

X Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Escuela de Historia de la Facultad de Humanidades y Artes, Universidad Nacional del Rosario. Departamento de Historia de la Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad Nacional del Litoral, Rosario, 2005.

Niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos: mucho más que un cambio de paradigma, una búsqueda a la inclusión en el ejercicio de la ciudadanía.

Analía Laura Ayuso y Griselda Alfaro.

Cita:

Analía Laura Ayuso y Griselda Alfaro (2005). Niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos: mucho más que un cambio de paradigma, una búsqueda a la inclusión en el ejercicio de la ciudadanía. X Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Escuela de Historia de la Facultad de Humanidades y Artes, Universidad Nacional del Rosario. Departamento de Historia de la Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad Nacional del Litoral, Rosario.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-006/391>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/e80H/6ZN>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

Xº Jornadas Interescuelas- Departamento de Historia
Rosario, 20 al 23 de Septiembre de 2005

Título: “Niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos: mucho más que un cambio de paradigma, una búsqueda a la inclusión en el ejercicio de la ciudadanía”

Mesa Temática Nº 41: Género e Historia reciente en la Argentina.

Pertenencia Institucional: Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Autores:

- Ayuso Analía Laura. Abogada. Coordinadora de la Clínica Jurídica de Interés Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT). Integrante del Proyecto de Investigación presentado en CIUNT: “La cultura política en el mundo contemporáneo. Representaciones y prácticas de una ciudadanía negada”.
Directora del Proyecto: Casali de Babot, Judith Yolanda.

Dirección: San Juan 1547.

Teléfono: 0381-4237091. 0381-155028563.

Dirección de correo electrónico: anitayuso@yahoo.com.ar

- Griselda Alfaro. Estudiante de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT). Estudiante de Grado en el Proyecto de Investigación presentado en CIUNT: “La cultura política en el mundo contemporáneo. Representaciones y prácticas de una ciudadanía negada”. Directora del Proyecto: Casali de Babot, Judith Yolanda.

Teléfono: 0381- 4245203.

Dirección de correo electrónico: gryalfaro@yahoo.com.ar

“Niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos: mucho más que un cambio de paradigma, una búsqueda a la inclusión en el ejercicio de la ciudadanía”

“La historia del derecho es también una historia de utopías bien o mal realizadas”.

Luigi Ferragiolli.

I. Introducción

Encaramos la realización de este trabajo desde una concepción amplia del derecho de género, resaltando su búsqueda de la igualdad de condiciones y de acceso y reconocimiento de los derechos. Desde este punto de partida, buscamos asimilarlo con el derecho de niños, niñas y adolescentes, realizando una especie de paralelismo, teniendo en cuenta las características de uno y otro y sus particularidades: grupos desaventajados¹, con derechos especialmente protegidos, sujetos de Convenciones Internacionales específicas², con una esfera de protección de derechos ampliada, que comparten problemáticas sociales y culturales, conformando un grupo con características propias y determinadas.

Postulamos esta asimilación o paralelismo del derecho de género con el derecho de niños, niñas y adolescentes como una cuestión a debatir, como una posibilidad de construir desde este lugar un derecho de niños,

¹ Nadie debe ser tratado peor a partir de circunstancias que no están bajo su control (su pertenencia étnica, su raza, su género). Esto alegó ante la Corte Suprema de Estados Unidos Alan Bakke, un estudiante blanco que fue desplazado por otro estudiante negro a partir de una “política sensible frente a la cuestión de la raza” aplicada por la Universidad de California en el caso *The Agents of the University of California vs. Alan Blakke* de Octubre de 1977. En *Derecho y Grupos Desaventajados*, Página 23, Roberto Gargarella (Compilador), Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, 1ª Edición, Barcelona, Editorial Gedisa, Noviembre de 1999

² En el caso del derecho del niño: la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989, ratificada por la Argentina en septiembre de 1990 y en el caso de las mujeres: la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1981, y fue ratificada por la Argentina en el año 1985. Ambas incorporadas al artículo 75 inciso 22 en la reforma que se realizó a la Constitución Nacional en el año 1994, lo que les otorga jerarquía constitucional.

niñas y adolescentes más fuerte e impulsando de esta forma su presencia y su reconocimiento de derechos.

