

La construcción jurídica del niño como persona en la historia del derecho argentino

SILVANA RAQUEL BALLARIN y CLARA ALEJANDRA OBLIGADO

Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina)

Abstract

Un estudio de la construcción jurídica del niño como persona en el derecho argentino requiere analizar diversos signos normativos y comportamentales y su variación a lo largo del tiempo. Ello en tanto no es solamente en relación a la ley que podemos hablar de un antes y un después. Aún sobre un mismo signo normativo varían las interpretaciones jurídicas a lo largo del tiempo y, finalmente, varía la propia legislación como respuesta al cambio social. EL reconocimiento formal de la condición del niño como sujeto de derecho no ha sido materia de discusión en el derecho argentino. El decimonónico Código Civil ya consagraba la personalidad jurídica del niño desde su concepción, aún, en la figura de persona por nacer. Sin embargo, ello no era óbice para situar al niño en una condición más cercana a la de objeto que a la de sujeto de derecho. Un análisis de las normativas anteriores y de las vigentes nos permiten apreciar las diversas construcciones jurídicas que se han elaborado respecto de la personalidad del niño tanto en la ley como en el ámbito de decisión jurisdiccional: reconocimiento del interés del niño como “superior interés”, sistemas de capacidades progresivas, escucha del niño en el proceso judicial. También puede establecerse un antes y un después en la terminología: de menor a niño o adolescente; de tenencia a residencia, de régimen de visitas a sistema de comunicación, son sólo algunos ejemplos del cambio. Sin embargo, más allá de las palabras, de las normas y de las decisiones judiciales, como sociedad y como Estado emitimos otros signos que contrastan con los anteriores. Un análisis de las políticas públicas y del comportamiento de la sociedad deja traslucir que el reconocimiento efectivo de los derechos humanos del niño es todavía una asignatura pendiente. Si hablamos, en un mismo momento histórico, distintos lenguajes desde la ley, la palabra y el comportamiento. ¿Podemos afirmar un cambio en la construcción jurídica del niño o sólo de una apariencia de cambio?

1. INTRODUCCIÓN

Un estudio de la construcción jurídica del niño como persona en el derecho argentino requiere analizar diversos signos normativos y comportamentales y su variación a lo largo del tiempo. Nos aproximaremos así a los diferentes paradigmas de protección del niño en situaciones temporales diferentes.

Siguiendo los conceptos de Victorino Zecchetto (2006, pp.113/4) llamo paradigma al modelo teórico que conecta y explica una estructura de signos o de fenómenos diversos (culturales, comunicativos, sociales, etc.), En el campo de las ciencias jurídicas, tal modelo orienta —en un tiempo y lugar determinado— un conjunto de normas, comportamientos y lenguaje afines: se habla, se legisla, y se actúa conforme el modelo vigente.

Podemos entonces decir que las leyes que rigen en un Estado en un momento determinado, el comportamiento social y de los operadores jurídicos y el manejo del lenguaje^[1] deben interpretarse a la luz del paradigma vigente y, a su vez, ser coherentes con ese paradigma.

2. SOCIEDAD ARGENTINA, LEY Y ANOMIA

Voy a referirme a la anomia como aquella situación en la que los signos comportamentales no coinciden con los signos normativos. En tales situaciones, las leyes dictadas dentro de un Estado no son observadas por los destinatarios. Y cuando el destinatario de la norma es el propio Estado que la dictó, éste emite un mensaje ambiguo emitiendo signos contrapuestos, complejizando el develamiento del modelo teórico que orienta su acción.

Las razones por las que pueden observarse signos de anomia en una sociedad son variadas: muchas veces son las leyes las que no resultan adecuadas a la realidad y es ésta la que conduce a un cambio de legislación. Otras veces, el comportamiento social no cuestiona la legitimidad ni oportunidad de una norma pero, igualmente, decide incumplirla.

