inc. 2° y 80 inc. 7° del Código Penal, y 4° de la ley n° 22.278 y sus modificatorias, en función de la ley 23.849. Contra esa sentencia, el Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación por entender que se había efectuado una errónea interpretación del artículo 4° de la ley n° 22.278 y la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió casar la sentencia —vía recurso de queja— y condenar a Maldonado a la pena de prisión perpetua.

Estrictamente ésta es la primera vez que la Corte Suprema interpreta la CDN. Lo hace en un caso relacionado con la justicia penal de menores. Tal como ha sido señalado⁹⁶, llama la atención la forma en la que los tribunales locales e internacionales se han concentrado en los aspectos relacionados con las garantías penales pero no se han pronunciado respecto de la protección a la infancia en general, cuando es sabido que el adolescente infractor es la punta del iceberg de un mundo de la infancia en el que están ausentes o muy deterioradas políticas públicas tanto universales cuanto específicas.

El articulado y minucioso dictamen de la Procuración es seguido por un voto de mayoría que puede interpretarse como dos votos diferentes: una parte que desarrolla argumentos jurídicos en dos estilos argumentales claramente diferenciados (integrada por el comienzo hasta el párrafo 24 y por la parte final del voto, a partir del párrafo 35) y otra que transcribe en diez párrafos consideraciones de otros órdenes relacionadas con el tema pero cuya inclusión en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se comprende bien ni se explica en el caso (que por lo demás evoca ligeramente la narrativa de la mayoría en “Verbitsky”).

A pesar de esa estructura algo desordenada y de algunos párrafos innecesarios, el máximo tribunal resolvió el problema jurídico planteado por el caso de manera adecuada y propuso una solución respetuosa de derechos fundamentales del adolescente sin recurrir al remedio extraordinario de la anulación constitucional de una ley que, por lo menos con el alcance de los agravios planteados en esa oportunidad, no se justificaba en el caso concreto.

⁹⁶ Ello ocurrió también con la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que debía fijar estándares para la protección legal a los niños y se concentró sólo en la materia penal juvenil. Al respecto ver BELOFF, Mary, *Los derechos del niño ...*, Cap. IV, *op. cit.* *supra* nota 41.

Las principales conclusiones del fallo son:

i. La valoración de la circunstancia de que se trata de un menor⁹⁷ de edad al momento de imponer la pena no constituye un defecto sino un mérito de la sentencia.

Esta conclusión puede considerarse ejemplo de la validación constitucional de un derecho penal de autor “al revés”, que se revela en varios párrafos de la decisión. El voto de la mayoría conecta este punto con el principio de culpabilidad, por ejemplo, cuando se refiere a la necesidad de “(...) valorar la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o bien, la posibilidad de haber actuado impulsivamente o a instancias de sus compañeros, o cualquier otro elemento que pudiera afectar la culpabilidad”; o “Que, asimismo, no se puede perder de vista para la solución del *sub lite* la significación del principio de culpabilidad, el cual, por cierto, ya formaba parte del texto constitucional con anterioridad a 1994”. También cuando sostiene: “Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en el esfera emocional”.

Si bien la Corte no lo planteó de esta manera, a lo que da respuesta indirectamente es al dilema de la especialidad, irresuelto aún en la OC 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Conforme el fallo “Maldonado” **menor edad no significa entonces inimputabilidad** y, en consecuencia, **ausencia de culpabilidad** por carencia de un requisito estructural, sino que **significa menor culpabilidad**. Esta es una definición fundamental en la construcción de una nueva respuesta estatal a los delitos de los adolescentes, que la Corte no formuló de manera tan precisa pero es posible construir de los párrafos analizados.

Por lo demás, la preferencia de la Corte por argumentos preventivo especiales⁹⁸ —propios de la cultura tutelar— es compartida por todo el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia. De ahí que haya sido éste uno de los puntos paradigmáticos para sostener que no existe ruptura sino continuidad (o evolución) entre el antiguo derecho tutelar de menores y la nueva legalidad emergente del derecho internacional de los derechos humanos de la infancia, tal como fuera señalado anteriormente al comentar un párrafo de la sentencia en

