

## Las dificultades de la “traducción latinoamericana”: derechos de niñas y niños como deberes estatales de prestación

Mary BELOFF<sup>1</sup>

Resumen: Las normas internacionales (universales y regionales) de protección de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes fueron interpretadas en América Latina con un enfoque específico, con una traducción propia, regional, de todas esas reglas y principios, que, aunque eficiente en su formulación original para producir transformaciones entonces necesarias, generó algunas dificultades a la hora de garantizar la plena vigencia de los derechos de niñas y niños latinoamericanos. Se argumentará que ese enfoque no fue eficaz para reducir la brecha existente entre el reconocimiento de los derechos en las leyes y su efectivo goce en la realidad.

Palabras clave: derechos del niño, justicia juvenil, derechos humanos, reduccionismo penal, edad penal.

Abstract: Universal and regional international norms on children's human rights were interpreted with a specific approach in Latin America. The region produced its own, regional translation of all these rules and principles, which, although efficient in its original formulation to promote legal transformations then necessary, over the years generated some difficulties in guaranteeing the full recognition of the rights of children in practice. It will be argued here then that this approach was not effective in reducing the gap between the recognition of child rights in laws and their effective enjoyment in reality.

Key words: children's rights; juvenile justice; human rights; penal reductionism, minimum age of criminal responsibility

I. Las normas internacionales (universales y regionales) de protección de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes<sup>2</sup> —a las que la Corte IDH se

---

♦ Catedrática de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Este texto retoma ideas planteadas en el panel *Derecho, Sociedad e Infancia* del *Congreso Federal internacional e interdisciplinario sobre Derechos Humanos para la niñez y la adolescencia*, organizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires entre los días 18 y 19 de mayo de 2020. Sin la atenta lectura y pertinentes comentarios de Virginia Deymonnaz, este texto no habría superado las características de una presentación en formato virtual, motivo por el que le estoy enormemente agradecida.

<sup>2</sup> En aras de simplificar la redacción, en adelante utilizaré la expresión “niños” para referirme a “niños, niñas y adolescentes”, de acuerdo con la Corte IDH: “(...) se entiende por ‘niño’ a toda

refiere como amplio *corpus juris*<sup>3</sup>—, fueron interpretadas en América Latina con un enfoque específico, al cual en otras ocasiones he denominado “traducción latinoamericana”<sup>4</sup>.

En efecto, cuando se compara la forma como este sistema normativo fue leído en la región respecto de cómo se lo interpretó en otras partes del mundo, se advierte que en América Latina se elaboró una narrativa propia sobre el tema, un relato original irreconocible en otras latitudes.

El punto de partida de este breve texto es, pues, que existió una traducción propia, regional, de todas esas reglas y principios, un *cuento* de los derechos que, aunque eficiente en su formulación original para producir transformaciones entonces necesarias, en lo que interesa después de tres décadas generó algunas dificultades a la hora de garantizar la plena vigencia de los derechos de niñas y niños latinoamericanos; en otras palabras, se argumentará que ese enfoque no fue eficaz para reducir la brecha existente entre el reconocimiento de los derechos en las leyes y su efectivo goce en la realidad.

Las razones que explican tal reducido impacto son varias. En lo que sigue me concentraré en abordar sólo algunas de ellas que se refieren, precisamente, a las características de la traducción latinoamericana de las reglas y principios que integran el amplio *corpus juris* internacional de protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes<sup>5</sup>.

---

persona que no ha cumplido los 18 años de edad (...) El término niño abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes.” Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño”, Sentencia de 28 de agosto de 2002, Serie A n° 17, párr. 42 y nota al pie 45).

<sup>3</sup> Corte IDH, caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Fondo, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C n° 63, párr. 194.

<sup>4</sup> Cf. BELOFF, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2° ed., 2019, Cap. II.

<sup>5</sup> Como señala Ferrajoli, muchos desacuerdos y divergencias son el resultado de la “diversidad de enfoques —teóricos o filosóficos, descriptivos o prescriptivos— y de las disciplinas (jurídicas, éticas, sociológicas o historiográficas) que se ocupan de ellos. De ahí la variedad de significados asociados a la expresión ‘derechos fundamentales’ (o ‘humanos’, ‘públicos’, ‘constitucionales’, ‘personalísimos’, ‘morales’ o ‘de ciudadanía’, según los léxicos de las distintas disciplinas) los cuales, muchas veces, se refieren a elementos distintos y heterogéneos entre sí, como los valores o fines ético-políticos que se persiguen con ellos, los concretos intereses o necesidades tutelados, de hecho o de derecho, a través de ellos, el rango constitucional o en todo caso privilegiado de sus fuentes o el carácter universal, ya de los principios que los derechos fundamentales expresan o de los sujetos a los que se atribuyen o de aquellos que los reivindican o comparten su validez.” Cf. Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pág. 287.

