
UNIVERSIDAD NACIONAL DE MAR DEL PLATA
Secretaría de Investigación y Desarrollo Tecnológico

PRESENTACIÓN DE PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN
2002

**GRUPO DE INVESTIGACIÓN:
“EROSIÓN EN LA CONCIENCIA CONSTITUCIONAL”**

TÍTULO DEL PROYECTO:

**LOS DERECHOS HUMANOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA
ARGENTINA DEL SIGLO XXI**
**“El nuevo paradigma trazado entre la niñez y la democracia a partir de la
jerarquización constitucional de la Convención Internacional de los
Derechos del Niño”**

I

Antecedentes y fundamentos de la investigación propuesta

El objeto de investigación propuesto es esencialmente interdisciplinario, siendo necesario por ende, abordarlo desde la múltiple perspectiva constitucional, legal, social, e incluso administrativa, por el rol preponderante que hasta aquí se le ha asignado al Estado.

Ello nos lleva a trabajar el tema en conjunto, como un nuevo proyecto generado en el marco del grupo de investigación “Erosión en la Conciencia Constitucional” dirigido por Eduardo Pablo Jiménez.

En ese contexto, el Director, y los integrantes del mismo (Gabriela García Minella, Susana San Martín, Lucas Mariano Trobo,) pretenden estudiar cuál es el panorama actual en nuestro país en lo relativo al sistema de derechos humanos del niño y del adolescente, y en este contexto explorar cuales son las posibilidades concretas de desarrollo del nuevo paradigma propuesto por la Convención Internacional de los Derechos del Niño y Adolescente sobre el ordenamiento jurídico nacional y provincial.

Así, con el presente estudio trataremos de investigar en una primer etapa si existe en sectores del ordenamiento jurídico nacional y provincial en la materia de niñez colisiones entre la doctrina de situación regular y la doctrina de la protección integral – acuñada por CIDN-; y en una segunda etapa si desde que la Convención ha adquirido jerarquía constitucional se ha limado las posibles colisiones y en caso de ausencia de estas, cual ha sido el cambio que se ha operado en el sistema de derechos humanos del niño y adolescente a partir de la reforma constitucional de 1994.

Desde otro ángulo, correlativo al anterior, se estudiará el impacto que la inserción de este nuevo modelo tendrá en las estructuras – mentales e institucionales- tradicionales, y la posibilidad de adaptarlas al cambio, mediante cursos de acción que también serán objeto de análisis y desarrollo.

Eduardo Jiménez, especialista en Derecho Constitucional (Universidad de Salamanca y Cambridge y en Derecho Comunitario Europeo (Universidad de Salamanca) es también MASTER en Derecho Ambiental (Universidad del

País Vasco). Es asimismo profesor titular regular en la asignatura “Teoría Constitucional”, profesor adjunto regular en “Derechos humanos y garantías” en la Facultad de derecho de la UNMdP, y profesor titular en la asignatura “Elementos de Derecho Internacional” en la carrera de Licenciatura en Relaciones Internacionales de la Universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Autor de más de diez (10) libros y sesenta (60) artículos de su especialidad, es investigador categorizado “2” por el Ministerio de Educación de la Nación (UNMDP).-

Gabriela García Minella, es abogada, miembro de otros proyectos desarrollados por este mismo grupo (Facultad de Derecho de la UNMdP). Especialista en medio Ambiente y Criminología (Universidad de Salamanca). Master en Derecho Ambiental por la Universidad del País Vasco (España). Fue abogada de la Defensoría Municipal de los Derechos del Niño en la Municipalidad de Gral. Pueyrredón, desde su creación hasta 1999. Ex becaria UNICEF/UBA/UP (Postgrado sobre Derechos del Niño y el adolescente-1998). Ex becaria de extensión en la UNMDP, proyecto “Los niños y el derecho a la educación).

Susana H. San Martín, es abogada, profesora adjunta regular en la asignatura “Derecho Civil I- Parte General” en la Facultad de Derecho de la UNMdP (no sé si tiene que ver los otros dos grupos de investigación que integro, el de Hutchinson y el de Graciela Nora, porque no se relacionan con el tema, tampoco los postgrados). Sí (Mencionalo que es importante)

Lucas Mariano Trobo, es abogado, docente adscripto a la cátedra “Derecho Civil I- Parte general”, en la Facultad de Derecho de la UNMdP. **Acá hay que hablar con Lucas porque él le dio a Titi un currículum y creo que algo que relacionado con el tema tiene. Sí**

En el marco introductorio de esta nueva investigación grupal, reiteramos nuestro profundo convencimiento de que el derecho se encuentra al servicio de la sociedad, debiendo ofrecer marcos de seguridad jurídica para la persona humana. El uso y la aplicación adecuados de las nuevas herramientas constitucionales a nuestro alcance, traerá aparejado un innegable y esencial avance en lo relativo a la situación y tratamiento de los derechos de niños y adolescentes.

Y es el derecho, como “el mejor instrumento para la convivencia humana”, el que puede darnos los fundamentos, los fines y las metodologías para desarrollar en la sociedad una conciencia adulta, moderna, responsable, y por sobre todo, respetuosa de su vida y su futuro, que les evite “atrofias inmodificables a su madurez”.¹

II

FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA:

Breve introducción

Cada época marca su impronta en la historia, la signa con características muy particulares, que la hacen única e igual a sí misma. ² Sin embargo, a veces, como está acaeciendo en temas como el que nos proponemos estudiar, sucede que aparecen dos caras que simulan ser contra caras, y no dejan ver cuál de ellas se está desarrollando más fuertemente. Es lo que Baudrillard ³ llama magistralmente “la simulación de la historia”, que impide ver el mundo real para manejarnos sólo con la “real apariencia”, el famoso doble discurso, elevado a categoría histórica y en nuestro caso a categoría jurídica.