⁹⁷ “No obstante ello, a pesar de cierta imprecisión en la formulación, en modo alguno resulta descalificable que el tribunal oral haya expresado que computaba, en favor de Maldonado, ‘su minoridad al momento del hecho’. Antes bien, su consideración resulta constitucionalmente obligatoria tanto por aplicación del art. 40, inc. 1°, de la Convención del Niño, como así también por imperio del principio de culpabilidad, en casos como el presente o en cualquier otro. Por lo demás, la ‘edad’ es un factor determinante también de acuerdo con el art. 41 del Código Penal, esto es, la norma que el *a quo* consideró que el tribunal había aplicado erróneamente. A pesar de ello, en la decisión apelada en ningún momento se hace referencia a la medida de la reprochabilidad de Maldonado ni a sus posibilidades de autodeterminación, las cuales, por cierto, no pueden ser consideradas evidentes ni derivadas automáticamente de la gravedad objetiva del hecho cometido”.

⁹⁸ El fallo pone mucho énfasis en los aspectos de prevención especial, por ejemplo: “23) Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3°, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento”.

el caso “Verbitsky”. Ambos desconfían del principio retributivo porque, en el fondo, asumen con razón que el niño no es el sujeto para el que fue creado el derecho penal liberal; y reconocen la importancia de la especialidad o “protección especial” del niño como una garantía adicional que lo pone “a salvo” de la rigurosidad del derecho penal general.

ii. Imposibilidad de justificar la aplicación de pena por el fracaso del tratamiento tutelar expresado en la “defraudación” a la confianza estatal que implicaría la comisión de un nuevo hecho delictivo (por el cual, al menos al tiempo del dictado de la sentencia recurrida, aún no había recaído condena). La Corte enfatiza las consecuencias violatorias al principio de inocencia de tal conclusión, a las que conecta con los alcances del establecimiento por vía judicial de la “peligrosidad” de un menor.

iii. Conectado con ii, la Corte establece que ella no puede interpretar el alcance específico de la expresión “peligrosidad” contenida en el art. 41 del Código Penal pero que tampoco puede autorizar que “tal expresión se convierta en la puerta de ingreso de valoraciones claramente contrarias al principio de inocencia, al derecho penal de hecho, o bien, llegado el caso, al *non bis in idem*”.

iv. Las reglas del art. 41 del Código Penal y del art. 4º de la ley nº 22.278 son “(...) parcialmente coincidentes, en especial en la necesidad de tomar conocimiento *de visu* del condenado antes de determinar la pena”.

v. El matiz diferencial del régimen especial de menores respecto del Código Penal general consiste en la facultad y el deber del juez de ponderar la “necesidad de la pena”. Ello no puede ser equiparado a la “gravedad del hecho” o a la “peligrosidad” sino, a juicio de la Corte, al “mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a ‘la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad’” (art. 40, inc. 1º).

Finalmente:

vi. Los menores de edad tienen una *culpabilidad menor*. En palabras de la Corte:

“40) Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto”.

Estas razones que, como se advierte sin dificultad, están íntimamente ligadas unas con otras, lleva a la Corte a determinar la revocación de la sentencia recurrida por motivos diferentes a

aquellos que se esgrimieron en el recurso. Este estuvo concentrado en poner en conflicto el Régimen Penal de la Minoridad con la CDN por considerar que ésta prohíbe la prisión perpetua sin “excrcelación” (*without release*, esto es, sin posibilidad de ser liberado, tal como lo establece el texto en inglés y en diferentes versiones oficiales, aunque la defensa hizo de la cuestión del *nomen juris* uno de sus argumentos centrales). La sentencia concluye que “la decisión de la cámara no exhibe argumento alguno que permita entender por qué una pena de 14 años de prisión por un hecho cometido a los 16 años resultaba insuficiente. Y, ciertamente, sus fundamentos mucho menos alcanzan para explicar cómo es posible promover la reintegración social del condenado por medio de una pena que se define ex ante por la decisión de, llegado el caso, excluirlo para siempre de la sociedad”. Por ese motivo se la invalida.

Para concluir, transcribiré dos párrafos relevantes de los votos concurrentes.

El primero integra el voto del juez Fayt y se destaca por su claridad respecto de qué es lo que se está discutiendo en el fallo, párrafo ausente en el voto de mayoría pero que tiene la mayor relevancia jurídica y pedagógica:

“9°) Que, de tal modo, el *ámbito de decisión no consiste en determinar si es posible aplicar a la luz de la Convención -descartada, a su vez, su contradicción con los principios de derecho público local- la condena de prisión perpetua a quienes hayan cometido un delito siendo menores de 18 años. Antes bien, se trata de examinar si al fijarse la pena aplicada en la especie respecto del joven Maldonado fueron respetados los demás principios constitucionales que aluden a la situación del niño y los directamente vinculados con la imposición de una pena adecuada a la culpabilidad. Más precisamente, si resultaba razonable y correspondía, aplicar por el delito cometido la pena más grave que nuestro sistema punitivo prevé*”. (destacado propio).