II. Una de las notas definitorias de la narrativa regional consiste en que en América Latina el *corpus juris* —y en particular la *Convención sobre los Derechos del Niño*—, fue interpretada como una exigencia para la refundación (desde cero) de los sistemas legales de protección a la niñez (incluida la justicia juvenil) existentes al momento de su incorporación en los diferentes países; no se la interpretó como una reconstrucción o reformulación de los mecanismos de promoción y garantía de los derechos del niño que desde las primeras décadas del siglo XX cada Estado había implementado. En ese sentido, la *Convención sobre Derechos del Niño* era introducida en la región como un sustituto estructural del “complejo tutelar”<sup>6</sup> clásico. En otras palabras, el contenido, alcance e impacto de las nuevas leyes e instituciones que se crearon luego de la ratificación del tratado no fueron pensados desde el presente y hacia el futuro, con sentido universal, sino como sustituto y de forma refleja a los dispositivos que anteriormente abordaban un segmento muy específico de la infancia: aquellos sobre los que el Estado debía intervenir: i. porque carecían de familia o la que tenían era considerada incompetente para su crianza, o bien ii. en razón de la imputación de un delito.

Esta “traducción latinoamericana” de la *Convención* y, más en general, del amplio *corpus juris*, implicó que se presentara al tratado en oposición abierta con cualquier ley, concepción o experiencia anterior referida a la protección de los niños, cuestión que resumo en la idea de la “falacia de la ruptura”<sup>7</sup>. Implicó también que se redujera la discusión respecto de la implementación de todo el Derecho internacional de los Derechos Humanos (sobre todo, de la CDN), al tema de las reformas legales (aspecto que denomino “reduccionismo legal”), lo que condujo a soslayar los aspectos referidos a las transformaciones institucionales, económicas, sociales, entre otras, necesarias para implementar debidamente los compromisos internacionales y de ese modo lograr los cambios esperados. Al mismo tiempo, sobre todo en la primera década de la implementación, los debates se concentraron sobre los derechos del niño en la

---

<sup>6</sup> DONZELOT, Jacques, *La police des familles*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1977 [en español *La policía de las familias*, Valencia, Pre-Textos, 1979, pág. 99, traducción de José Vázquez y Umbelina Larraceleta].

<sup>7</sup> Cfr. BELOFF, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el sistema interamericano*, ob. cit., Cap. II.

justicia juvenil (cuestión que he llamado “reduccionismo penal”)<sup>8</sup>, en buena medida porque las reformas coincidieron con las de la justicia penal general orientadas a sustituir sistemas inquisitivos de tradición colonial española con sistemas acusatorios de tradición anglosajona. Esto último además reprodujo cierta lógica característica de los enfoques penales que suelen presentar los cambios legales como soluciones mágicas para enfrentar serios problemas sociales.

En síntesis, la introducción de reglas y principios de derechos humanos de la niñez interpretados no a partir de una reformulación o transformación superadora de la relación existente hasta entonces entre los niños y el Estado con sus políticas y leyes, sino en confrontación con los sistemas tutelares clásicos, es un fenómeno estrictamente latinoamericano. En ninguna otra región del mundo la *Convención sobre los Derechos del Niño* fue planteada como un quiebre radical con el pasado ni con un enfoque predominantemente legal-penal.

III. Algo que ayuda a comprender las dificultades que presenta la “traducción latinoamericana” del amplio *corpus juris* de protección internacional de derechos de niños, niñas y adolescentes se relaciona con las imágenes de los niños que aparecen tanto en dicho sistema normativo como en su lectura regional.

La literatura sociológica comenzó a tematizar la cuestión de los niños en los años ´80, en sintonía con los debates en torno de la redacción de la *Convención sobre los Derechos del Niño*<sup>9</sup>, en punto a las diferentes representaciones reconocidas acerca de la infancia. Suele aceptarse la mirada que las organiza a partir de dos imaginarios en tensión: el apolíneo y el dionisiaco<sup>10</sup>. Como es sabido, el ideario apolíneo –representación dominante del niño en el *corpus juris*– alude a la bondad, a la pureza, a la belleza, a la ternura, a la inocencia; por lo contrario, el ideario dionisiaco alude a lo salvaje, a lo

---

<sup>8</sup> Cfr. BELOFF, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el sistema interamericano*, ob. cit., Cap. II.

<sup>9</sup> Se disputa si estos desarrollos fueron consecuencia de la aprobación del tratado o lo inverso: si se lograron alcanzar los consensos necesarios para ello como consecuencia de diversos cambios sociales que incluyen el plano científico.

<sup>10</sup> Cfr. BELOFF, Mary, *Sistema penal juvenil: ¿Garantías sin protección especial? La interpretación latinoamericana*, en Revista “Nova Criminis. Visiones criminológicas de la justicia penal”, Centro de investigaciones criminológicas de la justicia penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile, n° 6, diciembre de 2013, págs. 63/118.

primitivo, a lo no reprimido, a lo descontrolado. Es el territorio donde aparece el “niño delincuente”. Es curioso que las personas menores de edad no sean un tema de preocupación mayor del Derecho, pero que cuando lo son, se las presente desde un imaginario dionisiaco: el adolescente infractor como preocupación central de la política pública juvenil.