¹ JIMÉNEZ EDUARDO PABLO y GARCÍA MINELLA GABRIELA, “Los niños y adolescentes argentinos del nuevo milenio y sus derechos constitucionales”, en la obra colectiva “EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XXI”, coordinada por GERMÁN BIDART CAMPOS, Ed. Ediar, págs. 51 a 84.

² SABATO ERNESTO, “Hombres y engranajes”, Ed. Seix Barral, Bs. As. 1993.

³ BAUDRILLARD JEAN, “La ilusión del fin. La huelga de los acontecimientos”, Ed. Anagrama, Barcelona, 1993.

El derecho instituye sujetos y define identidades. Su incidencia en la vida social es relevante porque interviene prescribiendo, ordenando, diciendo lo que se debe y no se debe hacer, decir, pensar. Hasta aquí su intervención visible, desembozada, a cara descubierta. Y como todo orden impuesto, genera y habilita, formas de resistencia.

Paralelamente, juega sin que lo advirtamos, cuasi naturalizando relaciones y vínculos entre personas, y así quedan “definidos” los modos en que calificamos nuestras conductas y las de los que nos rodean, sin que nos hayamos planteado opciones ni elegido unas “razones” mejores que otras para adoptarlos. Esta es su cara más temible, su lado oscuro y resulta muy difícil oponerse a su presencia, porque casi no la percibimos.

Pero el derecho también interviene en nuestras vidas cuando nos promete o nos niega, nos crea expectativas o frustraciones, y en cualquier caso, contribuye a dibujar el horizonte del mundo que habitamos.

Las calidades y facultades de los integrantes de una sociedad están jurídicamente estatuídas, y *“el derecho es un discurso social complejo, opaco, paradójico, enunciado por diversos actores sociales, cada uno de los cuales agrega, modifica, elimina sentidos, construye y desconstruye subjetividades”*.⁴

Por ello, reflexionar desde la Teoría del derecho implica comprometerse con el diseño de la sociedad en la que vivirán las generaciones que nos sucedan, si les damos alguna posibilidad para que así sea.

La problemática central enunciada para nuestra tarea de investigación es la bucear –en principio- sobre la discordancia o no entre la normativa constitucional existente luego de la reforma de 1994 en lo que hace a los derechos fundamentales de niños y adolescentes, y el ordenamiento jurídico tradicional o clásico que mantiene los viejos moldes y rígidas estructuras.

Como correlato, a ello se agrega la falta de adaptación de los denominados “operadores” del derecho a las nuevas tendencias, como consecuencia directa de su formación positivista en el marco del orden tradicional.

Todo ello en el marco propuesto a partir de la última reforma constitucional de 1994.

Finalmente no podemos dejar de considerar la falta de conciencia social, la tradicional ignorancia que exhibe la mayoría de la población sobre el alcance de los derechos y garantías que la Constitución pone a su disposición, y fundamentalmente sobre el modo de ejercerlos.

La conjunción de las tres circunstancias indicadas – de existir realmente- lleva inexorablemente a un desequilibrio entre la normativa de primera línea que disponemos, y su aplicación a casos concretos. Ello generaría una confusión importante porque, en general se cree que se debe tutelar a la persona del niño y al adolescente, y no a sus derechos.

Por eso una de las tareas a encarar en el marco de este proyecto será – en caso de existir- determinar las razones de ese desequilibrio.

Los elementos con que contamos superan ampliamente el abanico de posibilidades imaginable hace no muchos años atrás.

Como señala Morello ⁵, lo que el hombre de derecho puede mostrar ufano en su haber es el enriquecido y eficaz horizonte de las garantías, a través

⁴ RUIZ ALICIA, “Derecho y multiculturalismo: conflictos y paradojas”, en “DERECHOS Y GARANTÍAS EN EL SIGLO XXI”, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 421.

⁵ MORELLO MARIO AUGUSTO, “Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales”, Ed. Platense- Abeledo Perrot, 1998.

de las cuales se logra la tutela efectiva de los derechos fundamentales y un arco iris de “resplandecientes registros de protección”.

Basta señalar tres circunstancias para corroborarlo: una, es la constitucionalización en la reforma de 1994, de un poderoso elenco de técnicas procesales –amparo, habeas data, habeas corpus- ; otra es el ensanchamiento del contenido, las direcciones y las perspectivas de los derechos humanos potenciados en tratados que al nivel de jerarquía de las demás normas de nuestra Norma Fundamental, asumen vigorosos perfiles. Por último, ha devenido clara la necesidad de remover obstáculos de hecho, culturales y económicos, para el acceso generalizado a la jurisdicción y asegurar la cancelación de discriminaciones que quebrantan el principio de igualdad.

Sin embargo, y en lo relativo a la segunda circunstancia apuntada, es de advertir que el hecho de que los derechos de niños y adolescentes tengan un reconocimiento internacional, no asegura la eficacia de ese reconocimiento a la hora de evitar violaciones. Se ha señalado ⁶ con acierto que lo que se ha producido es una “reforma” a la Constitución, y por ello los nuevos contenidos *han de ajustarse al molde de la Constitución de 1853* que en lo que nos ocupa, participa de los conceptos de rigidez, consagrando un claro sistema de supremacía del propio texto por sobre el resto del ordenamiento jurídico *y más aún respecto del que sólo accediendo a su jerarquía, no ha sido incorporado a ella.*

En razón de ello, al sostener que los tratados internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22, y entre ellos especialmente la Convención Internacional de Derechos del Niño, poseen jerarquía constitucional, estamos diciendo que forman parte de un “bloque de constitucionalidad”, comprensivo de todas aquellas normas cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley, identificando la noción de bloque con el “conjunto de instrumentos normativos que junto con la Constitución, y como complemento de ésta, es preciso tener en cuenta en todo momento para determinar con exactitud el régimen de una determinada competencia... pero teniendo en claro que aquellas normas complementarias, no se sobreponen al texto fundamental”.⁷

Es con respecto a esta conclusión, donde doctrina y jurisprudencia no se han puesto de acuerdo, porque no todos aceptan la relación de subordinación planteada entre los instrumentos internacionales que integran el denominado “bloque de constitucionalidad” y el texto constitucional originario.