En este análisis histórico de signos normativos y comportamentales, comenzaré por destacar lo que, considero, una de las raíces de la anomia argentina^[2]: la ausencia de contacto entre ley y realidad, evidenciada ya en las leyes de Indias. Altos propósitos y desconocimiento de la realidad por parte del legislador son sus dos características esenciales: esto habla de una grave ambigüedad en la expresión del modelo que, como sociedad, se planteaba para América:

En todo lo que se refiere a la América española el estudio de la ley escrita es el menos importante e ilustrativo: el derecho, bueno o malo, crece y se desarrolla a raíz del suelo, en el conflicto de pasiones e intereses, amparando a los más hábiles y fuertes; generalmente rastrero, estrecho y cruel, animado por sentimientos bajos y egoísmos feroces. Por

[1] Entiendo al lenguaje no solo desde el punto de vista digital —o lenguaje verbal—, sino analógico en la terminología de Paul Watzlawick, (Teoría de la Comunicación humana», Herder, 19) incluyendo de tal manera el lenguaje «no verbal del cuerpo» (contacto visual, postura, gestos y ademanes, distancia corporal entre interlocutores, etc.) al que hace referencia Victorino Zecchetto (2006, pp. 149/166).

[2] Un interesante estudio de ello puede verse en «Un país al margen de la ley», César Nino.

encima está la ley, una cosa puramente decorativa de la armazón social, fuera del radio de influencia de las aspiraciones públicas, de las necesidades del grupo, elemento perfectamente extraño, preparado en el Consejo de Indias, uniforme para todo un continente en el que no hay dos provincias análogas. Las cédulas se repiten sin que se calme un dolor o repare una injusticia. El derecho vigente es el primitivo de la conquista, por el que las personas y bienes de los vencidos quedan a merced de los vencedores.^[3]

Así, en las normas está presente una preocupación por prevenir los abusos sobre la población indígena y africana, pero ello contrastaba con el afán de lucro de quienes arribaban a América, la ausencia de organismos suficientes para hacerlas efectivas y, en muchos casos, la tolerancia o complicidad de las autoridades^[4].

La frase «*Se acata pero no se cumple*» da cuenta de tal desfase entre ley y efectividad de la ley que nos acompaña desde entonces^[5], refiriendo Ricardo Zorraquín Becú^[6] que tal fórmula operaba ante la existencia de una verdadera «resistencia pública y consciente» a ciertos aspectos del orden jurídico.

No era obligatorio acatar las disposiciones de las autoridades superiores cuando habían sido dictadas en virtud de informes falsos o incompletos (...). Y cuando (...) la orden se consideraba inconveniente, la propia legislación autorizaba la resistencia contra ella.^[7]

Si bien esta es una raíz histórica de la anomia Argentina, no todo comportamiento anómico tiene por causa tal desfase entre realidad y ley. Refiere Carlos Nino que en la Argentina se ha desarrollado una tendencia recurrente a la inobservancia de normas jurídicas, morales y sociales^[8], que, si bien puede percibirse con mayor claridad en la violación masiva de los derechos humanos en la década del '70 y en la inestabilidad política que culminara reiteradamente en golpes de Estado, continúa presente en múltiples comportamientos anómicos: suciedad de lugares públicos, desprecio por las reglas de tránsito, evasión tributaria, manifestaciones públicas de ilegalidad consentidas por funcionarios y ciudadanos son sólo algunos ejemplos^[9].

Hilda Eva Chamorro Greca de Prado realiza un interesante estudio del concepto de anomia en su evolución histórica, para analizar la actualidad del problema en nuestro país a través de la recolección de artículos publicados en un periódico (*La voz del interior* de Córdoba). La autora

[3] A.J.García, «La ciudad indiana», 4ta. Ed., pp. 308 y ss, Buenos Aires, cit. Por Raimundo Salvat, «Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General», T.I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, pp. 89/90.

[4] Zorraquín Becú, Ricardo, «Historia del Derecho Argentino», T.I, Editorial Perrot, Ira. Edición, 2da. reimpresión, Buenos Aires, 1978, p Aut.y ob. cit., p.228.

[5] Norberto Ras, «Criollismo y Modernidad. Un análisis formal de la idiosincrasia criolla», en www.anav.org.ar/sites_personales/12/cap5_nor.htm

[6] Ob.cit., p. 228/232.

[7] Aut. y ob. cit., p. 229. Concluye así el autor que la utilización de recursos jurídicos para no cumplir las leyes importa, finalmente, un «arraigado respeto por el derecho» y una «aspiración permanente por la justicia más elevada.

[8] Carlos Nino, «Un país al margen de la ley», 3ra. edición, Edit. Ariel, 2005, pp. 13 y 27.

[9] Aut. y ob. Cit., p. 28/30.

releva una cantidad de 219 artículos publicados en la sección «Opinión» del diario cuyo título o contenido hacían referencia a la anomia durante el período julio a octubre de 1999 ^[10].