Finalmente, transcribiré el capítulo 14 del voto de la jueza Argibay, quien propone una solución con una argumentación legal diferente —impecable— al conflicto normativo suscitado. Esta solución se enmarca en la misma línea sostenida recientemente por los Tribunales Orales de Menores de la Capital Federal⁹⁹ pero se basa sobre una argumentación mucho más sofisticada, que concluye la sentencia de la Corte con una calidad jurídica digna del más alto tribunal de la Nación:

“Para la Cámara de Casación, entonces, la utilización de la escala penal de la tentativa está condicionada a que quien la propugna ofrezca una razón suficiente y la menor edad del autor no lo sería. En ausencia de esta razón suficiente, los tribunales se verían obligados a aplicar la pena máxima.

Por el contrario, es mi opinión que una interpretación y aplicación leal de la Convención sobre los Derechos del Niño conduce a una regla interpretativa

⁹⁹ Cfr. voto del juez Pablo Jantus, TOM I, causa n° 3378/3470, “M. E., M; C. C., M y J. C., G.”, sentencia del 18 de marzo de 2005.

exactamente inversa: **es la aplicación de la pena máxima lo que exige a quien la propone una razón suficiente y el dato que justifica la asignación de esa carga es, precisamente, la minoría de edad del autor al momento del hecho. El incumplimiento de la carga, determina la obligación para el tribunal de aplicar una pena más leve.**

La posición asumida por la Cámara de Casación, supone que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado la referida Convención, la aplicación de alternativas penales más leves a la pena perpetua a quien contaba menos de dieciocho años al cometer el delito es un beneficio excepcional o premio por la buena conducta posterior, cuya procedencia debe demostrarse por quien la pretende.

Como lo he adelantado, este método se aparta del procedimiento que, de acuerdo con la Constitución, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño, debe seguirse para discernir una pena de prisión perpetua a una persona por hechos cometidos en su minoría de edad. De todas maneras, ello es así con los alcances que desarrollaré a continuación” (resaltado propio).

En síntesis, el caso Maldonado es el primer caso en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpreta la CDN. Más allá de algunos grises, el fallo debe ser celebrado por su calidad técnica, por su solución del caso y por los argumentos desarrollados por los votos concurrentes.

4.2. Jurisprudencia de tribunales provinciales y ordinarios de la Capital Federal (nacionales)

a) Civil

Un relevamiento general de la jurisprudencia muestra el uso prioritario de la CDN por los tribunales civiles o de familia en algunas áreas en particular vinculadas con los derechos del niño: libertad de prensa e intimidad¹⁰⁰, derecho del niño a ser oído¹⁰¹ y, fundamentalmente, aplicación del art. 3 referido al interés superior del niño en diversos temas¹⁰².

¹⁰⁰ “El art. 40 inc. b de la *Convención de los Derechos del Niño* en cuanto garantiza a los menores el respeto pleno a su vida privada en todas las fases de los procesos penales que los involucren –en el caso, los datos brindados por una crónica periodística permitió identificar a una menor como víctima de una violación–, resulta aplicable a favor de una persona de 20 años, pues si bien el art. 1 de la mencionada Convención alude a los menores de 18 años, en nuestro derecho la mayoría de edad recién se adquiere a los 21 años” (voto del doctor Posse Saguier), CNCiv., Sala F., “R. S. J. C. Arte Gráfico Editorial Argentino S. A. y otro”, 27/04/04; CNCiv., Sala L., “R. R., A. c. Diario Clarín S. A. y otros, 04/11/2003; CNCiv., Sala C., “P. V.A.”, 03/10/96.

¹⁰¹ CNCiv., Sala I., “T. H. E.”, 20/10/98; CNCiv., Sala I., “S. M., M. R. c. A., P. C.”, 26/12/97.