Entre muchas características distintivas, la “traducción latinoamericana” —vale reiterarlo, desarrollada en oposición a la concepción tutelar positivista— asumió de manera simplificada el punto de vista de que “niño” (sin distinguir la categoría con la de “infancia”, como conjunto de representaciones que una sociedad tiene en un momento dado acerca de sus niños, niñas y adolescentes) es una categoría socialmente construida<sup>11</sup>. Más allá de las múltiples ventajas de la perspectiva histórica en términos teóricos, condujo a una conclusión no deseada: el hecho de que se perdiera de vista la condición de vulnerabilidad esencial que los caracteriza y diferencia de los adultos. Este dato fenomenológico definitorio de la especie y, por tanto, presente en todas las culturas humanas a lo largo de la historia, explica la extensión y robustez del mencionado *corpus juris*: ningún otro grupo vulnerable cuenta con un sistema tan extenso y denso a la vez, que combina como ningún otro obligaciones estatales positivas, de protección general y especial (derechos de protección), con obligaciones negativas o derechos clásicos liberales (derechos de defensa, como suele nombrárselos en la literatura especializada).

Esta afirmación no implica negar las diferentes ideas que necesariamente existen en torno de quién sea considerado niño o niña en una época o sociedad determinadas. Sólo pretende llamar la atención sobre las dificultades que plantea la adopción de una teoría o método<sup>12</sup> (en este caso, el de-constructivismo) como soporte de una política pública, si no es acompañada por una discusión rigurosa y profunda.

De todos modos, la cuestión apenas sugerida conduce a destacar la importancia de la fórmula legal elegida por el tratado rector en la materia para resolver el tema desde el punto de vista normativo, al menos en un análisis

---

<sup>11</sup> Entre otros motivos, a partir de uso extensivo y, si se me permite, excesivo, que se realizó del formidable texto de Philippe Ariés, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Madrid, Taurus, 1987, sobre todo del Capítulo II.

<sup>12</sup> El propio DERRIDA ponía en cuestión que lo fuera, sus posibilidades y límites. Entre otros, en *Du Droit à la philosophie*, Paris, Éditions Galilée, 1990.

general. La *Convención sobre los Derechos del Niño* establece que “niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad” (cfr. art. 1°), con una habilitación a los países (no muy difundida) de utilizar una menor (la cual se justifica por razones obvias en un tratado de ratificación casi universal<sup>13</sup>). La Convención sigue el criterio de determinación de edades fijas, con lo que cancela la posibilidad de que la determinación de quién es niño o niña quede librada a una construcción social o cultural. Este acuerdo sobre quién es el sujeto cuyos derechos están regulados en todos los artículos siguientes del texto convencional constituye el presupuesto del sistema de protección de derechos que instituye el *corpus juris* y cuyo dato distintivo es el establecimiento de deberes de prestación reforzados de parte de la familia, de la sociedad y del Estado, respecto de quienes sean menores de dieciocho años de edad, además del reconocimiento de derechos de defensa de los que son titulares todas las personas.

Asumir acríticamente que niño es una “categoría socialmente construida” como ocurrió en la región hizo perder de vista algo obvio: que los niños son niños, con independencia de que existan variadas nociones acerca de la infancia como conjunto de representaciones sobre los niños. Por este motivo resultó crítico que la *Convención sobre los Derechos del Niño* en su artículo 1 dispusiera que “niño es toda persona menor de 18 años”. Se trata de una decisión del mundo entero que da cuenta del reconocimiento universal que existe acerca de la incompetencia básica (fenomenológica) de los niños, la cual demanda fuertes deberes de prestación por parte del Estado.<sup>14</sup> Con su aproximación post-moderna, la “traducción latinoamericana” perdió de vista este aspecto fundamental y, al hacerlo, perdió de vista que los niños son niños, al comenzar a pensarlos y a tratarlos como adultos, en una especie de repetición tardía y algo atenuada (por las consecuencias concretas derivadas de las marcadas diferencias de los sistemas penales en Norteamérica y en América Latina) de lo que sucedió en los Estados Unidos en los años ‘60 cuando se dieron estos debates.

---

<sup>13</sup> BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Del Puerto, 2004, págs. 1/47.

<sup>14</sup> Hasta en los Estados Unidos, país que no ratificó el tratado, la Corte Suprema de Justicia ha estipulado esta edad como la que separa al mundo adulto del de la niñez. Cf. USSC, “Roper, Superintendent, Potosi Correctional Center v. Simmons”, nº 03-633, 543 U.S. 551 (2005).

Despejado el tema de quién es el sujeto cuyos derechos ampara el *corpus juris*, subsisten las dificultades: i. del enfoque deconstructivista característico de la *traducción latinoamericana*, así como ii. del doble reduccionismo legal y penal (también consecuencia de la reacción al paternalismo injustificado del tutelarismo clásico de matriz inquisitiva<sup>15</sup>).

Ellas condujeron a la adopción acrítica de perspectivas liberacionistas<sup>16</sup> que, en muchos contextos vinculados con la adjudicación de derechos, sitúan a niños y niñas a la par que las personas adultas<sup>17</sup>. Esta cuestión se advierte claramente en el ámbito de la respuesta al delito de quienes tienen menos de dieciocho años de edad, pero también en otros temas directamente relacionados con el ejercicio de los derechos de defensa y libertades clásicas<sup>18</sup>.