Esta característica de ambigüedad entre ley y comportamiento, esto es, de anomia, se ha mantenido a lo largo de los siglos hasta el presente^[11]. Importa, a mi modo de ver, la emisión de signos contrapuestos que dificulta el reconocimiento de los paradigmas o modelos que plantea la sociedad.

3. DELIMITACIÓN ESPACIAL Y TEMPORAL DEL OBJETO DE ESTUDIO

Aunque realizaré referencias a autores extranjeros cuando sus análisis resulten aplicables a la realidad de mi país, delimito el objeto de estudio a la construcción en el derecho argentino de la figura del niño como sujeto de derecho.

En relación al ámbito temporal, y sin desconocer las normas propias de los pueblos originarios anteriores a la conquista, el derecho colonial y, aún, el derecho patrio anterior a la codificación, limitaré el análisis al período de organización nacional que principia con la sanción de la Constitución Nacional (1853-60) y culmina, en relación al derecho civil, con la sanción del Código de la materia por parte del Congreso Nacional, en uso de la facultad que para ello le confiriera el poder constituyente

4. EL CÓDIGO CIVIL Y SU TIEMPO

El código civil argentino es expresión del movimiento codificador que inaugurara el *Code* francés y obra de un solo hombre: Dalmacio Vélez Sárfield. Fue aprobado «a libro cerrado» por el Congreso Nacional por ley 340 en 1969.

Se inscribe así en el movimiento codificador que proliferara en el siglo XIX y tiene como fuentes las codificaciones americanas y las europeas, así como las posturas doctrinarias de la época^[12].

El niño *persona* del Código Civil argentino^[13] corresponde a la concepción individualista y liberal del hombre decimonónico:

...un hombre abstracto cuya dignidad moral deriva de la autonomía de su voluntad. Y ese hombre autónomo abstracto sólo se concretaba adecuadamente en el cabeza de familia,

[10] Aut. cit., («El concepto de anomia, una visión en nuestro país», Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artanomia.

[11] Un estudio pormenorizado de la anomia argentina desde la época colonial hasta finales del siglo XX puede verse en Nino, Carlos «Un país al margen de la ley» Ariel, 2005.

[12] En especial, El Esboço de Freitas para Brasil, el Código Civil Chileno, el proyecto de Código Civil de Goyena para España, y el Código Napoleón, como el propio codificador lo refiere en las notas.

[13] El Código Civil prevé la protección de la persona desde su concepción, pero no será objeto de este estudio la *persona por nacer* sino el niño a partir de su nacimiento.

esto es, en el varón-propietario-adulto (...) el Derecho liberal reconocía la personalidad del niño (...)Lo que ocurre es que al Derecho liberal le interesaba no tanto el niño en cuanto niño, sino el propietario (varón y adulto) en cuanto niño.^[14]

5. ¿QUÉ SIGNIFICABA SER NIÑO EN EL CÓDIGO DE 1869?

1- Significaba ser definido desde el lenguaje por carencia y no por esencia humana. Para el Código Civil el niño es «*persona de existencia visible*» desde su nacimiento y *menor* en alusión a aquella edad a la que no han arribado: la mayoría, que los transformará en *personas capaces*: dentro de esta categoría, distingue a los *impúberes* de los *menores adultos*, confiriéndoles a estos últimos un mayor plexo de actuación y responsabilidad. Nuevamente observamos que se los define por aquello de lo que adolecen: *im púberes*: no son púberes, o en comparación a los mayores: *menores adultos*, esto es, algo menos *incapaces* que los pequeños.

2- Significaba que su condición de titular de derechos quedara atada a su lugar dentro de la familia. Así, no dependía de una aptitud, sino de circunstancias ajenas a su persona.

La importancia de nacer en el seno de una familia matrimonial definía la suerte *jurídica* de los niños y adolescentes, a los que se clasificaba en relación a la situación de sus progenitores adultos en *hijos adulterinos, sacrílegos, incestuosos, naturales o legítimos*, negándose a las primeras categorías los derechos sucesorios y de cuidado y protección de sus progenitores que se reconocían a las últimas.

El criterio para privar a un progenitor de su autoridad era definido por circunstancias relativas a la vida del adulto: así, el nuevo matrimonio de la madre viuda.