Sin entrar en mayores profundidades, propias de la tarea a desarrollar, podemos señalar sin embargo, que lejos de enfocar los casos de conflicto o desplazamiento entre unos y otros, desarrollaremos nuestra hipótesis de trabajo en base a la postura de la CSJN, en el sentido de que los textos internacionales incorporados, complementan a la parte dogmática de la Constitución, y tienen la misma jerarquía, por lo que *no se desplazan ni se destruyen recíprocamente.*

Sentada esta premisa, lo que no es materia de discusión, es que el plexo normativo incorporado sobre Derechos Humanos, una vez adquirida por vía de esa incorporación la jerarquía constitucional, se torna además de texto normativo suprallegal, en una pauta de interpretación obligatoria para los poderes públicos.

Y es aquí entonces donde se produciría la divergencia y el fenómeno de inadaptación apuntados: los esquemas institucionales tradicionales y los hombres que los integran, no están preparados, formados ni mentalizados para un nuevo sistema que nos lleve progresivamente a la aplicación de los principios de desjudicialización y desinstitucionalización –en esta temática acuñados por la CIDN.

Es justo reconocer que tampoco se les han proporcionado los elementos para que puedan superar viejos esquemas formativos, para que puedan trascender las barreras mentales y estructurales, y empiecen a considerar al niño y al adolescente como sujetos de derecho y no como “objetos de tutela”, integrándolos a la sociedad democrática en la que están insertos.

“Como bellamente define Zambrano, la democracia es la sociedad en la cual no sólo es posible sino exigido el ser persona. Frágil y falible, hoy en día

⁶ JIMÉNEZ EDUARDO y GARCÍA MINELLA GABRIELA, ob.cit., pág. 6.

⁷ RIQUERT MARCELO y JIMÉNEZ EDUARDO, “Teoría de la pena y derechos humanos”, Ed. Ediar, pág. 122.

ningún otro sistema ha probado otorgar al hombre más justicia social y libertad que la precaria democracia en que vivimos. La democracia no sólo permite la diversidad sino que debería estimularla y requerirla. Porque necesita la presencia activa de los ciudadanos para subsistir, de lo contrario es masificadora y genera indiferencia y conformismo”.⁸

Por eso, desde el amplio campo del derecho, debemos exigir a los gobernantes que pongan todo su ímpetu para que el poder adquiera la forma de la solidaridad, que promueva y estimule los actos libres, poniéndose al servicio del bien común; pero por otro lado, debemos proporcionarles en la medida de nuestras posibilidades, las herramientas jurídicas, los medios intelectuales y la proyección de alternativas posibles, eficaces y superadoras, para permitirles adaptarse a los cambios que ya están instalados en nuestro ordenamiento.

Finalmente, esta renovación y sus posibilidades para alcanzar su máxima eficacia, deberá ser puesta al alcance de la población, especialmente de quienes están directamente relacionados con aquellos cuyos derechos proponemos defender, desde una postura amplia, que sin desconocer su natural vulnerabilidad, admita y respete su individualidad, y desde ese respeto, genere un cambio en su relación con los adultos.

III

La necesidad de construir una sociedad democrática, a partir del paradigma de la protección integral de los derechos del niño y el adolescente

Diferentes inquietudes en el plano de lo jurídico nos han llevado siempre a plantear nuevas propuestas de estudio en el ámbito de los derechos humanos. Hoy, si bien las propuestas no dejan de ser jurídicas también, las inquietudes son otras. Nos inquietan las miradas de hambre y frío de los niños norteros. Nos inquieta las muertes de adolescentes en manos de escuadrones de la muerte en la provincia de Buenos Aires, denunciadas por los medios de comunicación. Nos inquieta la explotación, la violencia, la crueldad, la opresión y la exclusión que sufren los niños argentinos. Pero por sobre todo nos mueve el dolor ante la indolencia, de quienes pueden y deben operar en las estructuras del Estado Nacional haciendo realidad el nuevo paradigma planteado por la Convención de los Derechos del niño para la realización de los derechos humanos de estos sujetos jurídicos.

Las razones antes expuestas, nos sugieren acompañar la admonición del maestro Bidart Campos, en cuanto nos compele a trabajar con todo nuestro esfuerzo para imaginar y realizar un modelo social y político, en cuyo contexto, los más jóvenes sueñen con la esperanza de desbaratar esas injusticias, y no aprendan a excluir a sus hermanos marginados, asumiendo que toda desigualdad injusta lleva ínsita el amargo sabor del privilegio indebido.

¿Cuál es el aporte que el derecho y la sociedad han ofrecido para generar la realidad en que esperamos que nuestros niños y adolescentes puedan aspirar a una vida digna, que no lleve en su devenir atrofias inmodificables a su madurez?

La Convención Internacional de los Derechos del Niño y Adolescente es la respuesta, y el cambio de paradigma que propone es la piedra basal de la estructura de la sociedad democrática que proponemos.

Ahora bien, expresa Emilio García Méndez⁹ que en América Latina y el Caribe ha sido pionera en el proceso mundial de ratificaciones de la CIDN, y aún más la han transformado en ley nacional mediante un trámite de aprobación parlamentaria. No obstante la región adolece de una gran esquizofrenia jurídica referida a la vigencia simultánea de dos leyes, que regulando la misma materia resultan de naturaleza antagónica: por un lado la Convención – acuña la doctrina de la protección integral- y por el otro, las viejas leyes de menores basadas en la doctrina de situación irregular. La inercia político-cultural, sumada a algunos problemas de técnica jurídica procesal determinaron que, en el plano judicial, se continuará con la aplicación masiva y rutinaria de las viejas leyes de menores, al tiempo que la aplicación de la Convención se convertía en un hecho excepcional y fragmentario.

