

Proyecto

**Exigibilidad de los DESC de la infancia y la
adolescencia.**

Una estrategia para la sociedad civil

Índice

Presentación	3
Capítulo I	5
I. Los compromisos del Estado con las niñas, niños y adolescentes en clave de derechos humanos	5
II. "Las obligaciones del Estado" cuando se refieren a derechos de la infancia y la adolescencia	9
III. Una premisa fundamental para el desarrollo de esta tarea: la búsqueda de la igualdad y el principio de no discriminación	14
Capítulo 2.	19
I. La identificación de los problemas cotidianos	19
Modificar el rol tradicional del poder judicial	20
Plantearle nuevos desafíos al Poder Judicial: cambiar la óptica	20
II.- Pasos a tener en cuenta en esta tarea	21
III.- Manos a la obra.....	28
Primer paso: Identificación y caracterización del problema.....	28
Segundo paso: Identificación y caracterización de la persona o personas afectadas	29
Tercer paso: Identificación de los posibles responsables	30
Capítulo 3	31
Componentes de la Estrategia	31
Capítulo 4	35
4.1- La experiencia de ANDHES. Un caso	35
El caso. Los hechos	36
Nuestra intervención.	38
La presentación	39
Obligaciones del Estado.....	40
El interés superior del niño	42
II. Desafíos.....	44
La falta de adecuación legislativa	45
Capacitación. La necesidad de transformar la visión de los operadores	48
La necesidad del funcionamiento articulado e integral del Estado.....	51
II.2. Potencialidades.....	57
El trabajo con Instituciones profesionales y académicas	57
Organizaciones de la sociedad civil: el trabajo en redes.....	58
Capítulo 5	61
Sistematización y resumen	61

Presentación

En la Argentina, la puesta en vigor de la ley 26.061 (Ley de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes), en octubre de 2005, y su posterior reglamentación por los decretos de abril de 2006, viene a completar un ciclo de reformas legislativas en donde la función estatal respecto de los derechos de las personas menores de edad se ha visto modificada sustancialmente. Este es el hecho que nos convoca como sociedad civil a pensar en la o las formas de aportar a este proceso y éste, el primero de muchos pasos en esa dirección.

Desde la ratificación por parte del Estado Argentino de la Convención sobre los derechos del Niño en diciembre de 1990, hasta la promulgación de la ley 26.061, pasando por la incorporación de aquel instrumento internacional de derechos humanos en nuestra constitución nacional, se ha avanzado mucho en lo referente a protección de los derechos de la infancia y la adolescencia. Hoy la sociedad civil cuenta con enormes herramientas para acompañar el diseño, la generación, y la implementación de políticas públicas tendientes a garantizar los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.

El acompañamiento de la sociedad civil en este proceso se torna fundamental, en tanto el andamiaje institucional del estado, que viene funcionando con una cierta dinámica por casi 100 años, no se verá modificado sencillamente por meras reformas legislativas y/o judiciales. Muchas serán las resistencias para adecuar dicho funcionamiento a un nuevo esquema de relación del mundo adulto con la/s infancia/s y la/s adolescencia/s, esquemas que, en muchos casos, se encuentran profundamente arraigados socialmente.

Por ello la importancia de generar instancias en donde, desde la Sociedad Civil, podamos acompañar esta tarea. Muchas de estas instancias se encuentran contempladas por el nuevo esquema legislativo, pero otras no; En el primer caso, nuestra tarea consistirá en conocerlas y agilizar su uso, mientras en el segundo caso es en donde debemos ser verdaderamente creativas/os.

Teniendo conciencia de que los derechos fundamentales de esta población se encuentran en un muy buen nivel de normativización, el presente documento tiene como objetivo transmitir cual ha sido la estrategia de **andhes** en este nuevo contexto.

Iniciaremos dando algunos aportes o visiones conceptuales y operativos (capítulos I y II), para luego, previa delimitación de ciertos componentes de la estrategia (capítulo III) utilizarlas en el marco de un caso concreto a los fines de ser lo más gráficos y didácticos posibles (capítulo IV). Sabemos que no hay formulas únicas en esta materia y la nuestra no busca ser sino una experiencia que puede servir de punto de partida para discusiones, que seguro serán la piedra de apoyo de luchas que oportunamente nos permitan acercarnos a mejorar la situación de esta población.

Capítulo I

I. Los compromisos del Estado con las niñas, niños y adolescentes en clave de derechos humanos

Los poco más de 10 años que transcurrieron desde la vuelta de la democracia en Argentina hasta la reforma constitucional de 1994, significaron enormes adelantos en materia de derechos humanos en nuestro país y sentaron las bases para que el marco de la discusión de los temas y el trabajo que cada uno o uno de nosotros realiza, se dé en un escenario particularmente desafiante y poco frecuente en el contexto latinoamericano¹.

En efecto, los pasos iniciales de ratificación de distintos tratados de derechos humanos, encarados por el primer gobierno democrático después de la dictadura militar más sangrienta que vivió nuestro país, fueron continuados por avances en materia jurisprudencial respecto de su vigencia y operatividad, y consolidados por la reforma constitucional de 1994, que termina por incorporarlos en el cuerpo mismo de la Constitución Nacional.

Esto ha marcado, de alguna manera, una transformación en el análisis que debe hacerse del funcionamiento del Estado, si por el mismo entendemos el andamiaje que debe procurar la realización de aquellos derechos que - conforme a su mandato esencial y fundante que es la Constitución Nacional, hoy complementada por los tratados internacionales de derechos humanos incorporados en el art. 75 inc. 22-, se les reconocen a cada persona que habita nuestro país.

Esto se debe a que el Estado, al comprometerse en materia de derechos humanos, contrae tres niveles de obligaciones:

¹ Si bien no todo fueron victorias, los retrocesos, aunque profundamente graves, pueden ser circunscriptos a ciertos ejes temáticos. Las leyes de Obediencia debida y Punto Final del Gobierno de Alfonsín y los indultos a los condenados por el Juicio a las Juntas del Gobierno de Menem, no obstaculizaron que se empiece a hablar de la vigencia de los compromisos internacionales asumidos a través de estos instrumentos, que fueron ganando lugar en las políticas públicas.

- de **respetar**: se refiere al deber de abstención del Estado de intervenir, turbar u obstaculizar, directa o indirectamente el disfrute de los derechos;
- de **garantizar**: determina el deber de los estados de adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias para asegurar el acceso al disfrute del derecho que se trate, sean éstas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales o de otra índole. Esta obligación a la vez, puede subdividirse en acciones tendientes a facilitar, proporcionar y promover.
- de **proteger**: se refiere a aquellas acciones que debe tomar el estado para prevenir que terceros interfieran en la realización de los derechos.

Ahora, debemos tener claro que a pesar de que no se trata de obligaciones distintas, durante mucho tiempo se ha entendido que las mismas no se configuran de igual manera cuando se refieren a derechos identificados como civiles y políticos, que cuando se relacionan con el efectivo cumplimiento de los derechos llamados económicos, sociales y culturales. Por ello, para hacer un análisis del estado de cumplimiento de las obligaciones del Estado, cobra enorme importancia tener claros los conceptos de no discriminación, progresividad y no regresividad.

Progresividad y no regresividad

La obligación de adoptar medidas, que establece el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, utilizando para ello el máximo de los recursos disponibles, nos lleva a analizar los alcances de la obligación que posee el Estado de mejorar progresivamente las condiciones de goce y ejercicio de los tales derechos.

Como consecuencia de esta obligación, un Estado no puede adoptar políticas o medidas legislativas, judiciales o de hecho que importen un empeoramiento de la situación, en cuanto al reconocimiento de derechos. Es más, no solo se trata de imposibilitar una actividad regresiva del Estado, sino que además importa el deber de mejorar progresivamente el reconocimiento de dichos derechos.

En este sentido el Comité DESC señaló *“El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”*.¹

En este sentido entonces, una vez que se ha demostrado el carácter regresivo de una norma o un acto estatal, acreditando que el grado de protección ofrecido por la nueva situación constituye un retroceso con respecto al existente con el status anterior, el acto se presume ilegal, y corresponde al Estado la carga de acreditar que, pese a ser regresiva, el acto está justificado.

Es más, las medidas regresivas “conllevan una presunción de invalidez”¹. La opinión experta entiende que estas medidas son válidas solamente cuando son justificadas bajo un *escrutinio estricto*: la carga de la Administración es alta, y en caso de duda, el Juez deberá inclinarse por la inconstitucionalidad. Se produce una situación análoga con las denominadas categorías sospechosas en caso de discriminación, donde el Estado establece categorías a priori (sexo, raza, religión, color, posición económica, etc.), por lo que la ley o medida se presume inválida y corresponde al Estado la demostración de la razonabilidad, legitimidad y legalidad de la medida.¹

En todos los casos, y aún con las sutiles pero esenciales diferencias con las que se mide el nivel de cumplimiento para cada tipo de derechos, el que se honre adecuadamente estas obligaciones será lo que determine el carácter de respetuoso de los compromisos internacionales de un Estado ante la comunidad internacional. Cada análisis, según la materia o el grupo de personas al que se refiera en particular, está a cargo de los diversos órganos de vigilancia originadas a través de los distintos tratados en materia de derechos humanos².

Si bien es entendible que cuestiones como “la responsabilidad internacional” aparezcan alejadas de lo que nos interesa conseguir en el “día a día” en aras de la mejora en la situación de los derechos humanos de las personas menores de edad, es también real que cada una de las normas insertas en los tratados internacionales de derechos humanos es profundamente general y, sobre todo, resultado de extensas negociaciones políticas que muchas veces le quitan al resultado de la misma, precisión y profundidad. Esto las hace poco sustanciales al momento de buscar traducirlas en propuestas concretas de políticas públicas para la infancia. Por ello es fundamental que incorporemos en nuestro trabajo cotidiano no sólo la norma o el derecho reconocido en el tratado internacional, sino también lo que sobre ellos se ha dicho por cada uno de estos órganos encargados de su interpretación y vigilancia, ya que esto hace a las “condiciones de su vigencia” y, por lo mismo, deben ser incorporados en el análisis de cumplimiento de cada derecho, conforme nuestros antecedentes jurisprudenciales.

² No es el objetivo del presente documento dar una visión acabada de los órganos de supervisión y cumplimiento de los distintos tratados de derechos humanos.

II. “Las obligaciones del Estado” cuando se refieren a derechos de la infancia y la adolescencia³

Ya teniendo la concepción clara de cuáles son los niveles de obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, resulta oportuno analizar cómo se concretizan esas obligaciones cuando se refieren a dar cumplimiento con los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Para ello es conveniente retomar una línea de partida en esta tarea: **un enfoque de derechos**⁴. Esto ha sido mencionado expresamente por el Comité de Derechos del Niño, cuando, al hablar de medidas generales de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño, enfatiza que *“los Estados han de considerar que su función consiste en cumplir unas claras obligaciones jurídicas para con todos y cada uno de los niños. La puesta en práctica de los derechos humanos de los niños no ha de considerarse como un proceso caritativo que consista en hacer favores a los niños”*⁵.