3- Significaba que su ámbito decisonal quedara transferido a su representante legal sin participación alguna del *representado*. En forma concordante, la autoridad de los padres sobre los hijos menores —llamada, aún, patria potestad— era definida como el conjunto de derechos que los padres tenían sobre la persona y bienes de los hijos^[15]. Aún cuando, en el articulado, establecían deberes a cargo de los padres —crianza, alimentación y educación eran definidos como derechos y deberes de los padres hacia sus hijos— los hijos quedaban bajo la *autoridad y poder* de sus padres, quienes podían elegirles una profesión.

Paralelamente, el ámbito de decisión jurisdiccional actuaba en forma coincidente a tales valoraciones, omitiendo la citación del niño al proceso y, aún, representándolo a través de funcionarios públicos que, en muchos casos, no habían tomado conocimiento personal con el niño.

[14] Hierro, Liborio, «El niño y los derechos humanos», en «Derecho de los niños. Una contribución teórica» (compiladora Isabel Fanlo), p. 182, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara S.A., Méjico, 2004.

[15] Art. 264 del C. Civil: «La patria potestad es el conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de sus hijos legítimos en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados».

6. ¿QUÉ SIGNIFICABA SER NIÑO PARA LAS LEYES DE PATRONATO DEL PRINCIPIOS DEL SIGLO XX?

Ya iniciado el siglo XX, la ley nacional Nro.10903 («ley de Patronato de Menores») promulgada en 1919, introduce en las primeras décadas del siglo XX una protección a la *infancia desamparada* que más se parece a una protección *de* la sociedad respecto del niño, que una protección *al* niño. Los Tribunales de *Menores*, organizados a través de secretarías «asistenciales» y «penales», tratan tanto los problemas de los niños pobres como los de aquéllos que han delinquido. La *situación irregular* es la pauta para sumar ambas competencias. Observamos que la ley divide a la infancia de acuerdo a su inserción social, y no en relación con las aptitudes propias del niño: los niños *con* familia y los niños *sin* familia: Para los primeros, jueces civiles que integrarían a la problemática al grupo familiar, para los segundos, jueces *de menores*, como si tales *menores* no tuvieran derecho a ser considerados dentro de un ámbito familiar. Sin embargo, es obvio que todos ellos tienen una familia, sólo que la consideración de tal se reservaba para la familia constituida conforme los cánones morales de la época: Refiere María Elena Flores luego de consultar los Libros de Actas de la Sociedad de Damas de la Divina Providencia y estatutos de la Casa de Niños Expósitos de la ciudad de Córdoba del período 1900-1050.

La concepción sobre familia predominante respondía a un modelo caracterizado por el trabajo del padre, antecedentes de honorabilidad, religiosidad católica, unión matrimonial, modelo al que solo se acercaban las familias de los solicitantes para adopción(...) Los asilados eran denominados criaturas, desangelados, desamparados, expósitos, incluyendo en estas categorías aún a los niños cuya familia de origen no se había desentendido completamente de ello(...).^[16]

En cuanto a los primeros, se advierte en esta ley una preocupación mayor que en el código originario respecto del trato dispensado por los progenitores a sus hijos: así, introduce en la noción misma de *patria potestad* el concepto de *obligaciones* de los padres hacia los menores y realiza una enumeración de causas de pérdida de la autoridad parental.

El criterio para mantener o privar a un progenitor de la autoridad sobre sus hijos sigue siendo la vida de los adultos y no el interés concreto de cada niño: Así, al nuevo matrimonio de la madre viuda^[17] se suma la comisión de delitos graves por parte de los progenitores.

El resto del articulado de esta ley^[18] regía para los niños *expuestos o desamparados* y también para los niños que habían delinquido. Aún cuando disponían de diferentes lugares

[16] «Expósitos y abandonados. Prácticas sociales para con la niñez institucionalizada. Córdoba 1884-1940», en Revista Topos & tropos, Nro.3, Córdoba, Argentina, disponible en www.toposytropos.com.ar/N3/pdf/expositos.pdf

[17] El art. 308 le reestablece la patria potestad si vuelve a enviudar

[18] Cabe recordar que la Argentina no tuvo ley de adopción hasta el año 1948 (ley 13.252), quedando la llamada «niñez desamparada», expuesta a las prácticas sociales de la época, que atribuían a la Sociedad de damas de Beneficencia amplios poderes sobre los niños «*abandonados por padres miserables e infelices que, luchando siempre con los horrores de la pobreza espantosa, no pueden criarlos, o temen aumentar el peso de su terrible miseria...*», María Elena Flores, ob. cit.