⁸ SÁBATO ERNESTO, “La resistencia”, Ed. Seix Barral, pág. 102.

⁹ García Méndez, “Infancia, Ley y Democracia, una cuestión de justicia”, en obra colectiva “Infancia, ley y democracia en América Latina” Ed. Temis-Depalma, 1998, pág 9

A lo expuesto debemos sumar que en nuestro país a partir de 1994 con la reforma constitucional, la CIDN acuñada en el art. 75 inc.22 se ha convertido en pauta de interpretación obligatoria para los poderes públicos.

Así, con el presente estudio trataremos de investigar en una primer etapa si existe en sectores del ordenamiento jurídico nacional y provincial en la materia de niñez colisiones entre la doctrina de situación regular y la doctrina de la protección integral planteada; y en una segunda etapa si desde que la Convención ha adquirido jerarquía constitucional se ha limado las posibles colisiones y en caso de ausencia de estas, cual ha sido el cambio que se ha operado en el sistema de derechos humanos del niño y adolescente a partir de la reforma constitucional de 1994.

Pasaremos seguidamente a efectuar un transito por los antecedentes históricos de los instrumentos internacionales que se refirieron y refieren a los derechos del niño y adolescente.

El siglo XX ha sido testigo de profundo y dinámico proceso de reconocimiento y protección de los derechos del niño, cuya máxima expresión ha sido la Convención Internacional de los Derechos del niño en 1989. Desde comienzos de siglo es posible observar la tendencia a acordar un conjunto de principios de alcance universal para la protección de los “derechos del niño”.¹⁰

Luego de la Primera Guerra Mundial, surgió la idea de elaborar lo que se dio en llamar la “Carta del Niño”, que tendería a motivar en la humanidad el surgimiento de una conciencia de los derechos de la infancia.

Años mas tarde, en 1924, se redacta en Ginebra (Suiza) la “Declaración de los Derechos del Niño”¹¹, aprobada en ese año por unanimidad en la 5° Asamblea de la Sociedad de las Naciones. En ella se destacan los deberes que “toda la humanidad” posee en el sentido de *dar al niño lo que ella tiene de mejor*, al margen de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia¹²

En el mismo año de 1924, se reúne en Buenos Aires una Convención de docentes de países americanos, que elabora –enunciando en forma concreta, con estructura de código – los fundamentos de una nueva modalidad pedagógica. Se estructura en consecuencia de ello, el concepto de los Derechos del Niño¹³ y el Código de los Derechos del Niño¹⁴

En 1929, el entonces Ministro de Educación Pública de la República Oriental del Uruguay, formuló una Declaración de los Derechos del Niño, que fueron proclamados en Montevideo al inaugurarse el Instituto Americano de Protección a la Infancia y a los que adhirió provisoriamente la Asociación de los Derechos del Niño en la Argentina¹⁵

Recién en 1959, las Naciones Unidas aprueban la denominada Declaración de los Derechos del Niño, cuyos 10 principios han sido ampliamente difundidos¹⁶. En su preámbulo se insta a las Naciones para que reconozcan esos derechos y luchan porque sean observados promulgando a tal fin, las pertinentes medidas de carácter legislativo en los respectivos ámbitos internos.

No hemos de olvidar en esta somera reseña, que también se trabajó internacionalmente en la protección de los derechos del niño en época de guerra, ello motivado principalmente por el estallido de la Segunda Guerra Mundial, lo que implico, en conjunto, el dictado de cuatro puntos esenciales, llamados *Derechos del Niño en Tiempos de Guerra*, puntos que resultaron luego ampliados por la *Declaración sobre la protección de la Mujer y el Niño en Estado de Emergencia o Conflicto Armado*, dictada por la Asamblea General de la O.N.U. en diciembre de 1974¹⁷

No fue sinó 20 años más tarde de aprobada la “Declaración”¹⁸, que – a iniciativa del gobierno polaco – los representantes de 43 países iniciaron el trabajo de redacción de un

¹⁰ Cillero Bruñol, “Infancia, autonomía y derecho: una cuestión de principios.”, pág 1.-

¹¹ Mas conocida en la actualidad como “Declaración de Ginebra”

¹² AAVV: El derecho de ser joven. Edit. EDUPAZ, Buenos Aires, pag. 208

¹³ Ib. Id. pag. 209

¹⁴ Ver para cotejo, la Convención de Maestros Americanos

¹⁵ Declaración de los Derechos del Niño, Montevideo (Uruguay) año 1929.-

¹⁶ Así, le propio instrumento internacional:

1. Recomienda a los gobiernos de los Estados Miembros, a los Organismos Especializados interesados y a las ONGs. pertinentes, que den la máxima publicidad posible al texto de la Declaración de los Derechos del Niño y
2. Pide al Secretario General, se sirva dar amplia difusión a la Declaración y que, a tal efecto, se valga de todos los medios de que disponga para publicar y hacer distribuir su texto en todos los idiomas en que sea posible.

¹⁷ Que puede cotejarse para consulta en la obra de Máximo Pacheco titulada: Los Derechos Humanos (Documentos Básicos) Edit. Jurídica de Chile, 1987.

¹⁸ En 1979, Año Internacional del Niño

Instrumento que trajera aparejada una más eficiente protección a los niños y adolescentes, que demandó 10 años más para dar su fruto.

Tal intenso trabajo generó el que es considerado como documento básico de carácter universal en la materia, que la Argentina incorporó a su ordenamiento jurídico interno por Ley 23.849, y luego le ofreció jerarquía constitucional a tenor de lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

No obviaremos que el año 1989 fue una fecha realmente simbólica, al haber marcado el X aniversario del Año Internacional del Niño. Fue en ese contexto que los promotores del “objetivo 89” pensaron que sería ése el momento idóneo para dar a luz la Convención¹⁹

Podemos agregar a lo expuesto, que al año 1997, con la ratificación por parte de 186 países, éste pareciera ser el instrumento internacional más popular entre las Naciones del mundo.