**IV.** Quiero no obstante en esta ocasión referirme al imaginario apolíneo de la infancia, al niño (y, vale recordarlo, no la niña<sup>19</sup>) del *corpus juris*. Es que el ideal de niño del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es apolíneo. Trata acerca de un niño que juega, que se expresa y es oído, que va a la escuela, que no trabaja (porque el derecho asegurado es el de la protección contra la explotación), que crece al amparo de una familia que lo quiere y cuida; en otras palabras, el niño cuyo primer derecho es a su protección especial (por todos, definido en el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

---

<sup>15</sup> CF. BELOFF, Mary, *El modelo acusatorio latinoamericano y su impacto en la justicia juvenil*, en Anuario de Justicia de Menores, n° XX, España, Astigi, 2020, págs. 125/178.

<sup>16</sup> Entre los más representativos de esta posición se encuentran FARSON, Daniel, *Birthrights*, New York, Mac Millan, 1974; HOLT, John, *Escape from childhood: the needs and rights of children*, Boston, E. P. Dutton, 1974; y COHEN, Howard, *Equal rights for children*, Littlefield, Totowa, Adams & Co, 1980.

<sup>17</sup> Por ejemplo, en la ponderación legislativa realizada en el art. 26 *in fine* del Código Civil y Comercial de la Nación.

<sup>18</sup> Cf. BELOFF, Mary, y KIERSZENBAUM, Mariano, *Autonomía e infancia. Acerca de la posibilidad de compatibilizar el artículo 19 de la Constitución Nacional con el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en GARGARELLA, R., ALVAREZ, S., Y IOSA, J. (Coords.), *Acciones privadas y Constitución. La autonomía personal en la interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2021, págs. 311/336.

<sup>19</sup> Cf. BELOFF, Mary, *La protección de los derechos de las niñas en la justicia juvenil*, en HERRERA, M., DE LA TORRE, N., y Fernández, S. (Directoras Grales.) y VIDETTA, C. (Coord. Gral.) *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia. Derecho constitucional y derechos humanos*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2021, págs. 645/673.

como derecho a “medidas de protección”<sup>20</sup>) y respecto del cual el Estado tiene, por sobre todo, fuertes obligaciones positivas.

Esta afirmación no implica desconocer que el amplio *corpus juris* de protección internacional de derechos humanos de las personas menores de dieciocho años de edad contenga también regulaciones que reflejan un imaginario dionisiaco, pero ellas son mínimas. Más aún, dentro del ámbito de la justicia juvenil abarcado por los artículos 37 y 40 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, es posible encontrar una tensión entre representaciones apolíneas y dionisiacas de la infancia y la adolescencia, por ejemplo, en la dominancia de los principios de especialidad y reintegración social. Ambos pueden ser interpretados, en este marco, como la confirmación de la preferencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la infancia por un ideario apolíneo aún respecto de infractoras e infractores de la ley penal, en el sentido de que existiría un mandato a los Estados de transformar al niño dionisiaco en apolíneo a través de estos principios.

V. La “traducción latinoamericana” conecta con la explicación previa acerca de las representaciones —apolínea y dionisiaca— de la infancia, en tanto dichas imágenes pueden asociarse a diferentes mecanismos de control social, los cuales se organizan y funcionan de manera diversa precisamente porque presuponen diferentes ideales acerca de los sujetos.

La traducción latinoamericana, por cierta “querrela de escuelas”<sup>21</sup>, a partir de un enfoque maniqueo y, como tal, simplificado, concibió al niño del *corpus*

---

<sup>20</sup> En la evolución del Derecho internacional y, posteriormente, en los derechos nacionales, este derecho ha sido regulado de diferentes formas. En general, se alude al “derecho a la protección especial” o bien al derecho a “medidas especiales de protección” o a “medidas de protección” a secas. Entre otros, los arts. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes (...)”; y el art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. En el ámbito nacional, entre muchos otros, pueden citarse entre muchos, en el ámbito latinoamericano, el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil (Ley n° 8069), Título II, “De las medidas de protección”; y el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua (Ley n° 287) Preámbulo, “(...) Que las niñas, niños y adolescentes deben gozar de una especial protección de la legislación nacional, conforme lo establecen la Constitución Política y los Convenios Internacionales (...)” y Capítulo III, “De las Medidas Especiales de Protección” (arts. 80/89).

<sup>21</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17 “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, Sentencia de 28 de agosto de 2002, Serie A n° 17, voto concurrente razonado del juez GARCÍA RAMÍREZ.



*juris* como niño dionisiaco y se centró en la cuestión penal juvenil (en los derechos de defensa, como límites al paternalismo injustificado, tal como indiqué). La consecuencia fue que en un primer momento se perdieran de vista, o al menos se soslayaran, las obligaciones estatales positivas hacia la infancia, las cuales constituyen la contracara de los derechos de prestación y protección especial de todos los niños, incluidos los infractores de la ley penal.

Esta tendencia habla de la segunda característica de la traducción latinoamericana (la del reduccionismo penal) derivada de poner el foco en la respuesta estatal al delito de las personas menores de edad, bajo la forma de concentrar los debates casi exclusivamente en el reconocimiento de los derechos de primera generación (libertades y garantías del debido proceso), lo cual implicó, en una primera etapa, no considerar prioritariamente los derechos de prestación y protección especial de los que es titular todo niño o niña (derechos a la vida, a la salud, a la educación, DESCAs). El enfoque inevitablemente fagocitó cualquier discusión sobre derechos humanos y problemas sociales que tuvo lugar en esos años, hasta el punto de permear la primera jurisprudencia de la Corte IDH sobre el tema<sup>22</sup>.