para la internación de unos y otros y que fue la intención del legislador brindar, precisamente, amparo a quienes carecían de familia que pudiera contenerlos, las leyes nacional y provinciales de patronato dividieron a la infancia: aquella que había cometido delitos o bien estaba desamparada económicamente, de aquella otra que no lo estaba. Así, ser niño para las leyes de patronato significaba *estar en riesgo* o en *situación irregular*: en las mismas disposiciones se hablaba de niños que habían delinquido o que habían sido víctimas: para ambos se preveía la internación por tiempo indeterminado. Para estos niños *ser niño* significaba que el Estado se haría cargo de protegerlos y proteger a la sociedad *de* esos niños mediante su internación *por tiempo indeterminado*.

7. ¿QUÉ SIGNIFICABA SER NIÑO PARA LA LEGISLACIÓN ARGENTINA EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS DEL SIGLO XX?

Con el correr del siglo XX la legislación civil fue adaptándose a los cambios impuestos desde lo social. Aún a riego de simplificar los múltiples cambios experimentados en la legislación, voy a destacar una etapa decisiva: 1985-1990: En este transcurso de tiempo se promulgan tres leyes de gran importancia: la ley 23264, también conocida como ley de «filiación», la 23.515, también conocida como ley de «divorcio vincular» y la 23849, de ratificación de la Convención sobre los derechos del niño (CDN),

Los cambios que vinieron sucediéndose en las últimas décadas del siglo pasado tuvieron un punto de inflexión al aprobar nuestro país la Convención de los Derechos del Niño en 1989 ^[19] cuya jerarquía constitucional fuera puesta de manifiesto a través de la reforma constitucional de 1994 ^[20]. Ser niño para la convención significa participar en el proceso, esto es, ser una voz y un rostro que interpelan a los adultos, hasta entonces únicos dueños del proceso.

La convención reitera los derechos que, genéricamente se le reconociera a todo ser humano en convenciones internacionales anteriores: derecho a la vida, a la salud, a la intimidad, a la identidad, a la libertad, a la vida familiar, al acceso a un proceso rápido y eficaz.

La reiteración de tal declaración de derechos, en especial, respecto del niño, resulta una clara muestra de la ineficacia de las convenciones anteriores respecto del reconocimiento material de los derechos del niño. Si hizo falta una convención especial, nos preguntamos, será porque las declaraciones de derechos humanos cuando decían «hombre» significaban «adulto».

Voy a retomar los mismos puntos que desarrollé al referirme al código originario para una mejor explicitación del cambio operado en la construcción jurídica del *niño persona*:

1- Aunque el lenguaje ha sido, tal vez, el aspecto menos cuidado de la reforma —el código sigue hablando de *menores*, *incapaces*, *impúberes* y *menores adultos* y de *patria potestad*— la CDN sí avanza en este aspecto: define a los niños como tales. La reforma con-

[19] Ley 23849 del 27-09-90

[20] Art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional

tinúa haciendo alusión al concepto de *tenencia* del niño y *régimen de visitas*, propiciándose doctrinaria y jurisprudencialmente, a la luz de la CDN, los términos *residencia* y *sistema de comunicación*.^[21]

2- Se desplaza el criterio *adultocéntrico*, instalándose como criterio o pauta primera en las decisiones que a niños conciernan su *superior interés*, siendo la jurisprudencia la que ha tenido la labor de señalar la irrelevancia de un interés abstracto o concebido desde el *yo* de los padres y el propio de los operadores judiciales^[22]. Algunos autores^[23] incorporan en sus obras el pensamiento de los niños en relación a sus derechos, y comienzan a ser invitados a participar en jornadas académicas donde se discute sobre Niñez^[24].

La patria potestad sobre los hijos se define como un conjunto de *deberes y derechos para la protección y formación integral* de los niños^[25]: esto es, del poder de los padres a la responsabilidad de los padres, con primacía de los deberes sobre los derechos, en tanto estos últimos se confieren con el objetivo de proteger y formar a los hijos.

Además, ya no se establecen las referencias a los hijos en relación a la situación familiar de sus progenitores: sólo se habla de hijos *naturales* y *adoptivos*. Respecto de estos últimos, la ley 24779 ^[26] organiza un proceso en el que se advierte un mayor respeto al niño y a su identidad de origen: citación a sus progenitores de sangre, conocimiento personal del niño por parte del juez^[27] son algunas de sus características.