¿Cuál es la importancia política e institucional de éste instrumento internacional?

Podemos resumirla en que la Convención constituye un “hito” en la historia de la humanidad, a partir del cual, y por primera vez, los niños y las niñas de todo el mundo comienzan a ser legalmente considerados – en tanto que grupo vulnerable – como sujetos de derecho, o sea, titulares de un haz de derechos y obligaciones, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales²⁰, dejando de lado la concepción “institucionalizante” que los asumía como “menores”, “incapaces” y por ello: objeto de tutela, por parte de los adultos y el Estado.

En este contexto y pese al desolador panorama que nos ofrece la realidad cotidiana, nos convence la idea de que el derecho internacional de los derechos humanos, y en particular el de los niños, se conciba normativamente en la comunidad internacional, y luego se inserte en forma gradual – lenta, si se quiere – pero en forma efectiva e irreversible, en el marco de las regulaciones y políticas implementadas por los Estados signatarios

La Convención sobre los derechos del niño, se encuentra en la categoría de instrumentos internacionales considerados “Hard Law” o “derecho fuerte, y que por tal razón poseen un carácter obligatorio e imponen a los Estados firmantes, la generación de políticas activas al respecto.

Por ello, la Convención de 1989, es un instrumento multilateral de Derecho Internacional, y con su ratificación, los Estados firmantes se comprometen expresamente a:

- Garantizar los derechos que ella incluye
- Introducir en su legislación los derechos que propugna
- Edificar una política institucional compatible con el nuevo modelo (que - como ya dijimos – integra a los niños en el contexto de la democracia, y no pretende que los operadores adultos del sistema “meramente los protejan”)

Creemos entonces importante destacar que normativamente, este instrumento internacional de tutela de derechos humanos incluye en su articulado, mecanismos para arbitrar y monitorear su cumplimiento.

El nuevo reto supone actuar las premisas articuladas de la cooperación y asistencia internacional. En consecuencia debemos saber que en nuestra condición de país miembro del sistema, tenemos la obligación institucional de ubicar a la Convención como marco básico y mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños, y allí inscribir las prácticas y las políticas tendientes a su realización. Ello sin perjuicio de la necesidad de adecuar nuestra ya obsoleta y perimida legislación interna a la Convención, sin que ello implique olvidar o dejar de lado los rasgos culturales que hacen a nuestra conformación como Nación.

Señala con acierto en este punto Mary Beloff²¹ que “en muchos países de América Latina la incorporación de este instrumento a los sistemas jurídicos nacionales, ha tenido

¹⁹ Obsérvese que el denominado “objetivo 89” implicó el respaldo oficial a la entrada en vigor de la Convención en ese año. Recordamos que ya a fin de 1987, el Secretario General de la ONU había manifestado públicamente su apoyo al mismo. Fue en ese entonces que el vicesecretario de la ONU para los Derechos Humanos envió una carta a todas las acreditaciones permanentes con sede en Ginebra en la que, luego de destacar el carácter prioritario de la Convención, instaba a su culminación en 1989.

²⁰ Aún así, recordamos que cierta doctrina indica que en realidad los niños carecen – por definición – de derechos políticos (Cfr. Carreras, Mercedes: Los derechos del niño: de la Declaración de 1959 a la Convención de 1989. En la obra de AAVV Derechos Humanos. Edit. Tecnos, Madrid, 1992). Podemos replicar esta postura, recordando que en realidad si bien los niños no poseen derecho al sufragio electivo, sí poseen libertad de expresión, de participación, de asociación y de información veraz y adecuada

²¹ Beloff, Mary: Op. Cit. Pag.624.

lugar en contextos de transición o consolidación democrática”. Así, cree la autora citada que “la discusión sobre las formas de entender y tratar con la infancia, tradicionalmente encarada desde perspectivas asistencialistas y tutelares, ha cedido frente a una discusión en términos de ciudadanía y de derechos para los más chicos”.

O sea, es necesario consolidar, en esta cuestión, el importante tránsito que superando la denominada “doctrina de la “situación irregular”, nos lleva hacia la implementación plena de la “doctrina de la protección integral”²² que propugna e impone la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* y que se articula sobre su pivot de acción más importante, que es el que enuncia la relevancia universal del interés superior del niño²³.

III

Es necesario marcar la relación entre totalitarismo, democracia y niñez: algo más que dos formas de gobierno

Plantear previamente los dos modelos y ver como se corresponden uno y otro, nos puede ayudar a distinguir normas jurídicas que respondan a un modelo u a otro. Pero más aún, nos permite advertir sin ambages la plena compatibilidad que posee el último (protección integral) con un contexto de pleno respeto a la democracia y los derechos humanos, y el primero (situación irregular) con un marco autoritario y paternalista, más vinculado a la articulación de regímenes autoritarios.

Ahora bien, e integrándonos en un abordaje técnico de la cuestión que involucra la actuación de ambos “modelos”, hemos dicho antes que la Convención prevé un cambio de paradigma: “situación Irregular” por “protección integral”. Ello influye claramente en la aplicación del principio del interés superior, pues como veremos posteriormente al cambiar entre otras cosas el rol de la judicatura, la interpretación que esta debe hacer de la norma, también vira, y en un sentido más que promisorio.

Con ello queremos expresar que tanto la doctrina de la “situación irregular”, lamentablemente aún en boga entre nosotros²⁴, como la que propugna e impone el sistema de la Convención, tienden a velar por el interés superior de los niños, pero de manera muy diversa en cada caso, que intentaremos sistematizar en el siguiente cuadro²⁵:

CONCEPTO UNIFICADOR	
Propender a lograr normativas y políticas que tiendan a la realización del “interés superior del niño”	
DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR (Caracteres esenciales)	DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL (Caracteres esenciales)
<ul style="list-style-type: none"> • Refleja criterios criminológicos propios del positivismo del siglo pasado y principios del que ahora se va, lo que implica: • Justificar reacciones estatales coactivas 	<ul style="list-style-type: none"> • Se compone no solamente con la CDN, sino que ella se debe amalgamar con los instrumentos internacionales de tutela de derechos fundamentales que la complementan.