¹⁰² Entre muchos otros cfr. CNCiv., Sala J., “S., F. J.”, 31/08/94; CNCiv., Sala J., “C., E. L. y otro c. R., F. D.”, 30/09/05; CNCiv., Sala F., “R., V. L. c. L., R. V. M.”, 2/10/03; CNCiv., Sala K., “M., S. M. c. M., M. A. y otros”, 18/05/01; CNCiv., Sala K., “C., S. A. c. D., M. F.”, 27/02/02; CNCiv., Sala K., “S., V. D. c. D., E. D.”, 17/10/97; CNCiv., Sala K., “M., A. M. y otro c. L., D. A.”, 8/03/04; CNCiv., Sala B., “T. M. V.”, 11/02/02; CNCiv., Sala H., “D. de P., G. M. c. P., M. N.”, 7/03/97; CNCiv., Sala H., “S. J., A. B. M. c. G., J.”, 4/06/98; CNCiv., Sala H., “N. N. o D., L.”, 18/07/97; CNCiv., Sala L., “V., M. N. y otro c. S., W. F.”, 24/08/05; CNCiv., Sala I., “S. Z. A. A. c. A., D. D.”, 14/09/95; CNCiv., Sala M., “S. F. M.”, 27/12/00; CNCiv., Sala M., “M. A. M. c. L. L.”, 11/07/00; CNCiv., Sala C., “A. P., C. M. y otro c. Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica”, 28/12/04; CNCiv., Sala E., “Q., M. J.”, 27/10/04; CNCiv., Sala G., “E., M.”, 16/09/03; CNCiv., Sala A., “Z., R. c. A. A. s/suc. y otros s/filiación”, 28/02/94.

Este artículo es el más citado por toda la jurisprudencia argentina. Sin embargo, no hay un sólo fallo —de los cientos que se basan sobre esa norma para resolver— que lo analice o desarrolle siquiera mínimamente. Se lo emplea por lo general para motivar las sentencias; pero al tratarse de una norma demasiado vaga, no es posible considerar que un fallo que sólo se base sobre este artículo lo logre. En estos fallos se advierte que el juez adopta una solución sobre la base de su valoración del caso y para justificarla sostiene que esa decisión se basa sobre el art. 3 CDN.

Para ilustrar tal práctica jurisprudencial elegí, entre muchos, un caso que es harto elocuente para mostrar la forma (en este caso con un nivel argumental infrecuente) en la que la jurisprudencia retoma y reinterpreta este mismo artículo para sostener posiciones contrarias.

Se trata de un caso en el que una niña perteneciente a la colectividad gitana, a cuatro meses de cumplir los dieciséis años, solicitó autorización para contraer matrimonio con un joven de dieciocho con quien convivía hacía casi dos años. El juez de familia, en una corta decisión, autorizó el casamiento “(...) teniendo en consideración primordial lo que contempla el superior interés del niño” —que no explica en qué consiste—. En contrario se expidió en su dictamen el Defensor (asesor) de Menores: “No puede entonces invocarse el interés superior del niño a favor de la dispensa [matrimonial] cuando el propio Comité, órgano que preserva a nivel mundial el cumplimiento de la Convención que consagra ese principio general de derecho en su artículo 3º, está requiriendo con insistencia el levantamiento de la edad nupcial de las niñas, justamente invocando su interés superior”¹⁰³.

La Sala E de la Cámara Civil resolvió confirmar la decisión del juez sobre la base de la expresa voluntad de la adolescente a contraer matrimonio (art., 12 CDN): “Y tal voluntad fue nuevamente ratificada ante el Tribunal por ella y su novio (...) quienes expresaron con libertad y sinceridad su proyecto de vida en común, la que llevan a cabo desde hace más de un año y medio conforme la tradición gitana, y pretendiendo que su unión, más allá de los usos y costumbres propios de su grupo de pertenencia, sea conforme al ordenamiento legal vigente.

Ello así, mal puede el Tribunal negarse a confirmar el temperamento propiciado por el anterior magistrado si ha quedado debidamente demostrado que el interés de la menor así lo exige a poco que se advierta que ella y su novio están dispuestos a contraer matrimonio, con los consiguientes derechos y obligaciones recíprocos que ello importa tanto para sí como para sus futuros hijos, contrariando así, a modo de ejemplo, la costumbre de inscribir los hijos a nombre de la madres solamente”¹⁰⁴.