3- En relación al ámbito decisional del niño y su participación en el proceso, es la CDN la que da las pautas para un proceso de cambio que continúa hasta el presente, al imponer como obligación del juez la escucha del niño.

Ya dijimos que, hasta la década del 80 del siglo pasado, en el proceso el niño era *representado promiscuamente* por sus padres y por el *Ministerio de Menores* ^[28]: ellos serían la voz del niño en el proceso judicial. Es decir, que los demás hablaban por el niño y *entre todos* —menos el niño— se decidirá lo mejor para él. Cuando los códigos procesales hablan de «partes del proceso» sólo mencionan a los adultos, partes actora y demandada, que se irrogan la voz del niño al que representan, *diciendo ellos* lo que el menor reclamaría, si tuviera voz propia.

[21] No obstante la inclusión de tales denominaciones en las sentencias, el cambio es lento: El propio nomenclador de la SCBA alude a las materias «tenencia» y «régimen de visitas», no siendo posible caratular los expedientes conforme los nuevos criterios.

[22] Así, SCBA: Acuerdo 63.120, sent. 31-3-98; Ac. 73814, sentencia 27-9-2000 y Ac. 2078 ,sentencia 17/12/2003.

[23] Así, Cecilia Grosman: «Los derechos del niño en la familia: discurso y realidad», Edit. Universidad, 1998.

[24] En las «X Jornadas Interdisciplinarias de Familia Niñez y Adolescencia y Mediación» de Morón (octubre de 2007)

[25] Ley 23264 de 1985

[26] BO del 1-4-1997

[27] Para el otorgamiento de la guarda preadoptiva (art. 317) y en el proceso de adopción mismo, previéndose la escucha del niño aunque como posibilidad y no como obligación del juez (art. 321).

[28] Art. 59.

A Partir de la CDN el niño adquiere un nuevo protagonismo, de la mano de las doctrinas que propician una adquisición *progresiva* de capacidad y una *defensa técnica* de los derechos del niño a través de la figura del «abogado del niño»^[29].

La escucha del niño en el proceso se constituye hoy como necesaria, trasladándose el ámbito de discusión respecto de las modalidades que para tal escucha se propone.

8. ¿QUÉ SIGNIFICA SER NIÑO PARA LA LEGISLACIÓN DEL SIGLO XXI?

La ley 26061 instala una nueva forma de ver a la infancia desde el derecho. Con la desaparición de los Tribunales de menores se intenta desestigmatizar a la pobreza: será el estado, a través de su labor social, el encargado de asumir la responsabilidad que le compete en garantizar la vida y salud de los niños, dotando a sus familias de los recursos suficientes, en un rol subsidiario de éstas. Al igual que numerosas leyes provinciales, reitera derechos ya consagrados en la CDN.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en agosto de 2002, dicta la Opinión Consultiva Nro.17 y la titula «Derechos Humanos del Niño», ello constituye, también, una utilización pedagógica del lenguaje: Como juristas, sabemos que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Pacto de San José de Costa Rica, entre otros, resultan instrumentos jurídicos internacionales que protegen a todas las personas, sin embargo, la insistencia de legislar proclamando derechos ya reconocidos en anteriores cuerpos legales resulta una constante hasta el presente.

Como hipótesis, planteo que la fuerza del nuevo paradigma de protección de la niñez se ha estancado en palabras y leyes, y que la sociedad —y el Estado—, sabedor de la violación de los derechos humanos de los niños que diariamente se produce, reitera para recordar y recordarse que ha asumido un compromiso.

Considero que, como en épocas de la colonia, continuamos emitiendo signos contrapuestos desde la ley y el comportamiento del social y del estado. Desde la ley nos interesa la infancia. Desde el comportamiento no nos interesa la infancia.

9. Y, SIN EMBARGO, NUEVAMENTE LA ANOMIA: ¿QUÉ SIGNIFICA SER NIÑO EN LA ARGENTINA DEL SIGLO XXI?

1- Significa no tener garantizado el derecho a la vida y a la salud. En las últimas décadas muchas familias ingresaron en niveles de pobreza y exclusión que las tornó más vulnerables al desencuentro y a la ruptura. El análisis de la realidad socioeconómica que sumergió en la pauperización a amplios sectores de la población excede los límites de esta ponencia. Sólo señalaré que, en razón de ello, el aislamiento y desamparo de gran parte del tejido social se