²² Que atiende principalmente, a la protección de “derechos” que en lo que a los niños respecta, se satisfacen sobre la base de la atención a su interés superior. En este contexto, y sin dejar de apreciar la ambigüedad conceptual que esta terminología representa, indica Beloff (“La aplicación directa...” citada, pag.628) que “protección integral”, como “protección de derechos” es una noción en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares para la infancia y adolescencia. Por ello integra en el paquete “sistémico” que vincula la generación de este standard protector, a todos los instrumentos de tutela de derechos humano que hoy poseen jerarquía constitucional. Nosotros compartimos plenamente ésta posición

²³ Artículo 3° de la Convención, expresada en lo pertinente, en la siguiente forma: 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 consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño**

²⁴ Es que las tendencias autoritarias de la sociedad Argentina no han medrado a la fecha, pese al tránsito democrático que ella ha desplegado en forma ininterrumpida desde 1983. Para ampliar esta cuestión, recomendamos recurrir a la lectura del Tomo II de la obra “Derecho Constitucional Argentino” de Eduardo Jiménez (EDIAR, 2001), particularmente el capítulo referido al “Derecho a la Educación”.-

²⁵ Siguiendo la estructura temática excelentemente explicitada por Mary Beloff en su “La Aplicación directa...” citada “supra”

<p>frente a infractores de la ley penal a partir de las ideas de tratamiento, resocialización y defensa de la sociedad frente a los menores “peligrosos”</p>	<p>• Resulta ser un sistema complejo, que pretende situar a los niños en el contexto del Estado de Derecho, como “sujetos actores” y no como “objeto de tutela”</p>
<p>• Supone la vigencia del argumento de la “tutela”, por el cual se desconocen al menor aquellos derechos de que sí gozan los “mayores”. La pseudo protección a favor del niño y adolescente amplió en la generalidad de los casos, los grados de violencia y marginalidad que pretendía evitar a partir de la intervención “protectora” del Estado y sus agentes</p>	<p>• Propugna que la protección integral de los niños implica esencialmente la tutela de sus derechos, y en consecuencia, destaca que en el caso de ser tales derechos amenazados o violado, es deber del Estado y la comunidad restablecer el ejercicio del derecho violado a través de mecanismos de tutela efectivos y garantistas.</p>
<p>DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR (Caracteres esenciales)</p>	<p>DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL (Caracteres esenciales)</p>
<p>• Implica en los hechos, la virtual “abolición” del principio de legalidad, esencial en el contexto del Estado de Derecho, invitando a un contexto de discrecionalidad por parte de los órganos del Estado respecto de los niños y adolescentes, que virtualmente solo cesa con la mayoría de edad del menor involucrado, y deviene en la mayoría de los casos, en arbitrariedad.</p>	<p>• Plantea la defensa y reconocimiento de los derechos de los niños y adolescentes, a partir de la generación de políticas sociales activas, con tendencia a la “desjudicialización” y “desinstitucionalización”.</p>
<p>• Los jueces de menores tienen potestades prácticamente omnímodas, impensables en un proceso relativo a mayores de edad, y que se articulan en forma ideal con los sistemas procesales inquisitivos de América Latina. Esto – más allá de la buena voluntad de algunos magistrados de menores – determina la concepción del niño como objeto de tutela, pero no como sujeto de derecho</p>	<p>• Jerarquiza el rol del juez interviniente en estas cuestiones, al que le impone el tratamiento de situaciones de derecho, y reconoce a los niños la totalidad de derechos y garantías que poseen los adultos.</p>
	<p>• Determina asimismo medidas alternativas a la privación de la libertad, dejando a ésta última como solución de “ultimo recurso”</p>

V

Bases metodológicas e hipótesis de la propuesta

Partimos de la hipótesis principal que supone la vinculación entre los principios rectores de la CIDN con el ordenamiento jurídico nacional y provincial, particularmente respecto de aquellas aristas que se relacionan el reconocimiento y protección efectiva de los mismos.?

Pretendemos, desde una visión multidisciplinaria e integradora, profundizar las relaciones entre norma fundamental, derechos humanos del niño y poderes del Estado, a fin de generar conclusiones referidas a la concreción de normas jurídicas y de mecanismos adecuados de implementación para el respeto de los derechos y garantías de los niños argentinos.

En cuanto a la traza metodológica, el *modelo* de este proceso investigativo, no se alejará de las aproximaciones teóricas habituales, apoyadas en los diseños de Quiuy, Manheim-Rich, Pardiñas y Popper, además de los analistas de la teoría de los sistemas.

Respecto del hecho científico en cuestión (descripción, análisis y estudio de las vinculaciones existentes entre los principios rectores de la CIDN y el ordenamiento jurídico interno, con específica referencia a sus implicancias en la practica judicial local) creemos haber respetado las líneas básicas que soportan su viabilidad como objeto de análisis científico, utilizando la razón para su construcción, los prejuicios para su constatación y los hechos para su corroboración.

Abordando ahora los criterios que se utilizaron para formular la pregunta de partida - *¿Es posible vincular los principios de la CIDN con el ordenamiento jurídico interno actual ?* , hemos pretendido ofrecer en el punto precisión y univocidad (claridad). Creemos también que la cuestión en análisis es fácilmente traducible al plano de la observación (operatividad).

La respuesta que hemos intentado dar al problema, o más bien el marco de dubitación esencial que aún genera en nosotros su estudio, ofrece viabilidad en términos económicos y de tiempo (factibilidad).