¹⁰³ Del dictamen del Defensor de Menores en CNCiv., Sala E, “F., M. A., y F., J. M., s/autorización”, 8/09/04. En el mismo sentido: “El matrimonio de niños no interesa a los niños sino a los adultos y es notorio en el caso que son éstos y en especial el Sr. K. el que a toda costa quiere formalizar el casamiento de quien dice ser su hijo, aun no reconocido, con la jovencita que adquirió a la madre [habiendo pagado la dote con monedas de oro]. Respeto las motivaciones tradicionales de cada comunidad, pero no puedo aceptar que en ello radique el interés superior de los niños tal como la misma Convención, en su art. 24, inc. 3º, manda abolir prácticas tradicionales perjudiciales. No todo lo tradicional es de interés de los niños, sino aquellas costumbres que se basan en la naturaleza de las cosas, en el respeto a la persona humana y el progresivo crecimiento de la conciencia ética social”. Y finalmente, “Aunque J. hoy no lo entienda, y quizás no lo haga nunca, el Ministerio Público la está defendiendo en su dignidad de niña y de mujer, y reservando su ‘sí’ pleno al matrimonio para el momento en que la Ley presume que puede darlo”.

¹⁰⁴ CNCiv., Sala E, “F., M. A., y F., J. M., s/autorización”, sentencia del 8 de septiembre de 2004.

b) Penal

La jurisprudencia en materia penal de menores se ha modificado notablemente en los últimos años. La mayor difusión de los tratados a todo nivel —ya aludida— así como la transformación de la composición de algunos tribunales explican probablemente estos cambios.

A la jurisprudencia de mediados de la década de 1990 que introdujo algunas modificaciones básicas en el funcionamiento de los juzgados de menores (presencia de abogado defensor en expedientes tutelares¹⁰⁵ o en expedientes penales seguidos contra menores no punibles, declaración indagatoria¹⁰⁶ de los menores no punibles, recursos contra las disposiciones tutelares, recursos contra los sobreseimientos dictados sólo por la edad, etc.), se suma un cambio cuali y cuantitativo sobre el final de la década y comienzos de la actual, vinculado básicamente con la introducción de todas las garantías del debido proceso a los menores de edad, con los alcances que se les da en el derecho penal general (aún no se ha ingresado en una etapa de reconocimiento de garantías con alcance específico para menores de edad). Se advierte también que lo que era impensable hace diez años es hoy habitual, como las citas frecuentes de normas y jurisprudencia internacionales —por supuesto, sin mayor análisis— en los fallos de la justicia de menores de todas las instancias.

No es exagerado afirmar que al presente las garantías de los arts. 37 y 40 de la CDN¹⁰⁷ en lo que se refiere a adolescentes infractores rigen a nivel nacional y federal salvo en lo que se refiere al uso aún amplio de la privación de libertad tanto cautelar cuanto como sanción, frente a la ausencia de programas no privativos de libertad.

5. Conclusión: de la propaganda al derecho; del discurso a la acción

Este trabajo procuró, de manera general, repasar la forma en la que la CDN ha impactado en el orden jurídico argentino tanto en el plano legislativo cuanto en el jurisprudencial.

En tal sentido, he tratado de demostrar que, a diferencia del panorama que se describía en la primera oportunidad de evaluar el impacto de la CDN en el derecho interno¹⁰⁸, los cambios ocurridos en ambos niveles son notables. Tanto la profusa producción legislativa

¹⁰⁵ La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional determinó que la internación de un menor de edad era una privación de libertad, en los términos del art. 37, inc. d, de la Convención y la regla 11.b de las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, por lo que el menor tenía derecho a patrocinio jurídico en los términos del art. 37 inc. d) CDN; aunque luego la misma sala sostuvo que si bien debe considerarse a la internación como privación de libertad, ella no constituye una medida cautelar, pues no persigue asegurar los fines del proceso penal. Cf. CNCCCCF, "E., N. J.", causa nro. 6048 sentencia del 27 de diciembre de 1995.

¹⁰⁶ Cf. CNCrim, Sala I, causa n° 2604, "G., D. H.", 13/2/95, y causa n° 2297, "C., A. G.", 21/11/94.

¹⁰⁷ Debe mencionarse que el Comentario General 10 Los derechos del niño en la justicia juvenil, del Comité de Derechos del Niño, aprobado el 2 de febrero del año 2007, no agrega elementos nuevos a la materia, con excepción de la precisa posición del Comité en contra de la reducción de la edad penal.

¹⁰⁸ Cfr. Beloff, Mary, *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno*, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS/Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, págs. 621/635.

cuanto el creciente y sostenido uso de tratados por los tribunales locales pueden leerse como impacto, de intensidad diversa, de la CDN en el derecho argentino.