Este punto de partida nos señala que estamos ante acciones (de respeto, protección y garantía) que son obligatorias y no una acción voluntaria u opcional, ya que las personas menores de edad gozan de derechos establecidos legalmente que deben serles garantizados, más allá de la voluntad estatal de hacerlo.

Esto, a la vez se vincula con ciertas nociones que surgen también del marco dado por la CDN⁶. A saber:

³ En líneas generales seguiremos para el desarrollo de este punto el Manual de Programación de los derechos del niño de Save the Children, 2da edición.

⁴ Han sido muchas las agencias de Naciones Unidas las que han adoptado esta terminología para explicar la visión con las que plantean una forma de trabajo, y que se refiere a aplicar los principios y estándares de los derechos humanos. Ver: The UN Common Understanding (2003) en www.undp.org

⁵ NNUU, Observación General n° 5 del 2003, CRC/GC/2003/5, párrafo 11.

⁶ Si bien podemos habernos acercado pormenorizadamente a cada uno de estos conceptos es bueno que retomemos un breve marco conceptual de cada uno a los fines de tenerlos presentes en nuestro próximo punto de análisis, es decir la no discriminación

Universalidad: todos/as, sin distinción alguna, independientemente del género, la etnia, sus diferencias psicofísicas, sus condiciones sociales y económicas, creencias políticas o religiosas, tienen derecho a usufructuar de todos sus derechos en todo momento, incluyendo las situaciones de crisis, conflicto armado o desastre natural. Incluso, el respeto a la identidad cultural es un derecho que tienen todos los niños y las niñas que sólo puede combatirse cuando existan prácticas que dañen a los niños/as.

Indivisibilidad: el trabajo destinado al goce de todos sus derechos implica una visión holística. Se debe cambiar la práctica de pensar en cada niña o niño a través de la descripción de problemas que los afectan, por ejemplo: “la niña discapacitada y pobre”, “el niño trabajador”, “la adolescente adicta” y pensar en soluciones que impliquen otras acciones, más integrales o no necesariamente vinculadas con sus afecciones.

Inalienabilidad: todos los derechos de los que gozan son irrenunciables, por lo que no hay grupo de “chicos perdidos” por los que ya nada puede hacerse y se dejan al margen de toda planificación estatal.

Es todo ello lo que marca una notable diferencia con la forma de trabajar en el pasado, entendiendo por éste el período signado por la cultura tutelar, que ubicó a la política social en el plano de la filantropía o la beneficencia, y no en el plano de la obligatoriedad. Desde allí, el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes en tanto objetos de tutela y protección, por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

Durante más de 100 años, nuestro país generó una serie de políticas sociales, que si bien reflejaron características propias de cada momento socio-político, partieron de algunos patrones básicos de la caridad cristiana, posicionando a la clase dominante como benefactora de un grupo no visualizado como sujeto de derecho. Esta relación está caracterizada por ubicar al dador en el rol de “sujeto virtuoso” y al receptor en una situación de inferioridad.

Con estos pilares, tanto la inicial beneficencia religiosa, como la caridad laica que cala en el estado de inicios de siglos, se construyeron las bases de la política social argentina para la infancia. Frente a los niños, niñas o adolescentes pobres o faltos de contención familiar y la idea de “irregularidad” que representaban, se estableció la estructura estatal para la minoridad⁷. Dicha estructura da cuenta de la idea de que el Estado debía asumir una especie de “patria potestad estatal” respecto de los niños, niñas y adolescentes abandonados, irregulares o delincuentes, terminología que las leyes usan indistintamente para referirse a la infancia pobre o que por alguna razón se encontraba alejada de las identificaciones legitimantes de una subjetividad normalizada. Si la familia o la escuela no lograban su objetivo, quedaba la instancia estatal que respondía ante casos individuales a través de la tutela de la autoridad, en la mayoría de los casos, representada por el Juez, buen padre de familia.

La CDN, por el contrario, es el pie de apoyo para introducir una serie de modificaciones también y sustancialmente, es estos aspectos. Según la CDN, todas las personas menores de 18 años son niños (art. 1) y como tales son titulares de todos los derechos de los que son titulares los adultos, más un “plus” por tratarse de personas en desarrollo. Entre sus principios rectores reconoce el de autonomía progresiva, el interés superior del niño (principio vago que se fue interpretando posteriormente como el mandato por el cual ante cualquier conflicto entre derechos debe decidirse a favor de la mejor y más completa satisfacción de sus derechos), y el de no discriminación⁸.

Su principal complemento en nuestro país, la ley 26.061, tiene como objetivo la protección integral por parte del Estado de todos los derechos de esta

⁷ Para un adecuado desarrollo del tema ver “Tutelados y Asistidos”, Silvia Duschatzky (Comp.), especialmente Capítulos 2 y 3. *Tramas Sociales*, Ed. Paidós.

⁸ Reconoce además el derecho de todo niño a expresar sus opiniones en todos los asuntos que le afectan (art. 11); el derecho a la libertad de expresión, a buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de todo tipo (art. 13); el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión (art. 14); a la libertad de asociación y de reunión pacífica (art. 15); derecho a la salud, a servicios para el tratamiento de enfermedades y a la rehabilitación de la salud (art. 24); derecho a la educación (art. 28 y 29), el derecho de pertenecer a minorías étnicas, religiosas, lingüísticas o indígenas y de tener su propia vida cultural; el derecho a practicar su religión y servicio de su idioma (art. 30), a participar libremente en la vida cultural y artística en condiciones de igualdad (art. 31).

población, en función de que su ejercicio pueda ser pleno, efectivo y permanente (arts. 1 y 2). La misma establece un sistema integral de protección de derechos, que no es otra cosa que el conjunto de políticas públicas que los organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad, considerando a la niña, el niño y el adolescente como un sujeto activo de derechos, en un sentido integral de los mismos, y a lo largo de todo su crecimiento. Por lo mismo, impone a los organismos del Estado adoptar las medidas administrativas, judiciales, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, destinadas a garantizar la plena efectividad de los derechos y garantías fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.

Es decir que la visión del “trabajo para la infancia y la adolescencia” se modifica, ampliándose al punto que nos permite pensar que no hay medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos que no sean de alguna manera “concernientes” a los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Por esto el Estado debe garantizar la realización del mismo no sólo a través de las instituciones o políticas específicas y orientadas hasta ahora al efecto, sino que también debe procurarlo a través de una estrategia general que coordine todos los actores potencialmente competentes.

La infancia necesita un Estado que a través de cada uno de sus actores y en cada uno de sus espacios, la reconozca como parte y la haga acreedora de políticas sociales que llamen al cambio cultural que dicho reconocimiento significa⁹.

Este reconocimiento debe darse en todos los niveles, ya que los derechos son susceptibles de realizarse en cada ámbito en donde se desarrolle la vida del niño, niña o adolescente: en el ámbito familiar, en el escolar, en el barrio, en los centros de salud, en las calles, etc. Esto marca entonces dos premisas

⁹ Creemos, como dice García Méndez, que en pocas áreas de las políticas para la infancia se han concentrado tantos mitos como en el campo de los adolescentes en conflictos con la Ley Penal. La sociedad, la opinión pública ha sido especialmente anuente a interpretar a la adolescencia “delincuente” como un problema independiente de los sistemas jurídicos y administrativos que se planteen para su solución.

fundamentales: primero, deja de ser necesario que “una oficina” del Estado entienda exclusivamente en la situación que coloca al niño o niña en la necesidad de “protegerlo”, ya que cada ámbito debe ser un espacio de realización de derechos de esta población; segundo: las medidas tendientes a garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes pueden (y deben) estar distribuidas en todas las políticas públicas ya que de cada una de ellas se espera una protección efectiva de los derechos, como principio.

Así, todas las oficinas del Estado, desde el rol que les compete, deben estar preocupadas por satisfacer los derechos de esta población. Planteándolo de un modo sumamente simplificado podríamos decir que se le debe a todas las personas la satisfacción de necesidades básicas¹⁰; sólo a aquellas que evidencien una carencia de éstas se les brindara políticas de bienestar público; y únicamente a las personas en riesgo se les debe una protección especial. En esa dirección, la protección del derecho a la justicia y a las garantías judiciales (los derechos civiles según Gomez Da Costa) son debidas a cualquier niña, niño o adolescente que se encuentra en conflicto con la ley.

Si bien el contexto normativo antes señalado ha producido una transformación y ha traducido las “necesidades de la niñez” en derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales; no podemos afirmar que hayamos avanzado en la concreción de dichos derechos a través de políticas públicas.

Hoy, ello implica velar por reformas institucionales de gran envergadura - tales como reformas tributarias y de inversión social - que permitan generar condiciones de vida adecuadas para cada niño, niña y adolescente, lo cual implica, partiendo del respeto a la vida misma, tanto a la salud y a la alimentación, como a la integridad física, psicológica y moral a través del respeto, la dignidad, la libertad y la convivencia familiar y comunitaria. Dichas reformas también deben permitir procurar el desarrollo personal y social de

¹⁰ Por necesidades básicas nos referiremos al conjunto de requerimientos psicofísicos y culturales cuya satisfacción constituye una condición mínima necesaria para el funcionamiento y desarrollo de los seres humanos en una sociedad.

niños, niñas y adolescentes a través de la educación, la cultura, la recreación y la capacitación profesional; y ponerlos a salvo de todas las formas de situación de riesgo personal y social derivadas de la discriminación y negligencia como la violencia, la crueldad y la opresión.

Lamentablemente, al Estado le cuesta salir de una forma histórica de trabajar, aquella que buscó siempre la respuesta sólo a nivel particular y siempre mediante de lo que debería ser su herramienta más acotada: la intervención judicial.

El modelo “individualista” de “políticas sociales”, responde claramente a la búsqueda de protección de la infancia a través de la Doctrina de la situación irregular, y evidenció confusión, falta de resultados y hasta vulneraciones masivas de derechos fundamentales.

Frente a este modelo, se impone hoy una nueva forma de trabajar, coordinada y articuladamente por parte tanto de cada oficina del estado, así como de cada uno de los actores sociales relevantes, a los efectos de lograr que la democracia se vuelva una realidad.

III. Una premisa fundamental para el desarrollo de esta tarea: la búsqueda de la igualdad y el principio de no discriminación

Los principios de no discriminación e igual protección de la ley y ante la ley son pilares en todo sistema democrático y por ello, son bases fundamentales de los distintos instrumentos de protección de derechos humanos. Si bien la reiterada formulación de estos principios en dos artículos separados da muestra que no se refieren a exactamente lo mismo¹¹, la vinculación entre ellos es evidente y ha sido reconocida por numerosos órganos de control.