No se nos escapa que cuando estamos hablando de género estaríamos incluyendo a las niñas y a las adolescentes en él y no sería objeto de cuestionamiento lo que aquí exponemos. Pero es este uno de los puntos que queremos resaltar, teniendo en cuenta lo importante que puede resultar para el derecho de niños, niñas y adolescentes y el aporte a la discusión, al debate y a la construcción que surge de la misma, la que dejamos abierta para futuros trabajos.

II. Referencia Histórica.

Una vez introducido el tema, pasamos a desarrollar los cambios que se produjeron en el derecho de niños, niñas y adolescentes en los últimos tiempos y que son determinantes para la garantía y el ejercicio de sus derechos, en especial el reconocimiento de su ciudadanía, destacando la importancia fundamental que tiene el derecho como herramienta de construcción social.

La problemática y el tratamiento de los derechos de la infancia es un tema que se fue desarrollando durante todo el siglo XX. Ya en el año 1924, es adoptada la Declaración de Génova de los Derechos de los Niños por la Liga de las Naciones y en 1959 se lleva a cabo la Declaración de los Derechos del Niño en las Naciones Unidas. Con motivo de la celebración de los 20 años de esta Declaración se propuso en el seno de las Naciones Unidas la elaboración de una Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta corriente fue sostenida mediante diversos manifiestos internacionales de derechos humanos en los cuales se podía percibir una idea de cambio en la manera de ver y de considerar a los niños, niñas y adolescentes. Entre los instrumentos internacionales que receptan este cambio podemos nombrar la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana de Derechos Humanos (también conocido como el Pacto de San José de Costa Rica).

Sin duda, estas reformas se hicieron mucho más visibles y efectivas desde la aprobación y posterior ratificación realizada por veinte países³ a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, declarada en el año 1989.

En esos tiempos se fue perfilando a nivel mundial el cambio de paradigma que se conoce en la actualidad. Como ejemplo podemos citar que un año después de la adopción de la Convención se reunieron delegados de 159 países en la Cumbre Mundial en Favor de la Infancia en la oficina de las Naciones Unidas en Nueva York, donde se aprobó un Plan de Acción en el que se afirmó que las aspiraciones de la comunidad internacional respecto del bienestar de los niños estaban reflejadas de manera acabada en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño⁴.

III. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Su inclusión en la Constitución Nacional. Reseñas sobre legislación nacional y provincial.

¿Cómo se refleja éste cambio de paradigma en la legislación argentina? ¿Cuál es la situación en la que se encuentra el derecho de niños, niñas y adolescente en nuestro país? ¿Existe una correlación entre el articulado de la Convención y nuestras leyes internas?

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989: El Congreso Argentino la introdujo en nuestra legislación ratificándola en septiembre de 1990, mediante la ley N° 23.849 y luego fue incorporada dentro del artículo 75 inciso 22 en la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, formando parte del bloque de Tratados Internacionales de Derechos Humanos que adquirieron jerarquía constitucional.

Es importante destacar que nuestro país ratificó la Convención realizando algunas reservas y declaraciones: una destinada a entender que se es

³ Es el número de países ratificantes requerido por el instrumento internacional en su artículo 49.

⁴ Mary A. Beloff, "La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno", Página 623-624, *La aplicación de los tratados internacionales sobre los derechos humanos por los tribunales locales*. Abregú, Martín, Courtis, Christian (comps), Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.

niño desde el momento de su concepción, otra en materia de adopción internacional. otra sobre las cuestiones de planificación familiar y otra sobre la prohibición de la participación de los niños en los conflictos armados.⁵

De esta forma, la Argentina, así como todos los Estados Partes que también firmaron y ratificaron la Convención, está obligada a adecuar su legislación a las pautas establecidas por este instrumento internacional, consagrando el marco mínimo de respeto a los derechos del niño.