Sin embargo, a esta altura no puede afirmarse —excepto que se pretenda pasar por alto lo que ocurre en la realidad—, que esos cambios en el plano legal hayan redundado perceptiblemente en una mejor calidad de vida para los niños y las niñas del país. Más allá de que tener leyes mejores es un fin en sí mismo en la democracia, y que la reforma de los obsoletos estatutos tutelares se imponía como un imperativo elemental de justicia, se advierte, luego de quince años, que la confianza en que las modificaciones legales, por su mera ocurrencia, iban a transformar la condición material de la infancia, fue excesiva.

Exceso tal vez provocado como reacción a la forma en la que el derecho de menores tradicional se alejaba del mundo jurídico por sus afanes positivistas, pero exceso al fin. Paradójicamente, el nuevo derecho comparte con el viejo su poca sofisticación, su dogmatismo, su falta de imaginación.

¿Cómo se logra un mayor respeto y una mayor vigencia de los derechos de los niños y las niñas? ¿Los derechos de niños y niñas comienzan y terminan con la CDN? Tanto el derecho interno local y federal argentino cuanto la jurisprudencia enseñan que no.

Respecto de las nuevas leyes, quince años de reformas permanentes dan cuenta de que es poco lo que pueden lograr ellas, por sí mismas.

Para lograr mayor respeto y vigencia de todos los derechos fundamentales se requiere, por lo menos: a) un poder judicial con altísimos niveles de formación, independiente y activo en el mejor sentido de la expresión, b) reformas legales, c) educación jurídica de grado y posgrado que integre en sus planes de estudios la temática vinculada con los menores de edad, d) fundamentalmente, la concreta implementación de políticas públicas que garanticen la protección real y universal de la infancia, e) programas específicos para quienes requieren protección especial. La reforma legal, aún cuando fuera la mejor posible, por sí misma —sin estos otros elementos— no puede operar sino como fuegos artificiales sobre la realidad.

Luego de tantos años, la importancia de la CDN en el contexto latinoamericano —más allá de las críticas que como a cualquier ley pueden hacerse— radica probablemente en que mediante su influencia se introdujo en esta región la traducción de la protección a los niños al lenguaje de protección de derechos, que en otras latitudes había ocurrido veinte años antes. Ello excede el debate discursivo en términos de cuál es la manera políticamente correcta de decir “proteger”; excede aún la auto-referencial y paralizante discusión en torno de qué significa “enfoque de derechos”; prohíbe interpretar que “proteger” pueda significar “hacer nada”.

Permítaseme dar un ejemplo que ilustra la distancia entre derecho y realidad, proveniente de un país lejano en más de un sentido, de la Argentina. Se trata de Zimbawe. Este país tiene más de veinte leyes que garantizan derechos a los niños; sin embargo, los derechos no

se respetan: restricciones administrativas, problemas socioeconómicos y falta de recursos humanos y financieros, en apretada síntesis, explican por qué ese buen derecho no puede concretarse. Un caso concreto: la ley de salud establece, de conformidad con la CDN, que los niños tienen el derecho al más alto nivel de salud alcanzable. Para tal fin eliminó las injustas tasas que cobraban los hospitales públicos. Al mismo tiempo, como consecuencia de diversos recortes en el gasto oficial, las instituciones públicas de salud no cuentan con lo básico en medicamentos, equipos y personal para garantizar condiciones mínimas de salud¹⁰⁹.

Probablemente la clave sea entender que protección en términos de derechos no es una cuestión retórica. La adopción de leyes mejores es fundamental para proteger a los niños allí donde las leyes los ignoran; pero al mismo tiempo deben concretarse políticas públicas eficientes que resuelvan los problemas concretos que siguen teniendo los niños aún donde existen buenas leyes pero faltan políticas y programas: básicamente educación, salud y protección respecto de todas las formas de violencia, abuso y explotación¹¹⁰. En este sentido debería llamar la atención el hecho de que, por lo menos en América Latina, se logró sin mayores dificultades un compromiso político de alto nivel para reformar las leyes de infancia; pero no se logró un compromiso igual para que se concreten todos los presupuestos para que esas nuevas leyes tengan impacto en la realidad, básicamente: efectivo *law enforcement*, adecuada asignación de recursos y compromiso de todos los niveles de la sociedad¹¹¹.