[29] Augusto Mario Morello y María Silvia Morello de Ramírez, «El abogado del niño», en ED, 164, p. 1180, y Andrés Gil Domínguez, Marisa Herrera y María Victoria Famá, «Derecho Constitucional de Familia», T.I, Ediar, Buenos Aires, 2006, pp. 685/695.

intensifica a la par que ceden los vínculos familiares: el Estado, en un rol *subsidiario* de la familia tampoco cubre eficazmente ese rol^[30]: es el Estado ausente de políticas sociales que abandona a la familia a su suerte, entregando a cambio leyes de «violencia familiar» o de «protección integral de la infancia» que se agotan en medidas urgentes sin avanzar en soluciones de fondo a los flagelos de la exclusión, la desocupación y las adicciones: estas son, también, las familias destinatarias de nuestras leyes y nuestras sentencias. Recordar a quiénes estarán dirigidas las normas nos permitirá analizar mejor su comunicabilidad y la posibilidad cierta de cumplimiento^[31].

2- Significa asumir roles que exceden sus posibilidades de desarrollo.

La mayor autonomía de los hijos está, a veces, provocada por la actitud social y de los propios progenitores que impulsan a los niños a valerse por sí mismos o «autocuidarse» a etapas tempranas, modelo funcional al Estado capitalista que rehúsa invertir fondos en instituciones que provean de tal cuidado^[32].

Así, se priva a los niños de su derecho a vivir la infancia. Si bien los *niños de la calle* constituyen el ejemplo más claro de ello, también aquellos niños que gozan de una mayor contención familiar padecen los riesgos de este modelo social: estadísticas efectuadas hace pocos años en el país, reflejan que el 33% de las madres de hogares monoparentales refirieron que sus hijos se quedan solos mientras ellas salen a trabajar, lo que evidencia que también en nuestra sociedad se ha desarrollado el modelo «posmoderno» de «autocuidado»^[33].

Las políticas públicas destinadas a preservar a extensas franjas poblacionales de la indigencia importan un comportamiento coherente del Estado con los paradigmas enunciados, aún

[30] Señala Susana Torrado que desde 1976 el «estado subsidiario» sustituye al «Estado de bienestar» a un ritmo vertiginoso y sin ninguna concesión respecto del costo social que implicaba la transición (p. 660). En las nuevas leyes del siglo '21 de violencia familiar y protección de la infancia el Estado continúa sin asumir la responsabilidad de garantizar la contención y la salud de la población. Si bien se coincide plenamente con atribuir a la familia el rol fundamental en la crianza y educación de los hijos, la subsidiariedad en la que se ubica al Estado se parece demasiado a su ausencia. Recordemos el veto que se hiciera en oportunidad de promulgarse la ley de violencia familiar en la provincia de Buenos Aires respecto de la obligación del estado provincial de garantizar políticas públicas acordes a los objetivos de la ley, o la actual crisis del sistema de salud, que obliga a la población a tramitar amparos para obtener medicamentos o prestaciones sociales, o bien los procesos judiciales de «protección de persona» en los que se enmarcan situaciones de marginación social que importa judicialización de la pobreza (así artículo en coautoría con Adriana Rotonda, «Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes: estudio comparativo de la ley nacional 26.061 y leyes provinciales», en RDF Nro.35, pp. 11 a 21, en especial, nota nro.15 en p. 17.

[31] La exclusión del hogar de quien habita una vivienda precaria sin, siquiera, cerradura, es una realidad que no puede ser ignorada por el juez que pretende la eficacia de su sentencia. De la misma manera, la realización de terapia bajo mandato a quien carece del sustento mínimo para concurrir a una sala de atención de la salud y, aún, la falta de turnos de un sistema colapsado también conspira contra la eficacia de las decisiones judiciales. El juez no puede estar ajeno a la realidad en la que opera si quiere que su sentencia sea cumplida.

[32] Refiere Arlie Russell Hochschild «el modelo posmoderno minimiza el valor de los cuidados porque la vida que hacemos en su marco nos enseña a reprimir la propia necesidad de cuidados» (p. 319) ejemplificando con los llamados «niños autocuidados» («children in self-care»), similares a los «niños con llave» («latchkey children»), término acuñado durante la segunda guerra mundial para designar a los niños cuyas madres trabajaban en industrias militares que volvían solos a sus casas con la llave colgando del cuello. Estos «superchicos» se cuidarían a sí mismos (pp. 317/8).