También significa que los derechos reconocidos en todos los Tratados de Derechos Humanos que forman parte del artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución tienen carácter operativo, esto es, reconocen, sin más, derechos invocables por los individuos e imponen obligaciones a los Estados cuya inobservancia –por acción u omisión– comprometen su responsabilidad internacional.

En este campo el Estado argentino se encuentra en falta, dado que, pasados quince años desde de su ratificación y once años desde su incorporación al bloque de derechos humanos con jerarquía constitucional, no fue dictada una ley nacional que contenga los postulados que integran la CDN.

Desde el año 1919 rige en nuestro país la ley N° 10.903, llamada Ley Agote (por el nombre de su creador) o Ley de Patronato. Mediante esta ley se instala el modelo de intervencionismo y de judicialización de la niñez y de la pobreza, sustentado en un andamiaje institucional basado en el control social estatal, conteniendo el sistema de la Situación Irregular que desarrollaremos más adelante.

Desde el año 1983 se registran algunos intentos de cambio de esta legislación, que hasta el momento no vieron la luz. Es así como, el 6 de junio 2005 obtuvo sanción en la Cámara de Senadores⁶ uno de los proyectos de ley que

⁵ Todo de acuerdo al artículo 2 de la ley n° 23.849.

⁶ El dictamen de consenso del Senado (OD 117) crea un Sistema de Protección de Derechos para niños, niñas y adolescentes, en base al trabajo en las Comisiones Legislación General; Población y Desarrollo Humano; Justicia y Asuntos Penales; Seguridad Interior y Narcotráfico y Presupuesto y Hacienda; sobre los proyectos de los/as senadores/as: Gerardo Morales (UCR); Jorge Agundez (UCR); Liliana N. de Alonso (PJ); Vilma Ibarra (FREPASO); Percebal (PJ) y otros; Leguizamón (PJ) y otros; Jorge Massoni (UCR); Miriam Curletti (UCR) y Marita Percebal (PJ).

fueron propuestos⁷. El proyecto respeta íntegramente la concepción del Sistema de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes estableciendo que: el niño, niña y adolescente es un sujeto activo de derechos, en un sentido abarcativo de los mismos y a lo largo de todo su crecimiento y define las responsabilidades de familia, la sociedad y el Estado en relación a los derechos universales y especiales por su condición de personas en desarrollo. También establece la necesidad de Políticas Públicas Básicas para su pleno desarrollo, en materia de educación, salud, cultura, recreación, participación ciudadana. Y crea un Sistema de Garantías Penal Juvenil, entre otros artículos.

A nivel provincial, en cambio, fueron sancionadas algunas leyes que siguen el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes⁸. Estas leyes son ejecutadas con resultados diversos, pero la mayoría no logró implementarse debidamente por diferentes razones, en general de cuestión institucional. Sin dudas, es la ley n° 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada en diciembre de 1998, la que se cumple de la mejor manera, dado que la Ciudad cuenta con las instituciones creadas por la ley (por ejemplo: el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Defensorías Zonales, los abogados de niños entre otras) siendo su operatividad y su aplicación efectivas.

En la Provincia de Tucumán existe un reciente interés acerca de las cuestiones de la infancia. A nivel legislativo se presentó un proyecto de ley a fines del mes de septiembre de 2004, que aún se encuentra en el estudio de las comisiones y en el marco de la reunión del Parlamento del NOA que se realizó en Tucumán el 13 de mayo del 2005 se lanzó el 1º Foro Virtual sobre Niños, Niñas y Adolescentes, un espacio que tiene como objetivo posibilitar el intercambio de

⁷ Este proyecto de ley cuenta con el asesoramiento y el apoyo de las principales ONGs especializadas en infancia.