Además, al asumir esta tarea de análisis, se ha trabajado sobre lo existente, no sobre cuestiones futuras, con vocación de *explicitar* más que describir (pertinencia).

De tal modo. estimamos que se ha operado aquí adecuadamente la ruptura que llevó a una eficiente determinación de la problemática, sobre la base de una idónea perspectiva teórica para abordar el problema.

La construcción del modelo de análisis se apoyó, como se lo ha enunciado párrafos más arriba, en la teoría general de los sistemas.

Ello así, pues consideramos nosotros que las relaciones entre la niñez y democracia deben ser tratadas desde una perspectiva holística e integradora que nuclea a ambas problemáticas. Ello tomando como base la consideración del ser humano, sus relaciones en sociedad y los límites éticos que se imponen a esas relaciones, teniendo presente a tal fin el derecho que también poseen en igual sentido las generaciones venideras.

Es seguro que la observación de la realidad nos enfrentó con los términos del duro conflicto entre lo declamado en la Constitución y las leyes, y la construcción política y social ulterior, por parte de los representantes del pueblo.

En consecuencia, y como derivación de la hipótesis general de la propuesta, surgen las siguientes hipótesis secundarias que serán meritadas en el curso de la investigación:

- El paradigma que impone la CIDN es compatible con la actuación del sistema constitucional argentino
- El paradigma que impone la CIDN es incompatible con la legislación infraconstitucional que regula esta situación en la Argentina
- La sociedad Argentina ha implementado normas constitucionales de avanzada en la materia sin que ellas se hubiesen plasmado debidamente en la mentalidad de la dirigencia política que está llamada a aplicarla
- La investigación propuesta puede aportar soluciones de compatibilidad entre el régimen deseado por los sectores más progresistas de la sociedad y regulado en la Constitución, y el actualmente implementado a partir de leyes infraconstitucionales

Se piensa, asimismo, en intentar el acceso a entrevistas con especialistas en la materia, a fin de cotejar las formulaciones y/o reformulaciones que fuere menester efectuar en las modalidades de sistematización propuestas.

Necesariamente se recurrirá a la lectura de fuentes bibliográficas PRIMARIAS, que serán los textos constitucionales en vigor en la Nación y en las Provincias, Tratados Internacionales jerarquizados en el punto, y referencias específicas al ámbito de la niñez, la democracia y los derechos humanos.

En cuanto a las fuentes SECUNDARIAS (información compilada y/o transcrita a partir de las fuentes antes descriptas y también en medios electrónicos accesibles al “grupo”) , ellas serán necesarias a fin de mejor adecuar nuestros criterios clasificatorios de grupos de normas.

En este sentido, las fuentes personales o directas (opinión de legisladores constituyentes) podrán servir, seguramente de ayuda a nuestros propósitos.

Se impone luego la evaluación crítica de la documentación obtenida, la que respecto de las fuentes primarias, no será externa (descontamos la veracidad de las normas legales vigentes), aunque sí interna, en el sentido de

discriminar el tipo, medida y calidad de la información que aporta cada texto, e integral en relación a las restantes fuentes secundarias.

Enfatizamos entonces el sentido y la importancia del estudio propuesto, como método dirigido a obtener datos y concordancias precisas acerca de situaciones presentes, como lo son las realidades normativas que se cotejarán, ofreciendo como resultado futuro, una amalgama de principios, sostenidos en función de las reglas del sistema democrático.

Duración del proyecto y cronograma **(plan de trabajo):**

El proyecto tiene una duración estimada de (dos?) años, en los cuales consideramos que se podrán cumplir los objetivos propuestos.

Pero no es solo la duración del proyecto lo que se debe evaluar, sino también la distribución del tiempo entre las tareas a desarrollar. Para ello debemos trazar un plan de trabajo, para lo cual hemos seguido, en general, las enseñanzas de Héctor SANDLER²⁶, compatibilizándolas con las características peculiares de nuestro proyecto.

En síntesis, nuestro plan de trabajo, consta de las etapas siguientes:

1. BUSQUEDA DE LAS FUENTES DE INFORMACION : (en bibliotecas y demás instituciones de Mar del Plata y Capital Federal)
2. FICHAJE BIBLIOGRAFICO DE OBRAS TEMÁTICAS REFERIDAS A LAS CUESTIONES EN ESTUDIO.
3. FICHAJE Y ESTADISTICAS SELECCIONADAS
4. SISTEMATIZACION DE LAS CONCLUSIONES ADOPTADAS
5. ENTREVISTAS EN MAR DEL PLATA Y CAPITAL FEDERAL PARA EVALUAR EL PROBABLE PLAN DE DESARROLLO.
6. REDACCION DEL BOCETO DE PLAN DE DESARROLLO
7. ARMADO DEL MATERIAL Y PARALELIZACION CON EL BOCETO.
8. REDACCION DEL BORRADOR
9. ENTREVISTAS EN MAR DEL PLATA Y CAPITAL FEDERAL PARA EVALUAR CONTENIDO Y FORMA DEL BORRADOR.
10. AJUSTES DEL BORRADOR
11. REDACCION FINAL EN PAPEL
12. REDACCION FINAL EN DISKETTE DE COMPUTACION Y/O CD-ROM

Estas doce etapas, pueden a su vez, agruparse en cuatro, que se denominan :

- a): TRABAJO PREVIO (etapas 1 a 4)
- b): TRABAJO EN FIJACION DEL BOCETO DE PLAN DE DESARROLLO (etapas 5 a 7)
- c): TRABAJO "en sí", CONFORMACIÓN DEL BORRADOR (etapas 8 a 10)
- d): TRABAJO DE REDACCION (etapas 11 y 12)

La duración estimada de las etapas, es la siguiente , conforme el desarrollo de Tabla I

TABLA I
ACTIVIDADES PROGRAMADAS
PARA EL AÑO 2003

ETAPAS AGRUPADAS DEL PROYECTO	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12