¹¹ A saber: el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos los reconoce en el 2.1 y 3, respectivamente; la CADH en el 1 y el 24, respectivamente. En la CDN esto se encuentra regulado en el artículo 2.2 y 2.1 respectivamente.

Incluso la Corte Interamericana al referirse dentro de su función consultiva a la Condición Jurídica y derechos humanos del niño, al respecto ha manifestado:

“[l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”¹²

Se los ha mencionado así como una base del sistema de protección de los derechos humanos a ser respetados tanto en las instancias internas como internacionales. Por ello, se desprenden obligaciones concretas para el Estado, que conforme la jurisprudencia del Sistema Interamericano de protección, tal como señalamos anteriormente, podemos enumerar inicialmente: respetar, garantizar y proteger.

Pero la realidad nos demuestra que hay situaciones en donde la intervención del Estado aparece, por lo menos intuitivamente, como necesaria para permitir el goce efectivo de ciertos derechos a ciertos grupos, tradicionalmente excluidos del mismo, o, por el contrario, la regulación de un derecho no implica un trato diferencial que coloca a un grupo en mejores condiciones que otro para el goce de cierto derecho. Ello por que no todas las diferencias de trato son discriminación ni siempre la igualdad significa trato idéntico. Existen ciertas distinciones que por ser legítimas, son calificadas de distinciones.

¹² Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, “La Condición Jurídica y derechos humanos del niño”, párrafo 45.

Esto ha sido también abordado por la Corte IDH determinando que no habrá discriminación si una distinción de tratamiento no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma. Éstos, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.¹³

Asimismo, se entiende que existen situaciones en donde el Estado debe realizar acciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación. El Comité de derechos humanos se ha atrevido a dar ejemplos:

“en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto”¹⁴.

Es decir que, ante un trato diferenciado que implique una diferencia en el goce de algún derecho respecto de otra persona o grupo, deberemos analizar si el mismo tiene:

¹³ Corte IDH, Opinión consultiva n° 4, párrafo 57.

¹⁴ NNUU, Observación general n° 18, no discriminación, párrafo 10.

- una **justificación objetiva y razonable**: se trata de que los argumentos que esgrima el estado para mantener la distinción analizada sean razonables a los ojos de cualquier persona (objetividad) que entienda los valores propios de un estado de derecho y de una sociedad democrática (razonable). Únicamente puede determinarse frente al caso específico.
- un **fin legítimo**: se determina el mismo cuando lo buscado por el estado con dicha medida es valioso en términos de derechos humanos y no responde a objetivos contrarios a las leyes.
- una **proporcionalidad entre fin y medios empleados**: se debe tratar de que la medida que provoca la distinción sea proporcional a los fines buscados, es decir que se busque entre las alternativas la que menos afecte a la persona humana en el goce de sus derechos. Es similar con lo que se entiende en el interés superior del niño.

Sólo si se dan estos elementos en el caso en estudio, estaremos ante una **distinción**. De lo contrario, estaremos frente a una **discriminación** que no es tolerable en los términos de derechos humanos y por lo mismo quedarán habilitadas todas aquellas vías que se han generado en nuestro país para enfrentar y dar fin a este tipo de situaciones.

Adicionalmente, cabe tener en cuenta que la discriminación tiene distintas formas de manifestación, directas e indirectas, y ambas deben combatirse. Así:

- Son manifestaciones ***directas de discriminación***, la adopción de normas discriminatorias o el incumplimiento de obligaciones positivas.
- Son manifestaciones ***indirectas de discriminación***, distinciones arbitrarias o desproporcionadas en la aplicación de normas, acciones, prácticas o políticas que a primera vista aparecen neutrales pero que, sin embargo, ocultan el impacto perjudicial que tiene sobre grupos en situación de vulneración.

Prevalece así el mandato de que no importa si hubo o no la intención de discriminar sino el factor objetivo que demuestra una desventaja a los miembros de un grupo en comparación con otros grupos de la sociedad. Se

deberá analizar entonces, en cada caso **el impacto respecto al grupo**. Esta es una variable que debemos tener especialmente en cuenta ya que hay en las estructuras sociales, firmemente arraigadas visiones de la infancia y de la adolescencia, estereotipadas, que condicionan muchas veces el goce efectivo de ciertos derechos establecido por leyes que no dan cuenta de ello.

Esto tiene especial importancia en los casos de las obligaciones que en materia de derechos humanos pueden ser cumplidas por parte del Estado de manera progresiva. Son las obligaciones que se refieren a los derechos reconocidos -de manera genérica, para toda la humanidad-, en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos sobre derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, la CDN también reconoce la posibilidad de dar efectividad a estos derechos progresivamente, hasta el máximo de los recursos disponibles y cuando así se requiera, dentro del marco de la cooperación internacional.

Si bien se han analizado en profundidad los conceptos de progresividad y no regresividad, incluso a la luz de lo dicho al respecto por el mismo Comité de DESC; el análisis de las políticas públicas para hacer efectivo algunos de dichos derechos a las personas menores de edad, adquiere un matiz diferente cuando se lo cruza con el principio de no discriminación. Esto debido a que si bien la obligación de hacerlos efectivos puede ser paulatina (progresividad), dando pequeños pasos, pero de firme de avance, esto no es así en cuanto a la obligación de no discriminación, que se trata de un derecho de cumplimiento efectivo.

En efecto, es ésta la idea que ha dado cabida a la exigibilidad de derechos económicos y sociales cuando los mismos se han litigado.

Capítulo 2.

I. La identificación de los problemas cotidianos

Los conceptos hasta ahora desarrollados aparecen, sin duda, como puntos en un esquema de funcionamiento ideal de las áreas con y frente a las cuales trabajamos. Sin embargo, no es difícil imaginar lo alejado que está todo esto de las instancias institucionales con las que nos encontramos día a día. Sin pensar siquiera en lo enraizadas que están las formas históricas de funcionamiento de cada institución del estado destinada a trabajar con y por los derechos de la infancia, la sola novedad de estas acciones ya nos hace suponer que deberemos sumarnos como actores impulsores del cambio.

En la materia que nos interesa, este nuevo marco normativo exige que se establezca un **Sistema de Protección Integral** de derechos de las niñas, niños y adolescentes en el **ámbito nacional, provincial y municipal**. Este implica, como mínimo que muchas de las oficinas de infancia cambien su forma de trabajar sustancialmente; éstas deben cambiar su funcionamiento tradicional de oficina de protección de personas (niñas y niños principalmente) que se pone en funcionamiento ante demandas puntuales y actúa en el marco de acción que le faculta la medida judicial, a nuevas oficinas de protección de derechos que deben actuar ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de esta población, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias, además de procurar políticas públicas generales para la población en su conjunto.

Es decir que ahora el eje debe estar puesto en las políticas públicas universales (salud y educación, seguridad social), las cuales deben ser apoyadas por la existencia de otro tipo de acciones mas focalizadas pero que apunten al fortalecimiento del niño o niña dentro del grupo familiar y su comunidad, en el ámbito escolar o en el sistema de salud.

Modificar el rol tradicional del poder judicial

Todas estas acciones deben realizarse desde cada una de las áreas competentes dependientes del poder ejecutivo, (educación, salud, promoción social), pero además la **autoridad administrativa de protección** debe tomar medidas de protección integral y, a su vez, se le delega a esta una decisión de neto corte jurisdiccional: la **medida de protección excepcional**.

Esto significa que no puede dictarse una medida excepcional si previamente no se han agotado las medidas de protección integral como primera respuesta. Así, esta Ley de protección integral de la infancia, limita para casos específicos la intervención del Poder Judicial: la revisión de la legalidad de la medida de protección excepcional, que dictará la autoridad administrativa, verificando que se haya tomado como último recurso y respetando las garantías del debido proceso¹⁵.

Este rol que la ley le otorga al poder judicial, es entonces manifiestamente diferente al que le era asignado por la Ley de Patronato de Menores que, imbuida en la doctrina de la situación irregular, otorgaba a los jueces plenas y casi ilimitadas facultades en todos los procesos en los que se referían o involucraban derechos de niños, niñas y adolescentes.

Plantearle nuevos desafíos al Poder Judicial: cambiar la óptica

La práctica judicial frente al Poder Administrador se ha modificado paulatinamente, en gran medida a raíz de la incorporación de los tratados de derechos humanos en la Constitución Nacional, lo que ha llevado a un aumento de la justiciabilidad en esencia de todas las cuestiones que afectan los derechos fundamentales de las personas. Ello nos posibilita plantearnos como un objetivo

¹⁵ Para ver mas sobre el caso argentino, ver NUEVO MARCO NORMATIVO PARA LA INCLUSION DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHOS. LEY 26061. Avila Maria Rosa y Noris Pignata. III Congreso Nacional de Políticas Sociales. **Disponible en** www.aaps.org.ar/3cong/agenda1.pdf.

el que el Poder Judicial adquiriera una mayor importancia en la concreción de los derechos sociales de las niñas, los niños y los adolescentes.

Es también este nuevo escenario, el que abona una nueva visión sobre el litigio de casos contra el Estado para ayudar o acompañar el cambio de las prácticas institucionales (tanto administrativas como judiciales) que obstaculizan, muchas veces por omisión, la concreción de esta nueva forma de trabajo.

En este sentido, y solo a modo de ejemplo, podemos hacer referencia al fallo de la Corte Suprema de Justicia Argentina en la causa “Verbitsky, Horacio s/ Hábeas Corpus”¹⁶.

II. Pasos a tener en cuenta en esta tarea

Es claro que la sola reforma legislativa no garantiza que años de funcionamiento desde una visión completamente distinta queden en desuso y olvido. Son justamente las *prácticas* de cada uno de los actores inmersos en la cadena de la intervención estatal las que deben transformarse para lograr el cumplimiento efectivo de los nuevos mandatos normativos.

¿Cuál es el rol de la sociedad civil?

Tamaño desafío despierta naturalmente en las organizaciones de la Sociedad Civil comprometidas con los derechos humanos de esta población, inquietudes por colaborar -desde su competencia- en este proceso. Es en este contexto que se hace necesario esbozar una estrategia de litigio o defensa para acompañar el

¹⁶ El Director del Centro de Estudios Legales y Sociales interpuso un habeas corpus correctivo y colectivo a favor de la totalidad de los detenidos alojados en establecimientos policiales superpoblados y/o en comisarías de la Provincia de Buenos Aires. Relató que los detenidos, incluidos mujeres y menores, padecían condiciones deplorables en tanto los calabozos estaban en un estado deplorable de conservación e higiene. La acción fue rechazada por el Tribunal de Casación Penal, quien consideró que debía analizarse cada caso en concreto. El accionante interpuso sendos recursos de nulidad de inaplicabilidad de ley, que fueron declarados inadmisibles por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Ante ello, el promotor del habeas corpus interpuso un recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la presentación directa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación por mayoría revoca la sentencia cuestionada.

proceso de transformación de prácticas institucionales.