⁸ Ya se han sancionado nuevas leyes provinciales para la Infancia en las provincias de Mendoza, Chubut, Buenos Aires, Tierra del Fuego, Misiones, Neuquen, Jujuy y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Otras provincias están en proceso de debate. En el nivel municipal UNICEF está colaborando en la creación de nuevas instituciones, servicios y políticas que garanticen la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Para más información: www.unicef.org.ar

ideas y de opiniones entre la sociedad civil y los poderes del Estado⁹. De todas maneras, si bien celebramos que los legisladores provinciales tengan en sus agendas la problemática infantil, esperamos que, una vez dictada la ley, no se convierta en “letra muerta” dada la no adecuación de las instituciones existentes con las que instituye la nueva legislación y la reticencia que los principales actores en la materia pueden oponer a adoptar los principios que contiene el sistema de protección integral de derechos.

IV. Situación Irregular versus Situación de la Protección Integral.

La aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es el momento a partir del cual se “instrumentalizó” internacionalmente el cambio de paradigma que se venía perfilando en las últimas décadas.

Este cambio en la concepción de los derechos también se refleja en nuestro país de manera más general abarcando la totalidad de tratados sobre derechos humanos¹⁰.

En griego la palabra “paradigma” tiene un sentido arquitectónico, denota construcción, un lugar desde el cual se construye. Es así como también consideramos al derecho, como una herramienta de construcción y de cambio social, desde la cual se construye ciudadanía. En el mismo sentido “el movimiento social genera nuevos derechos, modifica cualitativamente la semántica de la noción de ciudadanía y establece nuevas relaciones entre los miembros de la sociedad”¹¹.

⁹ Para más información consultar en: <http://www.hlt.gov.ar/objetivoforo.htm>

¹⁰ Como ejemplos de estos cambios institucionales y culturales podemos nombrar: la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) el 5 de Septiembre de 1984; diversos fallos judiciales reconociendo operatividad a los tratados internacionales de derechos humanos (Ekmekdjian c/ Sofovich) y por último la incorporación de numerosos tratados internacionales de derechos humanos al articulado de la Constitución Nacional en la reforma del año 1994.

¹¹ Zapata- Barrero, Ricard, “Ciudadanía e interculturalidad: razones para un balance”, en revista *Anthropos. Huellas del Conocimiento*, número 191, sin datos de fecha, ni de edición, página 40.

Es importante destacar cómo se pasa de un paradigma a otro. Este tema se encuentra desarrollado de forma impecable por Thomas Kuhn, en su famosa obra “La estructura de las revoluciones científicas”. En ella reseña que “la transición sucesiva de un paradigma a otro por medio de una revolución es el patrón usual de desarrollo de una ciencia madura”. Que la decisión de rechazar un paradigma es siempre, simultáneamente la decisión de aceptar otro, y el juicio que conduce a esa decisión involucra la comparación de ambos paradigmas con la naturaleza y la comparación entre ellos¹².

A su vez, un historiador, al hablar de los cambios de paradigmas que se llevan a cabo, los describió como “tomar el otro extremo de un bastón”, siendo un “proceso que involucra manejar el mismo conjunto de datos anteriores, pero sustentándolos en un nuevo sistema de relaciones concomitantes al ubicarlos en un marco diferente”.¹³

En materia de derechos de niños, niñas y adolescentes, el cambio se da, como venimos anunciando a lo largo de este trabajo, unos años antes de la adopción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Hasta ese momento regía¹⁴ la doctrina de la situación irregular o del sistema tutelar, entre cuyas características más destacadas podemos nombrar:

- a. Se trata a los niños, niñas y adolescentes como “objeto” de tutela, sobre los cuales el “mundo adulto” decide y opera, dado que son tomados como incapaces y por lo tanto no saben, no pueden, no conocen y no deciden por sí mismos.
- b. Las denominaciones que se utilizan son: “menores”; “menores en situación irregular”; “menores en estado de abandono, riesgo o peligro moral o material”; “menores en circunstancias especialmente difíciles o en situación de disfunción familiar”. Todas ellas suponen una situación desfavorable y desventajosa que sufre la persona a la cual se refieren.

¹² Thomas Kuhn. *La estructura de las revoluciones científicas*. Página 36. University of Chicago Press. 1962. Fondo de Cultura Económica. México. Octava Reimpresión. 2004.