**VI.** Como consecuencia de que el tema principal de los debates en torno del contenido y alcances de los derechos de los niños estuvo fijado en esos primeros años en la justicia juvenil, la pretendida transformación de los mecanismos de control social que dentro de la narrativa latinoamericana producirían los cambios legales (esto es, la derogación de los mecanismos tutelares inquisitivos clásicos con el efecto de una reducción significativa de la violencia y de la privación de libertad), sucedió, pero de un modo diferente al anunciado. Lo que en realidad produjeron los cambios legales fue un acercamiento de la justicia especializada a la justicia penal general, de la mano

---

<sup>22</sup> Me refiero a la sentencia “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, primera decisión en la que el tribunal interpretó el art. 19 de la CADH. A pesar de que no se trataba de un caso vinculado con la justicia juvenil o con niños infractores, el enfoque utilizado estuvo, en varias partes del texto, orientado a temas de política criminal juvenil. Cf. BELOFF, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el sistema interamericano*, ob. cit., Cap. IV, págs. 115/131.

del mencionado debilitamiento de los derechos de protección (pérdida del principio de especialidad).<sup>23</sup>

Me refiero a que con anterioridad a la aprobación de la *Convención sobre los Derechos del Niño* no se discutía el carácter fundamental de los derechos de protección reconocidos a la infancia por las normas internacionales, tales como el derecho a la familia, a la vivienda, a la educación, o a la salud. Estos derechos, como parte de un “coto vedado”<sup>24</sup> o núcleo duro del sistema normativo de protección de la infancia, estaban fuera de discusión y no eran susceptibles de ponderación frente a otros derechos de defensa o libertades negativas.

Es claro que las ideas respecto de qué significa “protección” han variado a lo largo de los años, las sociedades y las culturas tanto como respecto de qué se entendía por “familia” o qué tipo de organización familiar se consideraba la más adecuada para un niño determinado, respecto de cómo se evaluaba el cumplimiento adecuado de los deberes derivados de la patria potestad, o de cuál era el contenido de la educación o las características que tenía que tener una vivienda para ser considerada apta para la crianza, por mencionar algunos ejemplos; lo que nunca se cuestionó es la obligación principal de protegerlos (sobre todo si los llamados naturalmente a hacerlo no podían o no querían) así como que el cumplimiento de ese deber se relacionara con la garantía de lo que modernamente se denominan derechos económicos, sociales y culturales.

Al plantearse el *corpus juris* como un punto de llegada y no como un punto de partida (expresión del piso mínimo que cada país debe asegurar a todos sus niños y niñas), la principal dificultad en el proceso de incorporación de reglas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la niñez en América Latina en las últimas tres décadas ha sido que el *primer derecho* de los niños —su derecho a la protección especial— parece haber quedado considerablemente debilitado, para ser sustituido por un enfoque fuertemente centrado en las garantías y derechos de libertad o de defensa.

---

<sup>23</sup> Cf. BELOFF, Mary; KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano, *La justicia juvenil y el juicio por jurados*, Buenos Aires, La Ley, Año LXX n° 183, martes 26 de septiembre de 2017, págs. 1/5.

<sup>24</sup> Cf. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Desde la modesta propuesta de “Swift” hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño*, ob. cit.; y *Algo más cerca del “coto vedado”*, en Revista “Doxa”, Alicante, n° 6, 1989, págs. 209/213.

Por otro lado, el énfasis en el reconocimiento de derechos de primera generación de los niños (libertades negativas y garantías del debido proceso), los equiparó con los adultos y, al hacerlo, los tornó irreconocibles como tales al tiempo que les hizo pagar un costo alto: el debilitamiento de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Debe no obstante reconocerse que, a pesar de las dificultades señaladas, se ha logrado un notable consenso —ausente en otras regiones— respecto de algunas cuestiones vinculadas con los derechos de niños y niñas. En este sentido puede afirmarse que los derechos de los niños no son “verso” (cuento): que los niños no puedan ser privados de la libertad sino por circunstancias excepcionales relacionadas con la comisión de un delito muy grave está fuera de discusión, del mismo modo que lo está el que a los niños que no tienen una familia que los cuide y quiera, se les asegure una familia que lo haga, para que sean cuidados y queridos. Se trata de dos ejemplos de ámbitos diferentes, pero que ya forman parte del entendimiento general de la sociedad, de las instituciones y sus operadores en todo el continente.

**VII.** La cantidad de normas convencionales y no convencionales, regionales y universales, generales y específicas que se refieren a este grupo de edad da cuenta de que los derechos de los niños se encuentran regulados en el Derecho internacional prácticamente desde sus orígenes<sup>25</sup>. Tan amplio y antiguo