El desafío sigue siendo cómo traducir derechos en hechos. Tal vez por aquella confianza excesiva, parte importante del movimiento por los derechos de niños y niñas en la región puso toda su energía en las reformas legales y olvidó que ella sólo era una pequeña parte de la solución. La pregunta que deberíamos hacernos ahora los juristas es si seguiremos atrapados en el laberinto sin fin de las reformas permanentes o si tenemos algo que aportar en el proceso de traducir derechos en hechos, en el proceso de reinventar los derechos de la infancia que no tienen el mismo alcance ni el mismo contenido que los de los adultos.

A los fines comunicacionales y de la estadística, Argentina ya tiene su “ley de protección”. Con ella salió de la lista negra de los países con legislación tutelar clásica.

La técnica legislativa de la Ley de Patronato de Menores era mala; sin embargo, produjo efectos culturales de los que aún hoy, casi cien años después, no nos podemos liberar.

¹⁰⁹ “Por otro lado, adoptar Códigos sin tratar de identificar y modificar normas en conflicto de otras legislaciones y sin adoptar regulaciones que provean a los servidores públicos de referencias respecto de cómo el derecho se debe aplicar en la práctica puede sembrar confusión y socavar la efectividad de un nuevo Código. Adoptar leyes sin crear los programas correspondientes es un gesto vacío que puede alimentar el cinismo y la falta de respeto por la ley y por el gobierno. De manera similar, la creación de nuevos programas puede tener un impacto mayor sobre el efectivo disfrute del derecho a la salud, a la educación o a los servicios sociales. Sin embargo, la creación de programas sin un marco legal también tiene sus desventajas; la continuidad del programa permanece en completa dependencia de las prioridades del gobierno en lo cotidiano y puede comprometer el proceso de implementación de modo que respete las principales provisiones de la CDN. Una confianza excesiva en decretos, regulaciones o programas, sin reforma legal, implica confiar en una sola rama del gobierno. Una aproximación más balanceada que involucre la reforma legal, las regulaciones y los programas involucra al estado en su conjunto en el esfuerzo: a la legislación, el ejecutivo y a los tribunales”. Cfr. *Study on the impact* ..., cit. *supra* nota 7.

¹¹⁰ En tal sentido, el último informe anual del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Estado Mundial de la Infancia 2006: Excluidos e invisibles*, que define las situaciones en las que ocurren mayores violaciones a los derechos humanos de niños y niñas: cuando ellos carecen de alguna clase de identidad oficial, cuando no son cuidados por sus padres, cuando realizan actividades propias de los adultos y cuando son explotados.

¹¹¹ Esta conclusión fue señalada en el ya mencionado estudio del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia que tuvo por efecto medir el impacto de las reformas legales. Cfr. *Study on the impact* ..., cit. *supra* nota 7.

¿Fue la ley o fue la poderosa ideología tutelar que la sustentaba la que explica su efectiva vigencia a lo largo del tiempo? Si fue la ley, a lo mejor con esta nueva ley argentina ocurre lo mismo y es vano todo intento por criticarla. Si fue su concepción del mundo y de la infancia lo que selló su éxito cultural y su perdurabilidad, entonces queda mucho por hacer todavía para que el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia tenga esa poderosa fuerza configurativa, aquélla que fuera comparada, en alguna oportunidad, con el poder de las utopías¹¹².

¹¹² "La intención de estas líneas es la de demostrar que la proposición o el impulso de modificaciones en la estructura social no es en absoluto incompatible con el empleo de los textos legales vigentes, con la condición de recuperar y desarrollar el proyecto utópico que estos contienen. La interpretación de dichos textos en el sentido de potenciar esta función utópica ni siquiera constituye una propuesta que pueda calificarse como vinculada al uso alternativo del derecho, sino que atiende más bien a la reformulación del deseo expresado en el texto legal, y a la jerarquización de los proyectos que paradójicamente están situados en la cima de la escala normativa, como las constituciones y los pactos de derechos humanos. Si bien la propuesta está limitada por el marco del proyecto moderno, no es menos cierto que la no consecución de las aspiraciones de la modernidad constituye un punto de partida posible para redefinir los términos que dieron impulso a aquella utopía. Y en este campo, el derecho tiene aún mucho por decir". Cfr. COURTIS, Christian, *Texto legal y función utópica. Acerca de la posibilidad de leer las constituciones y los pactos de derechos humanos como textos utópicos*, en Revista "No Hay Derecho", año 2, n° 5, 1991, págs. 12/13.