¹³ Herbert Butterfield, *The Origins Of Modern Science, 1300-1800*. Londres. 1949).

¹⁴ Y como vamos a exponer a lo largo del presente trabajo, sigue en vigencia en algunos casos.

- c. Se concibe al derecho de los niños, niñas y adolescentes desde una perspectiva asistencialista y tutelar, puesto que no gozan de los mismos derechos que tienen los adultos.
- d. Se excluye en el tratamiento judicial al principio de legalidad, por lo tanto no se les reconoce el debido proceso en juicio, son sometidos a juicios secretos, sin la intervención de abogados, con la plena disposición del juez de menores, en cabeza de quien se reúnen funciones judiciales y funciones sociales, actuando como un “buen padre de familia” y como encargado del instituto del “patronato”.
- e. Se llega a la judicialización de la pobreza, dado que se dispone el mismo tratamiento “para niños y jóvenes que cometen delitos como para aquellos que se encuentran en situación de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales (a la familia, a la alimentación, a la salud, a la educación, al esparcimiento, a la vestimenta, a la capacitación profesional, entre otros).¹⁵
- f. En todos los casos que llegan al juez, este tiene plena facultad de disposición del niño o adolescente por tiempo indeterminado y en las condiciones que él decida para el caso concreto, cuyo único límite estaría configurado por la adquisición de la mayoría de edad.

Los parámetros que fueron adoptados por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que constituyen el cambio de paradigma mencionado y que se enrolan en el Sistema de la Protección Integral de Derechos son los siguientes:

¹⁵ Mary Beloff, “La aplicación de la Convención internacional sobre los derechos del niño en el ámbito interno”, página 626, en *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Abregú,, Martín, Courtis, Christian (comps), Buenos Aires, Ediciones del Puerto 1998.

- a. Se los denomina “niños, niñas y adolescentes”, tal como se enuncia en el artículo nº 1 de la CDN, que dice que se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad¹⁶.
- b. Son sujetos activos de derechos. Gozan de todos los derechos que les corresponde a los adultos, más un *plus* que consiste en todos los derechos propios de la niñez, entre los que se pueden enumerar: el derecho a las relaciones paterno-materno/filiales, al esparcimiento, entre otros. Como contrapartida, tienen obligaciones, es decir tienen una creciente responsabilidad por sus actos, según su edad y la evolución de sus facultades¹⁷.
- c. Consagra al interés superior del niño, estructurado como el “principio-rector” de la CDN, tendiente a la satisfacción de sus derechos fundamentales. Es “un criterio orientador para resolver conflictos de derechos en que puedan verse involucrados los niños y jóvenes, que rige y obliga expresamente, al legislador, a los tribunales, los órganos administrativos y los servicios de bienestar público y privado, en éste sentido es un principio que pretende realizar la justicia y no es un mero objetivo social”¹⁸. Estamos frente a un concepto abarcativo y en constante evolución. Este principio también recibió críticas por su condición de indeterminación (es llamado “caballo de Troya”), esto es: su aplicación en el caso concreto no va a conducir necesariamente a un resultado predecible, puesto que influyen en él consideraciones culturales. Podrían justificarse resultados extremadamente distintos sobre una misma situación concreta y ambos justificarse en la aplicación del interés superior del niño¹⁹

¹⁶ No existe uniformidad de criterios sobre el momento en el cual se pasa de la categoría de “niño” a la de “adolescente”. En muchos países no hay un límite exacto, mientras que en otros, como Uruguay, está determinado en la legislación interna y es así como el artículo nº 1 del Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay se establece que se entiende por “niño todo ser humano hasta los trece años de edad y por adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad”

¹⁷ Miguel Cillero Bruñol, “Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de Principios”.

¹⁸ Miguel Cillero Bruñol, “Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de Principios”.