---

<sup>25</sup> Por esa razón no es correcto afirmar que los niños son sujetos de Derecho internacional recién a partir de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, más allá de que este tratado constituya la expresión del derecho de los niños a su protección especial más desarrollada hasta la fecha. Sin ánimo de exhaustividad, pueden mencionarse los siguientes tratados que reconocen este derecho: A) Ámbito universal: i) Organización Internacional del Trabajo: Convenio por el que se fija la edad mínima de admisión de los niños a los trabajos industriales, Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), Convenio sobre la edad mínima (trabajo marítimo), Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, entre otros. ii) Organización de Naciones Unidas: a) Declaraciones: Declaraciones de los Derechos del Niño (1924 y 1959), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.2), Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; b) Convenciones y Pactos: Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV, arts. 14, 17, 23, 24, 38, 50, 89, 94 y 132), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.3 y 12.2.a), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 6.5., 10, 14.4, y 24), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, arts. 5, 9, 11, 12 y 16), Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos, Convenio de La Haya sobre la protección de los niños y

reconocimiento es la expresión, desde el punto de vista normativo, de la vulnerabilidad esencial de los niños<sup>26</sup>. Es ella la que justifica la existencia de fuertes deberes estatales de prestación hacia los integrantes de este grupo de edad, orientados a compensar dicha vulnerabilidad esencial con medidas especiales de protección cuando los llamados a asegurarlas en primer lugar (la familia o la comunidad) no puedan hacerlo.

De acuerdo con este *corpus juris* —el más amplio, denso y sofisticado que existe en el ámbito internacional, quizás probablemente porque se trata de un sujeto con mayores complejidades subjetivas asociadas con su vulnerabilidad esencial<sup>27</sup>—, las primeras obligaciones estatales hacia la infancia se refieren a la satisfacción de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales entendidas como el aseguramiento de su interés superior en cada caso que sea preciso adjudicar derechos.

---

la cooperación en materia de adopción; entre otros. B) Organización de los Estados Americanos: a) Declaraciones: Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (arts. VII y XXX); b) Convenciones: Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 4.5., 5.5., 13.4, 17, y 27), Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de Menores, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador, art. 16), Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará, art. 9); entre otros. Sobre el tema, BELOFF, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el sistema interamericano*, ob. cit.

<sup>26</sup> “(...) en el caso de los niños, el ejercicio de su autonomía está condicionado por una situación de radical vulnerabilidad. Quienes se encuentran en una situación tal no están en condiciones de negociar por sí mismo relaciones equitativas de reciprocidad de derechos y obligaciones (...) En el caso de la vulnerabilidad absoluta no basta la eliminación de la situación de opresión, sino que se requiere la adopción de medidas de ayuda. Por ello es que los casos de vulnerabilidad absoluta son los casos claros de paternalismo justificado. Los niños son absolutamente vulnerables y ello los convierte en incapaces básicos en el sentido estricto de la palabra: no sólo no pueden medir el alcance de muchas de sus acciones, sino que tampoco están en condiciones de satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas (...)”, GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *“Desde la modesta propuesta” de J. Swift a las casas de engorde. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños*, ob. cit., págs. 737 y 738. Esta limitación a la autonomía del niño depende de su edad y madurez; es decir, debe existir una relación proporcional: a mayor edad y madurez, mayor participación y protagonismo del niño en el ejercicio directo de sus derechos. También dependerá del tipo de derecho en juego, ya que cierto grado de madurez permite ejercer determinados derechos, pero este desarrollo físico e intelectual no autoriza necesariamente el ejercicio de otros derechos que involucren una mayor capacidad de comprensión y autonomía al implicar consecuencias más gravosas (y en muchos casos, irreversibles) con directa repercusión en el futuro de la vida de ese niño o niña. Cf. BELOFF, Mary, *Sistema penal juvenil: ¿Garantías sin protección especial? La interpretación latinoamericana*, ob. cit, pág. 96, nota al pie 39.

<sup>27</sup> “(...) vienen al caso los integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos (...)”, Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, Sentencia de 28 de agosto de 2002, Serie A n° 17, párr. 8 del voto concurrente razonado del juez GARCÍA RAMÍREZ.

Esto nos lleva a considerar la estructura del sistema normativo sobre derechos de niños y niñas en el Derecho internacional de los derechos humanos que, además, integra los derechos nacionales de todos los países de la región. Dicha estructura se encuentra invertida respecto de la característica de los sistemas de derechos fundamentales generales, pensados para las personas adultas.

Se trata de una cuestión nuclear en el análisis aquí propuesto. Es sabido que los derechos humanos surgieron y se desarrollaron como derechos de defensa para garantizar las libertades (negativas), la dignidad y la autonomía de las personas. Consideradas básicamente como barreras frente al Estado, esas libertades negativas definieron, con diferentes matices de justificación, el modelo de los derechos por siglos; más tarde y una vez que esas libertades y defensas se consolidaron jurídica, política y culturalmente, se inició un proceso de reconocimiento gradual de otras obligaciones estatales (positivas)<sup>28</sup>.

La situación de los niños es la opuesta. En el origen histórico y en la base de la estructura normativa se encuentran los derechos de prestación/protección de niñas y niños. Sucede que, en razón de las características del sujeto, si no se garantizan esos derechos porque no se satisfacen las obligaciones positivas que hacen al mencionado núcleo duro, sobre todo en las primeras etapas de la vida, hay una probabilidad altísima de que se extinga como sujeto. Ello explica que los derechos fundamentales de prestación o protección especial incluidos en los tratados no se encuentren limitados por la edad, madurez o aquello que pueda afectar al niño o sus intereses (interés superior), como sí lo están otros derechos de libertad. Ello surge claro, por ejemplo, del artículo 12 de la *Convención*: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en *todos los asuntos que afectan al niño*, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, *en función de la edad y madurez del niño*. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de

---

<sup>28</sup> Por todos, PINTO, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

procedimiento de la ley nacional.”<sup>29</sup> Otros derechos del mismo tratado como a salir de cualquier país —art. 10.2—, a la libertad de expresión —art. 13.2—, a la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias —art. 14.3—, a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas —art. 15.2— y aun a la educación —art. 29—, son supeditados a diferentes restricciones del mismo modo que lo están en tratados generales de derechos humanos, tales como las “estipuladas por ley”, las que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y hasta a otros derechos de la CDN “que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos” —art. 10—.