Es decir que, a pesar de la enorme cantidad de injusticias que podemos observar, podemos encontrar la forma de aportar al cambio y la reversión de esta situación. Sólo debemos tener presente cada una de las herramientas que poseemos.

En ese sentido, ante el conocimiento de situaciones que evidencian vulneraciones de derechos humanos de niños y niñas -y sus respectivas familias - producto de la sinergia existente entre el poder judicial y el poder administrador, por ejemplo, es bueno plantearse una estrategia integral de trabajo. Máxime, si se analiza que ciertas instituciones fuertemente vinculadas con la problemática no juegan el rol activo que, podemos intuir, ayudaría a cambiar la situación.

Por ejemplo, una organización de personas que manejan recursos legales, puede plantearse una estrategia de litigio de un caso con el objeto de impulsar un nuevo trato entre el Poder Judicial y el poder Administrador; buscando, a la vez, establecer alianzas con estos otros actores para generar las condiciones de replicabilidad de la experiencia, generalizando el litigio de este tipo de casos.

Con ello, viene a cambiarse el paradigma procesal existente hasta este momento ya que el poder judicial se convierte en el garante de un orden constitucional que implica un gran número de derechos que deben ser abordados y efectivizados por leyes, políticas públicas y sistemas de justicias. Nótese que a través de la figura del amparo colectivo serán litigadas (es decir, llevadas ante los Juzgados) causas que se refieren a vulneraciones de derechos, generalmente, por fallas en las políticas públicas destinadas a su realización o por leyes que los desconocen. Debe incorporarse la visión de que, sobre todo a través de acciones que pretendieran proteger derechos colectivos, lo que se busca es que el Poder Judicial tenga un rol diferente del cumplido hasta ese momento. Se trata de que éste mute su rol tradicional (pasivo, en donde el juez

se encuentra sujeto al desarrollo que de la causa hagan las partes y dicte una sentencia para el caso puntual, con alcance limitado) hacia un rol más activo, en donde incluso, y por lo general, deberá compensar faltas de información que no poseen las partes actoras y experticias que él mismo no tiene, para dictar sentencias que tendrán por objeto regular acciones hacia el futuro.

Si bien hasta el día de hoy no existe la ley que reglamente este tipo de acciones, la Corte Suprema de Justicia ha entendido que esto no es obstáculo para que las acciones procedan, ya que de otra manera se estaría vulnerando el acceso a las vías judiciales, derecho reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Todo esto (cambio en la visión tradicional y falta de ley específica en la materia) nos habla de que no serán fácilmente abordadas, por las estructuras judiciales de cada uno de nuestros lugares, este tipo de causas. Esto, no debe ser entendido como un obstáculo, sino, por el contrario, como un incentivo que suma un ítem más a nuestra lista de razones para hacer el ejercicio de presentar este tipo de demandas.

Si bien la ley 26.061 allana mucho la tarea al reconocer el principio de efectividad y la posibilidad amplia de exigibilidad de cada uno de los derechos reconocidos en ella y en la Convención sobre los derechos del niño, las personas que trabajamos por los derechos de las niñas, niños y adolescentes en los territorios provinciales no tenemos por qué darnos por vencidos ante la evidencia que no tenemos una norma parecida a nivel local.

¿Qué debe incluir una actuación estratégica de las organizaciones?

Partiendo de que los derechos de los chicos son derechos humanos, las obligaciones concretas que esto genera deben ser cumplidas, conforme vimos, por autoridades estatales, ya sean provinciales, municipales o nacionales. Por todo ello, y no sólo en virtud del artículo 1 de la ley 26.061, podemos y debemos

poder acceder a un recurso sencillo y rápido que nos permita el reclamo ante cualquier acción u omisión que vulnere ilegal y arbitrariamente estos derechos (amparo). Adicionalmente también se habilitan estos recursos cuando la administración es requerida (generalmente con notas presentadas por escrito por mesa de entrada) y la misma no responde, supuesto que se conoce procesalmente como “amparo por mora”.

La necesidad de reclamos administrativos

Muchas veces la situación que identificamos como una vulneración de derechos humanos de los chicos es general y se debe a la inacción de un Ministerio, una Secretaría o una Dirección que funcionan dentro del Poder Ejecutivo (Nacional, Provincial o Municipal). Esto requiere que acudamos a la misma y por escrito (nota presentada en la mesa de entrada) le hagamos conocer que debe ocuparse del problema que está vulnerando derechos fundamentales de esta población.

Para ello, puede ser bueno recordar ciertas fórmulas.

Primero: debemos describir el problema lo más detalladamente posible.

Segundo: debemos evidenciar qué derechos no se están garantizando.

Tercero: debemos señalar porqué hacer lo necesario está dentro de sus funciones (siempre es bueno conocer las leyes o decretos que las enumeran una a una).

Cuarto: recordarle que su omisión, además en ser una falta de cumplimiento a los deberes de un funcionario público, se traduce en “un incumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado en materia de derechos humanos y por lo mismo corre en riesgo de incurrir en responsabilidad internacional”.

También es bueno pensar en que a este tipo de reclamos lo firmen o lo apoyen instituciones creadas para controlar el funcionamiento de la administración pública y defender los derechos humanos de las personas.

Pero debemos reconocer que todas las situaciones con las que nos enfrentamos no son iguales y por ello, no todo va a requerir el mismo remedio.

En ese sentido, no es igual la estrategia que utilizaremos para resolver el caso de una vulneración puntual, que requiere de una respuesta concreta y específica que aquella que utilizaremos si el caso a abordar representa una situación que afecta a todo un grupo y requiere, por lo mismo, una respuesta más amplia e integral.

Así, cuando exista una vulneración de un derecho fundamental (ya sea por efecto de una acción u omisión), si ésta afecta a un solo individuo o a un grupo de ellos, nosotros podremos decidir presentar una acción individual (litigio de caso testigo) o colectiva (litigio de alto impacto).

El litigio de un caso testigo, no apunta directamente a un cambio en las políticas públicas, lo hace indirectamente. Sin embargo, hay que resaltar que este tipo de litigio busca visibilizar una situación de violación de derechos generalizada, a partir de las cuales se identificarán los patrones comunes en ciertas prácticas que tiene el Estado. En tanto el litigio de alto impacto, es decir, aquél caso colectivo donde hay grupos de personas involucradas, se cuestiona directamente una política pública implementada y con ello se busca, de manera directa, lograr un cambio en dichas políticas.

Cuando el origen del problema es una ley

Muchas veces el origen del problema es una ley, ya que su vigencia afecta derechos humanos de las personas menores de edad y por lo mismo, entendemos que es inconstitucional. En esas situaciones deberemos llevar un caso puntual de afectación ya que en nuestro país no existe control de constitucionalidad en abstracto, sino sólo en casos concretos.

Aún así es bueno saber que al ser derechos reconocidos en la Constitución Nacional, son derechos que se vuelven operativos sin más. Cuando lo que se

deba atacar sea una ley en particular, debemos saber que hay algunas legislaciones provinciales (en Tucumán por ejemplo) en donde existe la acción declarativa de inconstitucionalidad (o similar) que permite, cuando estamos ante leyes denunciadas como inconstitucionales, cuestionarlas dentro de un plazo determinado desde su entrada en vigencia (en este caso, 30 días)

Los derechos de incidencia colectiva no se definen acabadamente a priori, inequívocamente, sobre todo porque la Constitución Nacional tiene derechos tipificados (artículo 41, 42 y 43) y no tipificados que forman la categoría de "*derechos de incidencia colectiva en general*". La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha entendido por tales incluso a derechos individuales en su dimensión colectiva: salud pública; seguridad pública. Es decir, que debemos tener en claro que podemos reclamar colectivamente ciertos derechos que tienen condiciones de ejercicio homogéneas en relación a la pluralidad de titulares.

Así, habrá casos en donde la solución que se solicita, aun cuando este se refiera a la situación de una sola persona, tiene incidencia en un colectivo porque el bien que se protege es indivisible (ej. el caso en donde pretendo una protección de un río por la afectación que el agua contaminada tiene en la vida del niño que decido proteger). Habrá otras, en donde lo que se solicita es la modificación de una política pública por los efectos que tiene en el grupo (ej. cuando no se tienen en la provincia plazas suficientes en las escuelas secundarias para los adolescentes que tienen edad de acceder a ella, siendo la educación secundaria un derecho fundamental reconocido legalmente). En estos casos deberé debatirme si presento una acción individual o una colectiva.

En general, las provincias han regulado y recogido la figura del amparo individual y muchas lo han hecho con el colectivo.

Un aspecto a tener en cuenta es la existencia de figuras creadas a los efectos de defender derechos humanos en general de toda la población, usualmente ante el poder administrador (Defensores o Defensorías del Pueblo) y en muchos casos, existen figuras similares pero abocadas a la defensa específicamente de derechos de niñas, niños y adolescentes. En estos casos es fundamental preocuparnos por la competencia de estos organismos, sobre todo porque en la generalidad de los casos tienen reconocida competencia para presentar acciones de amparo colectivas. En líneas generales, son aliados importantes, sobre todo en causas colectivas.

Por ello y en el marco de este trabajo de identificar posibles acciones de exigibilidad de derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, cada uno de nosotros y nosotras debemos ser capaces de identificar cuál es y cómo esta regulada dicha acción en nuestras provincias y sobre todo, cómo funciona en particular la misma para acceder a reclamos colectivos que nos permitan con una acción tender a solucionar la situación de vulneración que pueden padecer un determinado grupo o todo el colectivo.

Preguntas guía

¿Cómo identifico qué acciones para reclamar derecho fundamentales tengo?

¿Qué necesito para hacerlo?

Generalmente este trabajo es más fácil si encaramos el conocimiento del tema a través de preguntas de cuyas respuestas parciales saldrá la definitiva. Sólo para dar algunos ejemplos, podemos empezar por preguntarnos:

¿Cuál es el marco legal que existe? (¿Dónde busco esta información?)

Generalmente están reconocidos en las Constituciones provinciales y pueden estar reguladas en cuanto a los requisitos formales y los plazos para la presentación en leyes provinciales, de tipo procesales (leyes de amparo propiamente dicha o códigos procesales constitucionales o similar).

¿Está contemplada la posibilidad de presentar acciones a favor de los derechos de un grupo? ¿Proceden en general o sólo referidas a algunos derechos identificados como colectivos? ¿Quién puede presentarlas?
¿Qué requisitos debo cumplir? ¿En qué plazos debo presentarlo?
¿Que debo justificar para la procedencia de la acción?
¿Que pruebas me exigen? ¿Que pruebas tengo?
¿Que solicito?