¹⁹ Sobre este tema consultar: Alston Philip y Bridget Gilmour Walsh: *El interés superior del Niño, Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales*. Unicef, Argentina, 1996

- d. Existe una nueva forma de relacionar al niño con la familia, la sociedad y el Estado, de acuerdo a sus derechos y a sus obligaciones. Esto se vincula directamente con un ejercicio pleno de la ciudadanía, entendida esta como el “derecho a tener derechos”²⁰ y “dentro de un proceso constante de construcción de ciudadanía”²¹.
- e. La CDN regula en su artículo 5 la “autonomía progresiva” de la que gozan los niños, niñas y adolescentes. Esto es, que el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones frente a los demás serán progresivos como consecuencia de la evolución de sus facultades y competencias. Esto se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a ser oídos, a expresar su opinión libremente y a formar su propio juicio, en virtud de la autonomía y el desarrollo que adquieren.
- f. Hay una clara distinción entre las problemáticas sociales y la política criminal, donde queda en cabeza de la sociedad civil y el Estado la cuestión social y en cabeza del juez la cuestión jurisdiccional.
- g. En la cuestión judicial “se reconocen a todos los niños todas las garantías que les corresponden a los adultos en los juicios criminales según la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales”²², entre ellos: el pleno acceso a la justicia. el debido proceso, el derecho al patrocinio letrado, ser juzgados por tribunales específicos con procedimientos específicos, a ser tratado con humanidad y respeto, se presume su inocencia en tanto no se pruebe lo contrario.
- h. Para el caso en el que el joven cometa un delito o transgreda la ley prevé un sistema de medidas alternativas a la privación de libertad, ya que esta sólo será considerada como una medida de último recurso, que se cumplirá por el menor tiempo posible y que deberá encontrarse

²⁰ Arendt, Hanna, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1974.

²¹ Miguel Cillero Bruñol., “*Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios*”.

²² Mary Beloff, “La aplicación de la Convención internacional sobre los derechos del niño en el ámbito interno”, página 630-632, en *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Abregú, Martín, Curtis, Christian (comps), Buenos Aires. Ediciones del Puerto 1998.

debidamente justificada por el juez de menores que intervenga en la causa.

V. Lo que es y lo que debe ser.

Si bien expusimos hasta el momento cómo se fue presentando el cambio de paradigma en materia de infancia y cómo fue universalmente aceptada la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, muchos de los cambios que fuimos reseñando a lo largo del artículo no se reflejan en legislación vigente y que se aplica en los tribunales nacionales y provinciales.

No es un dato menor comentar que en Argentina el sistema legislativo de derechos infanto juvenil se sigue rigiendo con la ley de Patronato (ley nº 10.903), y con el Régimen Penal de Minoridad formado por las leyes nº 22.278 y nº 22.803, las cuales no siguen los postulados del Sistema de Protección Integral de los Derechos.

Desde ya, debemos adelantar que no se han declarado inconstitucionales las leyes a las cuales nos referimos en el párrafo anterior, pese a la incongruencia que presentan con el sistema de derechos de la CDN, que integra nuestra Constitución Nacional y goza por ello una jerarquía superior.

En general no se aplica el articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño y los instrumentos internacionales afines, poniendo como excusa que “contienen normas programáticas que hacen necesario una reforma legislativa que operativice los derechos allí contenidos”²³.

Esto se contrapone a lo establecido por nuestra Corte Suprema de Justicia en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”²⁴, un fallo dictado en el año 1992, aún antes de la reforma a la Constitución Nacional, en el cual se sostiene en uno de los principales considerandos que: “en cuanto se ratifica un Tratado existe una obligación internacional y por lo tanto, todos los órganos del Estado sean administrativos o jurisdiccionales, apliquen ese tratado a los

²³ Mary Beloff, “La aplicación de la Convención internacional sobre los derechos del niño en el ámbito interno”, página 630, en Abregú Martín, Courtis, Christian, (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1998.

²⁴ La Ley, 1992-C: 547.

supuestos por este abordados, siempre que el Tratado contenga descripciones concretas de esos supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata”.

Es importante destacar que dentro de las obligaciones a las cuales se comprometen los Estados Partes que firman la CDN se encuentra la de “adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”²⁵.