Los derechos de protección especiales a los que me refiero son aquellos derechos que Ernesto GARZÓN VALDÉS incluye dentro de la mencionada idea de “coto vedado”. Ellos explican el carácter paternalista justificado del *corpus juris* de la infancia. Se trata de derechos que no son transables (ni ponderables) por libertades negativas ejercidas como consecuencia de la plena autonomía que se reconoce a una persona cuya agencia moral completa es admitida por el sistema jurídico<sup>30</sup>. Otra conclusión quitaría sentido a un sistema normativo especialmente diseñado para personas diferentes de los adultos precisamente por el tema de la competencia<sup>31</sup>.

Un sistema normativo destinado a la protección de los derechos fundamentales de los niños, pero construido de acuerdo con el modelo clásico, los pondría a la par que los adultos y, de ese modo, perdería sentido su propia existencia<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Itálicas agregadas.

<sup>30</sup> La Corte IDH ha sostenido que los niños ejercen sus derechos “de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal”, por lo que quien aplica el derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, debe tomar en consideración las condiciones específicas del niño y su interés superior a fin de acordar su participación en la determinación de sus derechos. “En esta ponderación se procurará el mayor acceso del niño, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso” (caso “Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Serie C n° 351, párr. 172; en sentido similar, Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit., párr. 102; “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C n° 239, párr. 199; “Furlan y Familiares vs. Argentina”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C n° 246, párr. 230; entre otros).

<sup>31</sup> Ver *supra* nota 26.

<sup>32</sup> John STUART MILL consideraba a los niños como incompetentes básicos, a quienes por ese motivo no era posible aplicar el principio de libertad. Ello no implica afirmar que el padre del liberalismo tuviera una mirada despreciativa o minusvalizante de los niños. Simplemente consideraba que la condición madurativa que los caracteriza impedía que se les aplicara dicho principio. Una manera de reconciliar a GARZÓN VALDÉS con MILL es que para que el niño pueda

**VIII.** Un análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH permite advertir que el reconocimiento de los derechos de protección y de su exigibilidad apunta en general a grupos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad como resultado de construcciones socio-históricas (mujeres, pueblos originarios, afrodescendientes, personas con necesidades especiales, entre otros). El Tribunal considera que los integrantes de estos grupos son destinatarios de una protección estatal especial, la cual implica una intensificación de los niveles de cuidado, necesarios para que estas personas puedan gozar de sus derechos, libertades y autonomía; sin embargo, cuando se refiere al amplio *corpus juris* de protección internacional de derechos de los niños, la aproximación es diferente.

En este sentido puede afirmarse que la Corte IDH lee y aplica los tratados en su literalidad, no a partir de lo que, si se me permite, les “hicimos decir” en América Latina<sup>33</sup>. Lo curioso es que la traducción latinoamericana leyó otra cosa.

En la práctica, la tensión entre derechos de protección y derechos de libertad o defensa se presenta todo el tiempo y complejiza la solución de los casos que, además, por tratarse de niños, requieren ser resueltos de forma inmediata. Dicha tensión coloca a los operadores en una suerte de parálisis en términos de cómo resolver. Como ejemplo puede recordarse el recurso sistemático y acrítico al interés superior del niño para decidir que se resolverá de forma opuesta a lo que el menor manifiesta, cuando lo que hay detrás es una dificultad en interpretar en contexto de qué habla el niño, cuál es su necesidad y cuál es el mejor medio para satisfacerla.

**IX.** No hay posibilidad de definir una política pública si antes no existe un acuerdo sobre las dimensiones y características de la realidad sobre la que se pretende intervenir. Si todo lo sólido se desvanece en el aire, si la realidad social depende de la mirada y la percepción de cada uno, se pierde la posibilidad de definir e implementar una acción social, colectiva, política, sobre esa realidad.

Por ese motivo, para poder concretar los derechos contenidos en los

---

ejercer su autonomía y se le pueda aplicar el principio de libertad es preciso primero garantizarle los derechos que integran el “coto vedado”. Por ese motivo la garantía de estos derechos nucleares no puede estar supeditada al ejercicio de los derechos de libertad.

<sup>33</sup> Cf. BELOFF, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el sistema interamericano*, ob. cit. Caps. IV, V y VI.

tratados a través de políticas eficaces, es fundamental alcanzar consensos teóricos validados científicamente, pero también acuerdos políticos y culturales, sobre varios temas: respecto de qué significa ser un niño o niña, de lo que la sociedad interpreta por “violencia”, o acerca de qué hablamos cuando hablamos de “infancia”, de “autonomía” o de “capacidad”. En la construcción de esos acuerdos el rol de la jurisprudencia (sobre todo internacional) es fundamental.