III. Manos a la obra

Sobre la base de todo lo analizado hasta ahora, deberíamos poder analizar los problemas con una mayor amplitud; permitirnos hacer una determinación más conveniente de las personas afectadas, así como una identificación más acabada y precisa de los derechos vulnerados, el o los titulares de los mismos y los responsables hacia quienes deberíamos dirigir la acción. En base a esto deberíamos poder analizar entre todas las acciones posibles, la más conveniente para el caso en cuestión y detectar los posibles aliados, a fin de procurar sumarlos a nuestro trabajo.

Para repasarlo, imaginemos un problema y utilicemos todo lo visto con una serie de pasos:

Primer paso: Identificación y caracterización del problema

- ¿qué derecho se encuentra vulnerado?
- ¿cómo está formulando el mismo? Para ello deberemos repasar desde la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos hasta las leyes nacionales y provinciales.
- ¿Cómo ha sido interpretado el mismo? Para ello deberemos acudir a los esquemas de órganos de vigilancia y buscar información al respecto. Una buena estrategia es primero preguntarnos sobre si existen observaciones

generales al respecto del tema o si ha sido tomado en el Informe anterior sobre nuestro país. Si la situación es novedosa, podemos probar con buscar en países con realidades similares al nuestro. Por ejemplo: si la situación de seguridad afecta especialmente a los chicos pobres y quiero saber cómo ha sido tratado este problema en clave derechos humanos, puedo buscar también en países como Brasil.

- ¿El mismo se encuentra desconocido por un acto de discriminación?

Esto nos permitirá poder hacer una enumeración de derechos conforme estén reconocidos, recabando información sobre el mismo, necesaria tanto para la formulación de las causas de su vulneración, como para la explicación de por qué se da la misma. Adicionalmente, la información que consigamos sobre las formas de garantizarlo nos aportará ideas de cara a la propuesta de posibles soluciones.

Segundo paso: Identificación y caracterización de la persona o personas afectadas

- Este problema que quiero abordar ¿se trata de un caso que afecta a una sola persona o a varias?
- Si los sujetos afectados son varios, ¿lo son porque pertenecen a un grupo afectado por una única situación, determinable (alumnos de la escuela Juan XXIII que no tienen profesor de Historia)? O ¿son personas que no alcanzo a determinar y conocer pero que se definen por la pertenencia a lo que defino como una categoría (personas en edad escolar de entre 13 y 15 años que en el Municipio tal no tienen escuela secundaria)?

Esto nos permitirá identificar qué acción, administrativa o judicial, utilizar ya que si se refiere a un caso puntual, la respuesta es mucha más sencilla que la requerirá un amparo colectivo para el rediseño de una política pública discriminatoria de los derechos de todo un grupo.

Tercer paso: Identificación de los posibles responsables

- ¿Que autoridad estatal debería hacer efectivo este derecho?
- Este derecho ¿se podría ver efectivizado por una obligación de respeto, de protección o de garantía?, ¿se origina por una acción o por una omisión?
- ¿Es una ley la que origina la vulneración o es una práctica institucionalizada en el poder administrador? ¿Es una práctica judicial debido al desconocimiento?
- ¿Qué autoridad (o autoridades) o qué poder (o poderes) del Estado está en falta?

El análisis propuesto busca desentrañar frente a quienes deberemos accionar y cuáles podrían ser las posibles causas para diseñar las acciones en función de lo que buscamos conseguir o modificar.

La información que obtengamos de cada uno de estos pasos nos ayudará tener fundamentos, pero sobre todo a analizar si, entre otras acciones típicas de incidencia, podemos realizar:

- acciones o reclamos administrativos: destinadas a solucionar situaciones de tipo sencillas, puntuales, sobre todo de omisión, que afectan a un sujeto o a varios;
- acciones o reclamos judiciales individuales: convenientes cuando la situación es un tanto mas complicada ya sea porque la omisión del poder administrador persiste o hay una situación de emergencia que no es contemplada o se está haciendo uso de una ley vulneradora de derechos en el caso concreto, por ejemplo;
- acciones o reclamos judiciales colectivos: necesarios en casos en donde la omisión es más grave y debe ser solucionada con la implementación o modificación de una determinada política pública al respecto, la declaración de inconstitucionalidad de una ley o la reforma de una legislación.

Capítulo 3

Componentes de la Estrategia

A propósito del desarrollo que se hará en el próximo capítulo, sobre la estrategia de **andhes** para el trabajo en niñez y adolescencia, resulta pertinente en primer lugar delimitar algunos ejes de la estrategia general de incidencia con la que nuestra organización trabaja.

La visión de “incidencia” con que abordamos nuestra tarea no se limita exclusivamente al desarrollo de un programa o proyecto concreto, sino que se refiere a la globalidad de las relaciones que la organización entabla con el medio. La estrategia de incidencia que planteamos incluye acciones diversas. En ese sentido hablamos de “incidencia en lo público” incluyendo tanto actividades dirigidas al ámbito público-estatal, como también a la sociedad civil organizada y no organizada.

Si bien la amplitud señalada no nos permite ser exhaustivos en cuanto a una descripción de las actividades y acciones que dicha estrategia de incidencia implica, es posible señalar algunos elementos centrales o guía que hacen a la forma en que nuestra organización incide en las problemáticas de la infancia.

1. La relación con el Estado

En la estrategia de trabajo que se plantea en este documento, el tipo y las formas de relacionamiento con el estado no corren necesariamente en un solo sentido, ni se encuentran cristalizadas como principios.

Es posible encontrar matices entre distintas administraciones estatales, en relación a diferentes variables, las cuales podrán afectar en mayor o menor medida nuestra forma de trabajo en relación con el Estado. Resulta sin embargo

importante señalar algunos elementos que nuestra estrategia adopta a la hora de analizar su trabajo en relación con el estado.

Como un punto esencial, nuestra estrategia implica un trabajo fundamentalmente autónomo en relación al estado. Autonomía en función de la cual resulta posible, desde una perspectiva que considera al estado como garante principal de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; desarrollar un trabajo de control desde la sociedad civil; incluyendo desde el seguimiento y señalamiento al estado sobre ciertos puntos, hasta la denuncia -en distintos niveles- de violaciones a derechos.

Esto no significa, sin embargo, dejar de lado cierto tipo de colaboración y apoyo al estado que consideramos sumamente importante, en función del fortalecimiento institucional, en primer lugar mediante la utilización de las vías formales y canales de participación establecidos. Y, por otro lado, mediante acciones que pueden ir desde el asesoramiento en el diseño de políticas públicas, hasta actualizaciones y capacitaciones a agentes y operadores del propio estado.

2. La relación con otras organizaciones

Como esperamos quede claro en el desarrollo de este documento, la metodología de actuación, en su plano más práctico, quedará en gran medida determinada por el caso concreto. Sin embargo, en un nivel más amplio de la estrategia, existen acciones que resulta importante señalar:

2.1. La integración de redes¹⁷, resulta una experiencia sumamente enriquecedora y productiva a la hora de encarar acciones de incidencia. El

¹⁷ El *Colectivo por los derechos de la infancia y la adolescencia* incluye a diversas organizaciones del país: ADI - Asociación para los Derechos de la Infancia ADI - Córdoba ANDHES (Abogados y Abogadas del Noroeste Argentino en Derechos Humanos y Estudios Sociales) Asociación Anahí Asociación Azul Cátedra Libre de Derechos Humanos - UBA Asociación civil El Arca FEDEM (Federación de Entidades No Gubernamentales de Niñez y Adolescencia de Mendoza) Fundación Ayuda a la Niñez y Juventud Che Pibe Asociación para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos Xumek Fundación Hacer Lugar Instituto Adiana Mesa Permanente por los Derechos de los Niñ@s y Jóvenes de Río Cuarto Pelota de Trapo Red de Organizaciones Barriales Enrique Angelelli Fundación S.O.S. Infantil Asociación Civil Sueños del Sur Asociación civil Surcos Hueche, Gente Joven Cuenta Palabras - Movimiento de Expresión Libre Foro de Niñez y Familia de Córdoba Coordinadora de Trabajo Carcelario Red Buhitos Fundación Convivir PRADE (Práctica Alternativa del Derecho) APDH Formosa

intercambio de experiencias y realidades, que contribuye a una amplitud en la visión de la problemática, con la consecuente integralidad y peso en las acciones conjuntas son elementos altamente valiosos para el emprendimiento de acciones de incidencia.

Esta integración de redes, incluye desde la coordinación de agendas y acciones entre las distintas organizaciones, hasta la ejecución conjunta de proyectos entre todas, o algunas, de las organizaciones que componen dicha red.

Al mismo tiempo, resulta importante indicar las escalas en las que esa integración de redes o ejecución conjunta de proyectos puede desenvolverse. En un primer nivel puede plantearse la importancia de integrar redes o alianzas a nivel regional; mientras resulta más estratégica la conformación -en un nivel superior - de redes a nivel nacional.

No se trata, sin embargo, de una articulación que se desenvuelva en forma natural y sin complicaciones. En muchos casos el principal problema para una productiva coordinación de estas características está dado por la falta de recursos específicamente destinados a dicha articulación.

El fortalecimiento a asociaciones de segundo grado – Inserción territorial.

Se trata de procurar un trabajo articulado con organizaciones de base que tengan una inserción cierta en el territorio. Este tipo de vinculación tiene el doble beneficio de contar con diagnósticos certeros, surgidos de la cotidianeidad de las problemáticas locales; así como la sustentabilidad que posibilita el desarrollo de acciones y herramientas elaboradas específicamente por y para dicha comunidad (empoderamiento).

3. El trabajo ante la opinión pública.

No menos importante resulta darle visibilidad a la temática con la que se trabaja. El trabajo en esta dirección parte de la premisa de que resulta necesario que la sociedad conozca, se apropie y ponga en discusión las problemáticas abordadas, dejando de lado el hermetismo elitista característico del trabajo de muchas organizaciones de la sociedad civil.

En este punto, resulta crucial contar con aliados en medios de comunicación (masivos, alternativos, etc.) que faciliten la instalación del tema en la agenda pública.

Finalmente, la presencia recurrente de una organización denunciando y problematizando seriamente situaciones vulneratorias de derechos, implica a la larga un reconocimiento, un posicionamiento y una legitimidad importante a la hora de trabajar en el medio local.

4. RRHH - Saber técnico – especialización

La importancia de los resultados del trabajo que encaramos, así como la pertinencia de las soluciones propuestas, dependen (entre otros factores) de la calidad del análisis previo de las problemáticas que se abordan. Esos análisis son infrecuentes en el ámbito del derecho, por lo que, uno de los principales desafíos para **andhes** es desarrollar material de investigación, desde un enfoque integral de las Ciencias Sociales, que sirva de apoyo a acciones propias y de otras organizaciones de la sociedad civil.