VI. A modo de ejemplo: Fallo “S.,L.P”

Y para terminar con nuestra exposición, quisiéramos relatar un caso en el que, adecuando el Código de Procedimientos Penales a lo que estatuye la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se aceptó que se tenga a una niña como querellante en un proceso en contra de sus padres²⁶.

En el momento de la presentación de la acción, L.P.S era una niña menor de edad que solicitaba asumir el rol de querellante en una causa donde era víctima de un delito cometido por su padre y su madre. En la causa su padre había sido imputado y el Fiscal había ordenado su detención, lo que tornaba técnicamente imposible su actividad como querellante. A su vez, la niña tampoco contaba con otra persona vinculada a ella que se encontrara en condiciones de legitimar sus intereses en sede judicial. De esta forma, L.P.S. quedaba sin representación legal en la causa, imposibilitándose un real acceso a la justicia.

En él se plantea un conflicto entre el artículo 82 del Código Procesal Penal de la Nación²⁷ y el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su punto 2 se refiere expresamente a la “oportunidad del niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo

²⁵ Artículo nº 4 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

²⁶ El fallo es el “S., L.P s/ Denegatoria de ser tenida como querellante”, proveniente de la Sala 1 de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal y fue emitido el 18 de marzo de 2004.

²⁷ El artículo 82 del Código Procesal Penal de la Nación establece: “Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan. Cuando se trate de un incapaz, actuará por él su representante legal...”

afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”.

Es justo destacar que el artículo 12 de la CDN es uno de los artículos más importantes que esta presenta, dado que establece el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos, condición esencial de su subjetividad y del ejercicio de sus derechos²⁸, también establecidos en el articulado del citado instrumento internacional.

Es por ello que los jueces que integraban en ese momento la Cámara decidieron que una norma infraconstitucional, como es el artículo 82 del Código de Procedimientos, no podía restringir las prerrogativas establecidas de un modo evidente en la CDN.

L.P.S. fue patrocinada por abogados de la Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, quienes fueron autorizados por el tribunal a asumir el rol de querellantes conjuntos con la niña. De esta manera, la Sala 1 de la Cámara Criminal y Correccional revocó la negativa del instructor y aceptó como parte querellante a L.P.S.

Exponemos este fallo en nuestro trabajo porque consideramos que es un punto importante y un paso adelante para el reconocimiento de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Coincidimos con las declaraciones del Dr. Roberto Gargarella cuando dice que “cuanto más sea el nivel de hostilidad que haya hacia ciertos grupos desaventajados, más obligación tiene el juez de asumir la protección de las minorías desaventajadas”²⁹.

Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de

²⁸ Consideramos que el derecho a ser oído es uno de los derechos que estructuran la Convención y que su importancia es comparable con la del principio que se refleja en el artículo 3, que establece que en todas las medidas que se tomen se atenderá como consideración primordial el interés superior del niño.

²⁹ De acuerdo a lo expresado por el Dr. Roberto Gargarella en una entrevista realizada por el diario Clarín del domingo 17 de julio de 2005.

ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa³⁰.

En el caso presentado se trasluce la protección adecuada que se debe dar a la situación de los niños, niñas y adolescentes, reconociéndolos como sujetos activos de derechos, estableciendo un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de sus derechos. Se evidencia claramente el cambio de paradigma que establece la Convención, tornando operativos los derechos que ella ampara y logrando una justa adecuación de las normas.

VI. Síntesis.

La declaración de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño marca, sin lugar a dudas, un antes y un después en materia de infancia. Si bien la evolución en el tema se venía desarrollando desde años anteriores, es con este instrumento, aceptado universalmente, con el que se pasa de una mera declaración de buenas intenciones a la fuerza vinculante del derecho contenido en el tratado.