[33] Ariel Tófaló y Marisa Scardino, art. cit., p.135.

cuando se advierte una distancia entre enunciaciones y hechos: en la medida que haya desnutrición y muerte infantil a causa del hambre, el Estado incumple con las mandas constitucionales, y *dice* que no le importa la infancia, aún cuando la letra de las leyes que aprueba enuncie lo contrario^[34]. Tal como lo señalara Philippe de Dinechin: «*El defasaje entre la abundancia de derechos subjetivos y la situación real de la infancia muestra los límites de un derecho que no ha terminado de expandirse*»^[35].

3- Significa no contar con lugares y tratamientos adecuados, tanto para la salud mental como para las adicciones: En el primer caso, son numerosos los lugares del país —aún ciudades que, como Mar del Plata, exceden el medio millón de habitantes— en los que los psiquiatras con especialidad infanto-juvenil son escasos y donde no existen clínicas o, al menos, salas especiales para la atención y eventual internación del paciente agudo. En relación al tratamiento de adicciones, los Centros Provinciales de Atención —entidad del Estado que concentra la derivación a centros de tratamiento— se encuentran colapsados: entre la necesidad y el turno, a veces, pasan semanas. Esta es una realidad que, aunque incide más gravemente en los niños y jóvenes más pobres, atraviesa a todos los sectores de la población: aún aquellos que cuentan con obra social, las dificultades y demora para conseguir vacantes importan una verdadera denegación del derecho a la salud.

La anomia sigue presente como en la época colonial, sólo que no se trata, en este caso, de normas injustas o de imposible cumplimiento que justifiquen su inobservancia: El propio Estado ha decidido ratificar la Convención Internacional de los Derechos del Niño y, así, se ha comprometido a garantizar los derechos humanos del niño que ésta consagra. No es, entonces, la norma la que debe cambiar.

Cuando se advierte que los discursos legal y social se encuentran alejados, puede resultar una herramienta de valor el discurso judicial. En el anterior Congreso Internacional de Semiótica de Rosario (2007) refería Juan Magariños, a propósito de los discursos social, legal y jurídico, que la síntesis entre el discurso social y el legal se cumple en el discurso judicial: «*Éste asume el carácter de **enunciación**, en cuanto acto existencial que actualiza determinadas posibilidades del sistema jurídico. En cuanto enunciación, el discurso judicial se constituye en el inicio del envejecimiento del discurso legal que, por su carácter dual respecto del discurso social, reclama **una constante superación***». La anomia plantea un compromiso mayor al discurso judicial: no sólo se trata de la «constante superación» del discurso legal en relación al tiempo, sino de la efectividad de la ley.

Pero no son solamente las sentencias, como normas individuales, suficientes ni efectivas para paliar el estado de anomia: las políticas a favor de la niñez y de la juventud deben incluirse

[34] Ernesto Garzón Valdés, luego de recordar diversos casos centroamericanos de tráfico de niños para extirpar sus órganos, refiere «*esta tragedia se produce en el marco de países que celebran la consolidación de la democracia y reciben elogios de politicólogos y sociólogos por la línea de desarrollo que han sabido imponer a sus economías, con el supuestamente seguro avance hacia un mundo social más justo*» (aut. cit., «Desde la “modesta propuesta” de J.Swift hasta las “casas de engorde”», en «Derecho de los niños. Una contribución teórica, Isabel Fanlo (compiladora), Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, Méjico, 2004, pp. 201/2.

[35] www.iiicongresomundialdelainfancia.org

en la misma medida en que diariamente son incluidas en las declaraciones y en los dichos de los gobernantes. Son las políticas públicas que priorizan a la niñez las que deben dar efectividad a la norma. . Priorizar el derecho a la vida y a la salud, así como el derecho a la vida familiar de los niños y jóvenes significa elegir a la infancia en la asignación de recursos económicos, entre los muchos destinos posibles.

Walter Benjamín refería en la tesis Nro.9 sobre el concepto de historia, haciendo referencia a una acuarela de Klee, que la mirada del «ángel de la historia» debía ser como la de aquel «Angelus novus»^[36], arrastrado hacia el futuro pero con la mirada fija en las víctimas que iba dejando el progreso. Por eso, no puedo hablar del incuestionable progreso de la norma jurídica en la construcción del niño como persona sin recordar aquella mirada fija en una realidad ajena a tal progreso y preguntarme y preguntarles: nosotros ¿qué vemos?

[36] Reyes Mate, *Medianoche en la historia*, Trotta, Madrid, 2006, pp.155 y ss.