En este sentido, resulta crucial contar con Recursos Humanos especializados, procurando además su permanente capacitación y actualización.

Capítulo 4

4.1- La experiencia de ANDHES. Un caso

andhes (Abogados y Abogadas del Noroeste Argentino en Derechos Humanos y Estudios Sociales) es una organización no gubernamental que tiene como misión contribuir al cambio social basado en la plena vigencia de los derechos humanos y la democratización de las relaciones sociales, a través de la educación y defensa de estos derechos y la incidencia en políticas públicas. Respecto a esto último busca transformar las prácticas en los tres poderes del Estado e involucrar a la sociedad civil para lograr la plena vigencia de estos derechos.

La exigibilidad por parte de la sociedad civil hacia el Estado, a fin que este garantice de manera integral el ejercicio de todos los derechos es fundamental para lograr el cambio referido.

La estrategia de trabajo de ANDHES en materia de niñez y adolescencia, incluye distintos tipos de acciones y se desarrolla en diferentes ámbitos territoriales (provincial, regional y nacional). Dichas acciones implican un trabajo con la sociedad civil organizada, instituciones académicas, profesionales y los tres poderes del Estado.

Enmarcado en el trabajo sobre la institucionalización de niñas y niños por causas asistenciales que estaba realizando **andhes** en la región del NOA en el año 2005 nos encontramos con casos e intervenciones estatales no adecuadas al marco constitucional de nuestro país, e incluso violatorias al nuevo marco normativo nacional recientemente aprobado (Ley 26.061).

Así es como llegó a conocimiento de la organización el caso que aquí presentamos, en donde se ponía en evidencia las vulneraciones de derechos humanos de niños y niñas - y sus respectivas familias - producto de la nula sinergia entre el poder judicial y el poder administrador. Este cuadro de

situación se agravaba al analizar el rol que cumplían ciertas instituciones, fuertemente vinculadas con la problemática, en cuanto a la ausencia de acciones necesarias para garantizar el acceso a la justicia de estas familias. Las limitadas acciones resultaban acríticas y poco comprometidas con el cuestionamiento que debía hacerse - una y otra vez- con prácticas vulneratorias de derechos.

El caso. Los hechos

Andhes planteó una estrategia de litigio de un caso con el objeto de impulsar un nuevo trato entre el Poder Judicial y el Poder Administrador; al tiempo que procuró establecer alianzas con estos otros actores en la búsqueda de replicabilidad de la experiencia, con el objetivo de generalizar el litigio constante de este tipo de casos, en la línea argumental antes planteada.

El caso que se planteó fue el siguiente: La Sra. Sánchez tiene 6 hijos de 2, 5, 7, 9, 11 y 13 años de edad respectivamente, es desempleada y cobra una ayuda social mínima, insuficiente para mantener a su familia. Presenta un cuadro de total depresión, debido a que falleció su madre, con quien convivía, y no cuenta con el respaldo del padre biológico de sus hijos, quien se encuentra preso.

Debido a una denuncia por desatención y descuido de sus hijos, en el año 2003, su situación es conocida por las autoridades de la Dirección de Familia y Minoridad, por lo que se comienza a realizar - desde un programa dependiente de esta institución - un seguimiento de su situación, lo que puso en evidencia la situación de extrema pobreza en que se encontraba la familia (vivían todos los hijos e hijas y la Sra. en una casilla de dos habitaciones, en la cual solo había dos camas, y se encontraba en pésimas condiciones de higiene). Sin embargo también quedó de manifiesto que la Sra. poseía las capacidades para cuidar de sus hijos (es decir que su rol de madre no se encontraba cuestionado).

Este seguimiento significó la realización de entrevistas por parte del personal del gabinete psicológico de la Dirección de Familia y Minoridad, cuyos informes

pusieron en evidencia la situación de depresión en la que se encontraba la Sra. Sánchez, al mismo tiempo que la preocupación por que sus hijos sigan a su lado.

Si bien se recomendó que esta madre recibiera un tratamiento psicológico, ello sólo fue posible de realizarse durante un par de meses ya que posteriormente, debido a que el programa de la Dirección de Familia y Minoridad fue cerrado, no pudo seguir recibiendo atención psicológica ni acompañamiento de ningún otro tipo para llevar delante de la manera más adecuada su función materna y familiar. Es decir que madre e hijos fueron literalmente abandonados por el Estado.

Posteriormente y siguiendo los consejos de los profesionales que la atendieron, su hija de 11 años fue recibida en un instituto y sus otros dos hijos (de 9 y 13) en otro, quedándose ella solamente con sus dos hijas menores, de las cuales podía costear su manutención. La Sra. Sánchez cumplía al pie de la letra las visitas a sus hijos en los institutos. Un día, en una de las visitas, personal del instituto le informa que se tenía la intención de institucionalizar a sus otras hijas menores, razón por la cual ella retiró a sus hijos de los institutos y se fue de la provincia. Se instaló en la ciudad de Pocitos (provincia de Salta), donde los niños comenzaron nuevamente a ir a la escuela, pero ante el fuerte sentimiento de desarraigo, decidió regresar a la provincia de Tucumán.

Volvió a la provincia en el año 2004 y comenzó a trabajar como empleada domestica, compro una casita y se instalo en un barrio humilde de la ciudad. Al poco tiempo su situación económica empeoró, y por una acción de depósito de persona iniciada por la Defensora de Menores, 4 de sus hijos fueron institucionalizados (Se debe señalar que la medida estaba dirigida a todos los hijos/as pero los dos mayores escaparon en el momento de que la misma se hacía efectiva).

A partir de allí, la mamá se presentó al Juzgado solicitando que sus hijos le sean restituidos, y que mientras tanto se le permitiera visitarlos en los

institutos; así como también solicitó ayuda en distintas instituciones estatales a fin de mejorar su situación económica.

Nuestra intervención.

En este momento, tomó contacto con **andhes**. El relato y la verificación de los hechos, nos impulsó a abordar este caso, en el cual se planteaba una clara situación de judicialización de la pobreza, y en donde la intervención del Estado se había realizado de manera manifiestamente negativa, traduciéndose en una violación de derechos.

Lo primero que se buscó fue poner en evidencia que la Dirección de Familia y Minoridad (es decir, una institución del órgano administrador) al tomar conocimiento del caso no realizó las acciones correspondientes en este tipo de situaciones. Es decir, en lugar de intervenir por medio de acciones positivas, mediante medidas tendientes a brindar al grupo familiar el apoyo y asistencia necesaria para desarrollar la convivencia familiar en forma digna, y acorde con los derechos de los niños y niñas a desarrollarse y contar con un nivel adecuado de vida; su primera intervención fue manifiestamente violatoria de derechos del grupo (institucionalizar a los niños y niñas).

Aún más, la evidente voluntad de esta mamá en la búsqueda de soluciones a su gravosa situación se manifestó en la persistente averiguación de alternativas. Así por ejemplo, la Sra. Sánchez inició los trámites a través de la Secretaria de Derechos Humanos de la Provincia para acceder a ser beneficiaria del Plan Provincial de Vinculación Familiar, a efectos de obtener una vivienda. Para ello debió también gestionar particularmente los documentos de identidad de sus hijas más chicas, cubriendo una tarea que debiera haber sido realizada por el propio estado, en tanto las niñas ya se encontraban institucionalizadas.

Ante esta situación, para solucionar cuestiones como las que se planteaban de carencias materiales (vivienda digna, estructura edilicia adecuada, etc.) el

estado utilizó como primera medida la institucionalización de los niños y niñas, sin tener en cuenta que la misma avanza indiscriminadamente sobre los derechos más esenciales -e invaluable en términos económicos- de los niños, niñas y adolescentes (tales como la libertad personal y el derecho a vivir en familia y en comunidad); además de una serie de vulneraciones que se agregan a causa del proceso judicial. La actuación por parte del Estado se tradujo así en una sanción y una pena para todos los miembros de esta familia. Además de darse en un marco casi total de coacción -ya que la Sra. Sánchez no tuvo siquiera la posibilidad de esgrimir una mínima defensa y participar del diseño de la solución del problema que el Estado buscaba erradicar- cuya única medida fue la de privar de libertad a los niños y niñas.

La presentación

En la presentación realizada por **andhes** en el expediente judicial se puso de relieve que en el caso era directamente aplicable la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (incorporada a nuestro derecho positivo por la ley 23.849, conforme al art. 75 inc. 22 de la C.N.); y que, tal como señalamos anteriormente, la Convención recepta la doctrina de la protección integral de derechos del niño, siendo el primer instrumento, a nivel internacional, que le otorga a las personas menores de edad la titularidad, el goce y ejercicio, no solo de los derechos civiles y políticos, sino también de derechos económicos, sociales y culturales, al reconocerlos como ciudadanos.

Si bien en este caso son de aplicación varios de los artículos de la CDN, fundamentalmente cobran relevancia aquellos relacionados con el derecho que tienen los niños de crecer en libertad y contenidos por su familia, derechos que deben ser garantizados especialmente por el Estado.

Lineamientos seguidos en la presentación

Obligaciones del Estado

En tanto se encuentra reconocido que los derechos consagrados en la Convención no son programáticos -aspiraciones de deseos a lograr- sino operativos, y requieren comportamientos que los garanticen¹⁸; la CDN resulta el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado.

Por todo esto, la idea de que el Estado intervenga, aún bajo la excusa de garantizar derechos, tiene límites claros en no avanzar (so-pretexto de esta protección) sobre derechos fundamentales de cada una de las personas involucradas en la situación en estudio.

Ante situaciones como la que aquí estamos analizando, el límite debe ser dado por el Poder Judicial, a través de la reformulación de las medidas que se ordenan cuando ellas son vulneratorias de derechos, a los fines de procurar el máximo nivel de realización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", de fecha 3 de mayo de 2005, ha sostenido:

“Que a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicializable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se

¹⁸ Cámara Nacional Civil, Sala H, 30-6-95, "PMS y otro c/ CJM s/ alimentos".

argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad.

No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas”.

Andhes puso entonces de relieve, que la institucionalización es una medida que desconoce la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual en sus arts. 8, 9 y 18 es contundente al proteger la vida en familia de los niños, niñas y adolescentes. De hecho, expresa que: “Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos (...) sus relaciones familiares, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas”. También “a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos; y a no ser separados de sus padres en contra de la voluntad de estos, excepto cuando sea necesario en el superior interés del niño”.

La protección de la familia se encuentra reconocida también en otros tratados internacionales con jerarquía constitucional tales como el Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos aprobado en el ámbito de las Naciones Unidas que en su Art. 23 establece: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11.2) es tajante cuando señala que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada o en la de su familia”.