²⁶ Op. Cit. "supra"

Trabajo Previo	X	X	X	X	X	X	X						
Boceto Plan de desarrollo								X	X	X	X	X	X
Conformación del borrador													
Trabajo de redacción													

TABLA II
ACTIVIDADES PROGRAMADAS
PARA EL AÑO 2004

ETAPAS AGRUPADAS DEL PROYECTO	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
Trabajo Previo												
Boceto Plan de desarrollo												
Conformación del borrador	X	X	X	X	X	X	X					
Trabajo de redacción								X	X	X	X	X

En suma, respecto del *trabajo previo* que realizará el grupo (etapas 1 a 4), la etapa 1 demandará presuntivamente 4 meses de trabajo, la etapa 2, 1 mes de trabajo, la etapa 3, 1 mes de trabajo, y la etapa 4, 1 mes de trabajo

Con relación al trabajo de *fijación del boceto del plan de desarrollo* que realizará el grupo (etapas 5 a 7), la etapa 5 demandará presuntivamente 2 meses, la etapa 6, dos meses y la etapa 7, 1 mes de trabajo

Con respecto al trabajo de *conformación del borrador* que realizará el grupo (etapas 8 a 10), la etapa 8 demandará presuntivamente 3 meses, la etapa 9, 2 meses, y la etapa 10, 2 meses.

Finalmente, el *trabajo de redacción* que realizará el grupo (etapas 11 y 12), la etapa 11 demandará presuntivamente 3 meses, y la etapa 12, 2 meses.

Referente a la presentación final del trabajo, no implicará solamente la elaboración del tradicional "libro", sino también una versión del mismo en "diskette" de computación.

Las ventajas de que así sean, pueden resumirse en lo siguiente :

- * Mayor facilidad, rapidez y dinámica en la difusión del trabajo
- * Mayor comodidad para utilizar el trabajo en algún otro proyecto o estudio que se esté elaborando mediante un sistema de computación.
- * Mayor funcionalidad para copiar la parte pertinente o el total del trabajo.
- * Inclusión del resultado final del proyecto en el mundo de la informática, que es ya una realidad que no se puede obviar en proyecciones futuras, pues en cualquier ámbito, la computación será instrumento de trabajo obligado
- * Inclusión de la obra en diferentes bases de datos destinadas a la consulta de obras o elementos relacionados con la actividad jurídica.

La edición del Diskette no implicará una "mera copia" mediante un procesador de textos, sino la creación de un programa especial que se insertará con la finalidad de que se cumplan los objetivos planteados. De tal modo, quien posea el diskette correspondiente, podrá operar con el mismo haciendo utilización de varias opciones que permanecerán en la pantalla todo el tiempo que se lo requiera.

Así, si bien se podrá leer el trabajo ordinariamente, como si fuera un libro, también se podrá consultar sistemáticamente su índice, notas, bibliografía fuente y cualquier sector de la obra con solo activar una función, como también imprimir la totalidad, o parte elegida del trabajo.

Creemos que éste aporte ayudará a quienes interese el tema investigado, y también a la suerte del proyecto, pues la difusión del mismo se verá incrementada en gran medida, debido a la gran ventaja comparativa que tiene la reproducción de un diskette por sobre la reproducción de un libro.

V **Relevancia de la investigación propuesta**

En cuanto a la relevancia pretendida por el grupo de investigación, y referente a los resultados a obtener, ello podrá generar :

- * Modalidades de investigación aplicada
- * Aportes frente a propuestas de reforma de la Constitución Nacional y/o Provinciales.
- * Material de análisis para estudiantes y/o docentes universitarios.
- * Generación de material bibliográfico de consulta para el estudioso de la ciencia política y derecho constitucional, en general.
- * Puntos de referencia para los jus-comparatistas, en general
- * Eventual comercialización del Diskette, con los resultados obtenidos y/o publicación de libro al respecto.

Actividades Complementarias

Según surge del objeto de investigación y características y dedicación horaria de los investigadores intervinientes en el mismo, el proyecto no se desentiende, sino mas bien propicia las modalidades de actividad complementaria, consistentes en difusión, docencia y otras relacionadas con las anteriores (con clara vertiente en el área de extensión universitaria), pues se comenzará con la difusión técnica a los organismos especializados, a fin de generar requerimientos que sean atendidos en la medida y ocasión de la disponibilidad horaria de los docentes, graduados y alumnos investigadores, miembros del "grupo".

Disciplinas científicas involucradas en la investigación

- | | |
|---------------------|--------------------------------------------------|
| * CIENCIAS SOCIALES | * Derecho
* Planeamiento
* Bibliotecología |
| *OTRAS CIENCIAS | * Estadística
* Etica
*Psicología? |

Campos de aplicación probables

- | | | | |
|-----------------------------|--------------------------|---|-----------|
| DESARROLLO DE
Tecnología | * Educación
* Ciencia | * | Ciencia y |
| | * Cultura | | |

* Socio-Económico

* Política

TABLA III
BASE METODOLÓGICA DE ANÁLISIS
(según la teoría general de los sistemas)

TEORÍA GENERAL DE LOS SISTEMAS			
fase 1 Condiciones medio-ambientales (realidad social circundante)	fase 2 *Tradiciones *Normas *Interacción de los actores * Actitudes personales y valoración de los actores *Percepción de los insumos por parte de los actores	fase 3 En el caso, la posibilidad real de aplicar los principios que informa la Convención sobre los Derechos del Niño al sistema constitucional argentino	fase 4 * Publicidad del producto * Percepción pública del producto * Reacción de los líderes de opinión * Implementación * Aceptación (positiva o negativa)
INSUMOS	CONVERSIÓN	PRODUCTO	IMPACTO
RETROALIMENTACIÓN Influencia del diseño en ulteriores circunstancias del concierto social/Valoraciones de la experiencia en nuevas circunstancias			