La importancia de la CDN radica en el cambio que introduce en la forma de ver a los niños, niñas y adolescentes, otorgándoles subjetividad, voz, facultades y competencias acordes a su autonomía progresiva, derechos y obligaciones propias con una amplia esfera de protección y una manera distinta de relacionarse con la familia, la sociedad y el Estado. Este cambio de paradigma significa un reconocimiento de su pleno ejercicio de la ciudadanía buscando terminar de esta manera con la desigualdad, donde “las diferencias naturales de las personas no determinan las diferencias sociales establecidas en una supuesta jerarquía esencialista, la ciudadanía rompe con la idea de que la edad, el sexo, la inteligencia y la cultura puedan fundamentar cualquier tipo de autoridad”³¹.

³⁰ Miguel Cillero Bruñol. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Publicado en internet: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf

³¹ Zapata- Barrero, Ricard, “Ciudadanía e interculturalidad: razones para un balance”, en revista *Anthropos. Huellas del Conocimiento*, número 191, sin datos de fecha, ni de edición, página 38.

Este cambio debe ser acompañado por todos los actores vinculados con la temática de la infancia: la familia y sus lugares de educación, recreación, esparcimiento, etc; la sociedad civil, conformada por las ONGs especializadas en el tema, los profesionales dedicados a la temática infantil, entre otros y los tres poderes que componen el Estado.

El carácter vinculante de la Convención coloca a los Estados firmantes en el compromiso internacional de adaptar su legislación a sus postulados y a la adopción de mecanismos efectivos de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Así como la obligación de implementar planes de acción y políticas públicas que se correspondan a la normativa, acompañadas con el respaldo presupuestario adecuado para hacer posible su realización.

Este compromiso debe reflejarse en materia legislativa, donde es fundamental terminar con la esquizofrenia jurídica en la que vivimos, en el que conviven leyes representativas de la situación irregular con leyes representativas de la situación de protección integral de derechos. incluso con mayor jerarquía jurídica, pero menos aplicadas.

Y el papel fundamental que cumplen los jueces ante este reconocimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes y la incorporación de la nueva corriente en sus fallos, entendiendo su función en este sistema como “un legislador activo y creativo, consciente de que la justicia no puede ser reducida a una dimensión exclusivamente técnica, debiendo ser concebida como instrumento para la construcción de una sociedad verdaderamente justa”³².

En los últimos tiempos se vislumbra un interés en las cuestiones relacionadas con los derechos de niños, niñas y adolescentes y se pueden percibir algunos cambios positivos. Es factible lograr el efectivo reconocimiento y protección de sus derechos, en miras a un concreto ejercicio de la ciudadanía, que contemple los aspectos jurídicos y sociales, garantizando la

³² José Eduardo Faría, “El poder judicial frente a los conflictos colectivos”, en *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Courtis, Christian (compilador), Editorial Universitaria Buenos Aires (EUDEBA), Buenos Aires, 2001.

igualdad de este grupo. Existen herramientas destinadas a posibilitarlo y se encuentran en manos de todos nosotros.

VII. Bibliografía:

- Constitución Nacional.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Roberto Gargarella (Compilador), *Derecho y Grupos Desaventajados*, Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, 1^º Edición, Barcelona, Editorial Gedisa, Noviembre de 1999.
- Abregú, Martín, Courtis, Christian (comps), *La aplicación de los tratados internacionales sobre los derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.
- Thomas Kuhn. *La estructura de las revoluciones científicas*. Página 36. University of Chicago Press. 1962. Fondo de Cultura Económica. México. Octava Reimpresión. 2004.
- Alston Philip y Bridget Gilmour Walsh: *El interés superior del Niño, Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales*. Unicef, Argentina, 1996
- Arendt, Hanna, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1974.
- Revista *Anthopos. Huellas del Conocimiento*. Ciudadanía e Interculturalidad.
- Lafer, Celso. *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo desde el pensamiento de Hanna Arendt*, Fondo de Cultura Económica, San Pablo, Primera Edición en español 1994.
- Justicia y Derechos del Niño. Nº 2. UNICEF. Buenos Aires. 2000.
- Justicia y Derechos del Niño. Nº 3. UNICEF. Buenos Aires. 2001.
- Courtis, Christian (compilador), *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Editorial Universitaria Buenos Aires (EUDEBA), Buenos Aires, 2001.