Nótese que sólo hay un caso en donde la separación familiar se plantea como posible dentro de la CDN y es cuando la separación sea lo más conveniente en virtud del interés superior del niño. Incluso esto no debe entenderse como habilitante de la institucionalización, sino que plantea la búsqueda de alternativas a los fines de lograr la mejor situación posible para la garantía de los derechos del niño, en la búsqueda de su máximo interés.

El interés superior del niño

El concepto de “interés superior del niño” es muchas veces mal interpretado, y utilizado como justificativo para tomar medidas que, en realidad, son avasallantes de los derechos del niño. Amaya Renobales Barbier, en su trabajo titulado “Buenas Practicas en Materia de Justicia Penal para Adolescentes en America Latina” expresa:

“El principio del interés superior del niño nos obliga a considerar todos los derechos recogidos en la CDN y buscar su cumplimiento al momento de tomar cualquier decisión que afecte a la niñez (...)

Esto significa que no podremos utilizar el “interés superior del niño” para justificar la violación de un derecho de un niño o niña, en aras de la supuesta garantía de otro derecho del mismo sujeto.

Habrá que buscar soluciones respetuosas de todos los derechos al mismo tiempo, siempre que ello sea posible; fundamento suficiente para no aplicar el sistema de justicia penal a aquellos niños, niñas y

adolescentes que no han cometido ningún delito, pero que necesitan de la protección del Estado.

Una correcta interpretación de este principio, nos obliga a buscar soluciones respetuosas de sus derechos para restituir precisamente aquellos que fueron vulnerados. Pero el principio nos ayuda, no solamente a ver con más claridad la separación existente entre justicia y protección, sino también a entender de forma integral la CDN y, así tener en cuenta todos los derechos reconocidos a los niños y las niñas, los cuales siguen vigentes a pesar de que hayan cometido un delito y se encuentren inmersos en un procedimiento penal. Este procedimiento deberá contemplar y respetar los derechos de la niñez en todo momento evitando a toda costa la restricción de cualquiera de ellos”.

Definiendo por la negativa, nunca el interés superior del niño puede devenir en algo diferente a la adopción de medidas que aseguren la máxima satisfacción posible de sus derechos, lo cual claramente no se cumplió en el caso que analizamos, en tanto el Estado pretendió proteger a través de la medida de institucionalización, la cual parte de la privación de libertad de la persona “a proteger”. Ninguna decisión del Estado respeta el interés superior del niño si no da protección efectiva a los derechos que se entendieron o identificaron como vulnerados y cuesta mucho entender que se protejan derechos como a la higiene o la salubridad so pretexto de desconocer el derecho a vivir y crecer en familia y la libertad personal.

Efectivamente existe la obligación del Estado de brindar asistencia apropiada a los padres para la crianza de sus hijos, establecida en el art. 18 inc. 2 de la CDN, la cual debe leerse conjuntamente con el artículo 5 (derechos y deberes de los padres y la familia, y evolución de las facultades del niño) y los artículos 3.2 y 27 (deber del Estado de proporcionar asistencia a los padres para asegurar al niño protección y un nivel adecuado de vida). El Comité de Derechos del niño ha dicho al respecto:

“El Estado debe ayudar a las familias donde se ha comprobado que existe un riesgo de ruptura, con medidas tanto prácticas (ventajas fiscales, alojamiento, guarderías, ayudas al hogar, equipamiento, etc.) como psicológicas. Así, el Comité ha recomendado:

... continuar y reforzar el apoyo a las familias, por ejemplo, mediante la ayuda en la producción agrícola y la asistencia jurídica y financiera para obtener vivienda adecuada y tierras, y el asesoramiento para resolver los problemas.” (Burundi CRC/C/15/Add.133, párrafo 47)”

La sentencia

Como resultado de las intervenciones de **andhes**, en la línea antes señalada, se logró efectivamente la restitución de los niños al seno familiar, objetivo central de su mamá.

Sin embargo no fue conseguido el objetivo de más largo alcance, de cambiar los modos de intervención del órgano administrador. Si bien el juez interviniente recomendó a la Dirección de Familia y Minoridad que se brinde la atención necesaria, atento a las carencias evidenciadas en la familia, esta dependencia no realizó ninguna medida en esa dirección, dejando una vez más de manifiesto que ante casos de problemáticas sociales no cuenta con medidas alternativas a la institucionalización.

II. Desafíos

El propósito de este apartado es poner en evidencia algunos de los desafíos frente a los que nos podemos encontrar cuando trabajamos sobre acciones de exigibilidad de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Estos desafíos se pueden presentar a modo de obstáculos a vencer, o de potencialidades, que debemos saber aprovechar.

La falta de adecuación legislativa

Uno de los principales obstáculos con los que nos podemos encontrar en el camino, en la búsqueda de la realización de los derechos de la infancia, es la existencia de legislación que no sea respetuosa de los derechos de este colectivo, sino que, basada en la doctrina de la situación irregular, avasalle los derechos so pretexto de protección.

En nuestro país hasta el año 2005, estuvo vigente la ley 10.903, de Patronato de Menores. Esta ley, y todo el aparato jurídico que se crea en su consecuencia, focalizaba su atención en la protección de los niños pertenecientes a determinadas categorías, las cuales son determinadas según una óptica negativa, desde lo que carecen. Así, se habla de niños privados de libertad, maltratados, abusados, marginales, etc.

Estas normas respondían a la filosofía que tiene la característica de considerar a una porción de la niñez, posteriormente denominados menores en situación irregular, como un objeto de la protección, el control y la representación por parte del Estado y de los adultos en general.

Se trata de “leyes de menores” que no se estructuran a partir de la diferenciación jurídica entre adultos y no adultos, sino en una radical separación entre dos tipos de infancia: la que gracias a su protección familiar tiene sus derechos satisfechos y aquella que no los tiene porque no goza de las mismas posibilidades. Los primeros quedan al margen de las previsiones de la ley, sólo la familia que lo rodea es la encargada de su cuidado y de velar hasta que sea mayor. Desde esta perspectiva, recién cuando el menor adquiere la mayoría de edad será visto como un sujeto completo. Mientras tanto a los segundos se los “cuidará y protegerá”, y se controlará su conducta a través de los mecanismos judiciales y administrativos que la ley crea y reglamenta, y que tratan de compensar el sistema social y familiar.

El otro aspecto sobre el que gira el sistema tutelar de menores es la idea de que el Estado debía asumir una especie de "patria potestad estatal" respecto de los abandonados, irregulares o delincuentes, terminología que las leyes usan indistintamente para referirse a los denominados menores, es decir, a la infancia pobre y marginal.

Estas leyes de menores tienen por objetivo constituir un poder de los adultos sobre los niños que reemplace el poder que las leyes civiles otorgan a los padres y que éstos no ejercen por encontrarse inhabilitados "moral o socialmente".

La concepción de "otro" como objeto o súbdito, antes que como sujeto con derechos (menor o imputado), la oficiosidad en la actuación judicial, el secreto y el expediente escrito, la concentración de todas las funciones en una sola persona (juez-padre-acusador-decisor-defensor), cuestiones morales y religiosas fundamentando las decisiones judiciales, la privación de la libertad como regla bajo el nombre de medida de internamiento o prisión preventiva, son medidas compartidas tanto por el procedimiento inquisitivo como por el procedimiento previsto por las leyes que responden al modelo tutelar.

A partir de las declaraciones del derecho internacional sobre los derechos de los niños fue que se logró, de a poco, la modificación del derecho interno de los distintos países. Es con la Convención de los Derechos del Niño que se contribuye a inaugurar la idea de que el niño, todo niño, es sujeto titular de derechos autónomos y no de meros intereses que terceros están llamados a tutelar.

La regulación internacional en la materia de derechos de la infancia vino a intentar paliar el sistema que imperaba en la generalidad de los países, y que estaba basado en la doctrina de la situación irregular, que en la práctica no hacía más que coartar los derechos que aún constitucionalmente estaban reconocidos para los niños, niñas y adolescentes. Es por ello que esta

regulación internacional viene a afianzar el paradigma que debió imperar como resultado de una correcta aplicación de las bases constitucionales.

El nuevo modelo que se inicia a partir de la CDN, representa al niño como sujeto titular de los mismos derechos que le corresponden a los adultos, más un “plus” de derechos específicos que les corresponden por el hecho de ser personas en desarrollo, tal como lo desarrollamos anteriormente.

Es por eso que más allá de la operatividad de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales, era visible entonces la urgente necesidad por parte del estado de lograr la sanción de una ley que esté a tono con la CDN, a fin de no generar la responsabilidad por no cumplir los deberes a los que se ha obligado con la suscripción de dicho instrumento. Ello fue subsanado con la sanción de la ley 26061.

La ley de Protección Integral de la niñez (Ley 26.061) sancionada en Octubre de 2005, no sólo consagró expresamente en el derecho interno los derechos que fueran ya reconocidos por la CDN, lo cual sería sólo una reiteración innecesaria. Además del reconocimiento de derechos de la niñez, la ley crea institutos específicos destinados a procurar la actuación de parte del estado nacional y de las provincias, en la búsqueda de lograr la efectivización de esos derechos (la Secretaría Nacional de niñez, adolescencia y familia, el Consejo Federal de la niñez, adolescencia y familia, y el Defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes).

Y establece cual es el principio rector que marca el diseño de políticas y del accionar todo por parte del Estado: la satisfacción del interés superior del niño. Este concepto es definido por la propia ley en su artículo tercero: se entiende por interés superior del niño la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esa ley. Este principio del interés superior del niño es tomado de la CDN, que lo establece también en su art. 3.1.

Con respecto a las políticas públicas referidas a la niñez y adolescencia, esta ley establece un marco dentro del cual deben elaborarse y expresa como una de las pautas para las mismas el fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Pero existe un límite muy claro que es particularmente aplicable en casos como el que aquí analizamos: la falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización (artículo 33 de la mencionada ley).

Capacitación. La necesidad de transformar la visión de los operadores

La modificación legislativa si bien es necesaria, no es suficiente. Si no se acompaña con acciones y puesta en práctica de sus preceptos, se convierte en letra muerta, en un mero catálogo de derechos.

Para ser ilustrativos, es oportuno señalar que cuando en el caso que analizamos se dictó la medida que ordenaba la institucionalización de los hijos e hijas de la Sra. Sánchez, la resolución estaba fundada en un artículo que a la fecha de la sentencia se encontraba derogado, como es el artículo 4 de la ley 10.903. Asimismo, se hizo aplicación de leyes provinciales que no eran del todo ajustables al caso en estudio, ya que los hechos denunciados no constituían violencia, sino claras consecuencias de la pobreza estructural que padecía la familia, por lo que los postulados que habilitan la guarda de menores de edad no se daban en este caso.