Donde en cambio prevalece el enfoque científico por las mejores razones es en cuanto a la definición de cuál es la mejor solución a un problema que involucra derechos de niños, o cuál es la mejor intervención en un caso particular. Se trata de un problema derivado pero diferente, que presupone tener resuelto lo mencionado en el párrafo anterior. Es importante, sobre todo cuando se trabaja en la implementación de principios y reglas de derechos humanos, tener presente que los enfoques relativistas en muchas ocasiones frustran la realización de esos derechos humanos, sobre todo en punto a la exigibilidad en términos de implementación de políticas públicas (por definición, *ab initio*, universales).

En síntesis, la señalada tensión entre derechos de protección y derechos de libertad derivada de la traducción latinoamericana probablemente constituya una de las explicaciones centrales para las dificultades que aparecen en la práctica cotidiana vinculada con el aseguramiento de los derechos de niños y niñas en la región.

**X.** En lo que respecta al contexto actual, como técnicos del proceso de adjudicación de derechos, corresponde asumir algunos debates y discusiones vinculados con el cuidado, la protección, el desarrollo, la autonomía y la libertad, los cuales en ocasiones sitúan a los niños en posiciones muy difíciles, como la de tomar la decisión de si va a ser protegido y cuidado de una infección con consecuencias que pueden ser muy graves para sí y/o para el entorno familiar y/o comunitario –por ejemplo, como ocurrió en medio de la pandemia—, en lugar de dejar claro que la responsabilidad de tomar esas decisiones corresponde a las personas (adultas) expertas en la materia. Situaciones semejantes sucedieron en relación con el acceso a la escuela u otros espacios de esparcimiento propios de la infancia.



En el momento en el que el operador que tiene que tomar una decisión se encuentra en la situación de tener que asegurar los derechos de protección de un niño con máxima empatía y registro de su vulnerabilidad esencial (no en ejercicio de una solidaridad aparente sino real, puesto que se trata de un deber funcional) y se ve de pronto interpelado por una suerte de lectura peculiar de quien plantea que no se encuentra performativamente en condiciones de tomar decisiones de solidaridad real sino aparentes, el sistema de justicia entra en crisis en términos de aseguramiento de derechos de los niños.

Por esa razón preguntaría: ¿en qué momento se determinó que los operadores estatales, judiciales o administrativos, podían transferir el poder y la responsabilidad de decidir al niño? Se trata de un problema serio<sup>34</sup>.

El filósofo italiano Eligio RESTA nos recuerda que los casos de niños que comparecen frente a una autoridad son siempre casos trágicos. RESTA señala que lo son porque cada vez que un niño está frente a un representante estatal es porque algo trágico pasó en su vida (una guerra, una catástrofe natural, la pobreza, el desamor de sus padres resuelto de una forma violenta, una pandemia, etc.). No se trata sólo de casos en los que niñas y niños se encuentran en una posición de máxima vulnerabilidad socio-económica. Lo mismo sucede en otros grupos socio-económicos. La práctica en el derecho de familia presenta innumerables ejemplos de niños que cuentan formalmente con otro tipo de recursos (por ejemplo, que pertenecen a familias socio-económicamente aventajadas, deportistas de alta competición, que trabajan en programas de televisión, etc.), pero que también son casos trágicos. Si no hubo una tragedia, no hay forma que un niño comparezca frente a la autoridad.

Los casos de niños son siempre casos trágicos, pero, además es trágica la situación en la que se encuentran quienes tienen que resolverlos porque no hay manera de saber (agregaría, ni con el soporte de todo el *corpus juris* ni con la mejor voluntad) si la decisión que se va a tomar es la correcta. Por otro lado, los problemas de los niños requieren soluciones urgentes, pero hace falta tiempo

---

<sup>34</sup> La ley n° 26.061 de "Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes" cuya finalidad fue reglamentar la Convención sobre Derechos del Niño en el orden nacional, tiene cinco artículos donde menciona el derecho del niño a ser escuchado (arts. 2º, 3º, 24, 27, y 66). La repetición del mismo derecho que tiene un carácter central en el tratado (cfr. art. 12) no tiene explicación; en todo caso, la ley nacional debería haberlo reglamentado mediante una ponderación que resolviera las diferentes tensiones que se plantean en su ejercicio.

para resolverlos, sin tener la certeza de que se vaya a hacerlo con acierto. Todas estas tensiones agregan carácter trágico a los casos que involucran a niñas y niños.

Es preciso hacernos cargo de este carácter y, con esa conciencia, intentar elaborar una teoría más robusta sobre sus derechos, porque de otro modo vamos a repetir los errores que hasta el momento no nos permiten concretar para ellos las condiciones de vida digna<sup>35</sup> que fuertemente reclama el Derecho internacional de los Derechos Humanos para ellos.

Desde un lugar menos jurídico y más analítico, me arriesgo a pensar que la lectura punitivista latinoamericana de la *Convención* a la que llamé reduccionismo penal en algún sentido puede tener que ver con la negación del carácter trágico de los casos de niños, así como con las dificultades de resolver adecuadamente lo que se juega cada vez que se tiene que tomar una decisión que los afecta, para que de verdad (y en la realidad), los privilegie.

---

<sup>35</sup> Cfr. Corte IDH, caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, cit. párr. 144.