Ello nos señala uno de los principales desafíos que aún nos queda por delante a todos aquellos que trabajamos con el fin de lograr la plena vigencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, buscando dejar atrás la visión de

los niños y niñas como objetos de tutela; y reafirmando en el trato diario, y ante cada situación que se plantea, que se trata de sujetos pleno de derechos.

Siguiendo las palabras de Emilio García Méndez, podemos decir que la historia de la infancia es la historia de su control: desde un primer momento la visión que se tuvo de la minoridad fue desde la óptica de lo que le faltaba al niño, por ello fue visto como un incapaz, alguien que no podía valerse por si mismo y a quien se debía proteger. Un ser incompleto, al que le faltaba algo, siempre desde una visión negativa.

Así, se crea un sistema en que se judicializa toda situación en la que el niño se encuentre con alguna de sus necesidades básicas insatisfechas.

La especificación de los derechos de los niños aparece como el fruto del progresivo descubrimiento social y cultural de la niñez y de la adolescencia como fases específicas de la existencia humana, merecedoras de una atención especial.

Es importante destacar que a partir de este cambio en la concepción de la niñez, se deja de ver al niño como un ciudadano futuro, en tanto se lo reconoce como un ciudadano en el sentido pleno de la palabra. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y también jurídica.

Es por ello que se ha sostenido que la Convención fue el instrumento internacional que permitió expandir la ciudadanía a la infancia, ya que reconoce que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derechos ante el estado y la comunidad, y que por ello todos los estados parte tienen el deber de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índoles para dar efectividad a los derechos reconocidos en la misma.¹⁹

¹⁹ conf. Art. 4 CDN.

Lo que se busca es que se abandone dentro del plano familiar el lugar de sumisión en que se colocó históricamente a la niñez, con un control y representación ilimitado por parte de los padres, como así también se busca la limitación de la función tutelar por parte del estado, y que su acción se dirija justamente hacia la protección integral.

Diariamente nos enfrentamos a prácticas tanto administrativas y judiciales, como de la comunidad toda, que violan o ignoran los derechos de niños y adolescentes; todo ello sustentado por estructuras e instituciones que, a través de los años, han funcionado de esa manera.

Se impone, en ese sentido, un cambio cultural y social a través del cual la sociedad visualice, reconozca y trate a los chicos como sujetos plenos de derechos y verdaderos ciudadanos.

En ese sentido y al tono de leyes como la de protección integral de la niñez, día a día se debe buscar la eliminación de las prácticas tutelares tan arraigadas en nuestro sistema y en nuestra sociedad toda.

El niño es una persona a quien le corresponden todos los derechos y las garantías básicas que tanto la Constitución Nacional como las convenciones internacionales confieren a cualquier persona, sin distinción de edades, al considerarla digna. Tales regulaciones son, por definición, directamente operativas y, en el ámbito de las obligaciones internacionales, los Estados y los funcionarios que los representan deben adecuar su acción a esas regulaciones.

Ello implica además de la necesidad de la capacitación de los distintos operadores en materia de infancia, a la luz de la actual normativa y de los parámetros vigentes.

La necesidad del funcionamiento articulado e integral del Estado.

Del conjunto de normas que venimos comentando, surge de un modo indiscutido la obligación del Estado (a través de sus tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial) de adoptar todas las medidas necesarias para fortalecer los vínculos familiares y permitir a los padres y sus hijos vivir y desarrollarse juntos. Por lo tanto, las acciones de todos los funcionarios con facultades para opinar y decidir en cuestiones como la que en este trabajo analizamos, deben ser, por imperio legal, encaminadas a recomponer los lazos familiares, fortalecerlos y allanar las dificultades que pudieran existir para el crecimiento de los niños en el seno de sus familias; todo ello de un modo prioritario, dejando las otras alternativas posibles como último recurso ya que se debe buscar resolver la situación dando prioridad, cuando haya varios derechos en juego, a aquellos que se entienden como prioritarios.

La Comisión Interamericana de los Derechos del Niño expresó en la Opinión Consultiva 17/2002, que “Según las normas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de cualquiera de los poderes del Estado, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la Convención Interamericana. Dicha obligación impone a los Estados partes el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado, y también en relación con actuaciones de terceros particulares. En este sentido, y para efectos de ésta opinión, los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, bajo los artículos 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia), en combinación con el art. 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra los malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales”.

Entonces, tal como desarrolláramos anteriormente (ver Cap 1) resulta indispensable desarrollar una nueva forma de trabajo, coordinada y articulada, por parte tanto de cada oficina del estado como de cada uno de los actores sociales intervinientes, para la efectiva puesta en práctica de la ley 26.061.

En este sentido los estados federales tenemos un plus, relacionado específicamente con lo normativo y es que no tenemos muy en claro qué debe hacer quién (el estado Nacional, provincial o municipal) a favor de los chicos. Hay una discusión muy interesante respecto de si la obligación de garantizar los derechos fundamentales de los chicos es del estado federal, provincial o municipal.

Esta discusión no sólo es académicamente apasionante, sino que tiene un elevado componente práctico: en la actualidad existen a nivel provincial desde legislaciones hasta políticas públicas, pasando por estructuras judiciales, vulnerantes de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes. Sólo para ejemplificar algunas cuestiones:

- Muchas de las leyes que permiten la detención en comisarías son de naturaleza provincial, así como las normas que regulan los procesos penales que deben enfrentar las personas menores de edad presuntas infractores de la ley penal y los y las jueces que entienden en cada uno de estos casos, sin sujetarse a las garantías procesales que deben regir para todas las personas.
- Los programas o las leyes que buscan establecer políticas públicas para la infancia, sin su adecuada participación o sin pensarla como un todo, sino como un objeto en clara vulneración de un adecuado enfoque de derechos, son diseñados por autoridades provinciales.
- Los presupuestos que se destinan para la atención de salud y la efectivización del derecho a la educación, por ejemplo, surgen de leyes de presupuestos provinciales, aunque mucho de estos ingresos provengan de la coparticipación federal.

Para avanzar en esta cuestión, debemos decir que, por lo menos en el caso argentino, las provincias son preexistentes a la nación. Las competencias y facultades eran originariamente de las provincias, y estas ceden algunas de ellas para la existencia de la nación: el dictado de las normas sustanciales o de fondo, por ejemplo los normas civiles, penales, comerciales, laborales, de seguridad social; aquellas mencionadas específicamente en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional.²⁰

Es decir que en esta compleja construcción de la organización nacional, las provincias conservan todas las competencias que no le han delegado a la nación, por ejemplo el dictado de normas adjetivas o procesales.

Ahora, debido a la forma de estado federal que ha adoptado nuestro país para su organización política, si bien hay materias que han sido reservadas por las provincias para su exclusiva atención, muchas de ellas han sido reconocidas como derechos humanos de las personas, tales como la educación, la salud o la justicia. Y sin embargo, el sujeto obligado por los compromisos internacionales en materia del derecho internacional de los derechos humanos es el Estado Nacional.

Al respecto, distintos órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos, en ocasión de analizar a estado federales como el nuestro (Brasil y México, por ejemplo) han entendido que este deber se transmite a los estados provinciales y lo que si debe hacer el nacional es adoptar las medidas que permitan a los poderes provinciales lograr el cumplimiento. Todo ello evidencia la responsabilidad del Estado Nacional de sumarse activamente al trabajo de las provincias para hacerlos efectivos, sin desdibujar la responsabilidad que les cabe a cada uno de los estados provinciales y municipales²¹.

²⁰ Sobre el tema ver el artículo Constitución y derechos del niño. Mary Beloff. Separata de Estudios sobre Justicia Penal Homenaje al Profesor Julio B. Maier. David Baigún et al., Editores del Puerto. Buenos Aires, 2005.-

²¹ A los efectos de refrescar este tipo de conceptos, ver el desarrollo del Aula Virtual número 7.

Por ello, es que hay facultades que se dice son concurrentes entre el gobierno federal y el provincial. Como sostiene Bielsa: lo que existe es una gestión concurrente, destinada a la realización de los fines o propósitos de la organización constitucional, y a los fines federales.²²

De hecho, según el constitucionalista argentino Sabsay, el dictado de la ley de infancia, la Ley nro. 26.061, es una “medida” tomada por el estado comprometido ante la comunidad internacional, en la cual lleva a cabo la adecuación de las normas nacionales al texto convencional.²³

Es decir que tratándose de un estado federal como el nuestro, lo que debe hacerse es organizar las responsabilidades de tal forma que cada nivel estatal cumpla con una función de manera de dar acabado cumplimiento a las mismas integralmente. Esto no puede entenderse de tal forma que la responsabilidad del Estado Nacional sólo se configure si el mismo no ha realizado todas aquellas acciones para que el estado provincial pueda cumplir. Por el contrario, en el derecho internacional de los derechos humanos específicamente, el Estado nacional es responsable ante cualquier incumplimiento (artículo 28 de la CADH) que afecte a toda persona sin importar si está bajo la jurisdicción local o nacional. Es ésta la única interpretación que conjuga adecuadamente la obligación general de respeto y el principio de no discriminación.

²² Bielsa, Rafael, Compendio de Derecho Público. Constitucional, Administrativo y Fiscal, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1952, ps. 363-364.

²³ Sabsay, Daniel Alberto; La dimensión constitucional de la ley 26.061 y del decreto 1293/2005, en el libro Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061. Emilio García Mendez (compilador). Fundación Sur. Editores del Puerto. *La ley 26.061 es una suerte de “medida” elaborada por el Congreso Nacional para dar cumplimiento a los compromisos internacionales que se derivan de la ratificación por Argentina de la CDN, al asegurar su aplicación en nuestro país (art. 4 citado). Por lo tanto en caso de conflicto con normas provinciales éstas deben ceder a favor de la ley nacional. Estamos frente a una suerte de ley de contenidos mínimos aplicable en todo el territorio de la Nación. Sus disposiciones tienden a tornar operativas las de la CDN y están absolutamente vinculadas a ésta. Es más, la aplicación no puede sino ser conjunta y para entender la relación que se da entre ellas, en lo que interesa a la cuestión que estamos desarrollando, opera el vínculo que existe en derecho entre lo principal y lo accesorio. La ley juega como un accesorio de la Convención y por lo tanto es objeto de las mismas consideraciones que ésta. Ergo, las provincias deben respetarla, en tanto lo principal sigue necesariamente a lo accesorio. Pag. 21.*

No obstante, la relación de coordinación y trabajo articulado que este objetivo implica, parece estar lejos de concretarse a pesar de que son diversas las instancias en donde un trabajo en conjunto sería fácilmente abordable. De hecho, existen espacios de encuentro de las autoridades administrativas nacionales y provinciales (generalmente llamadas "Consejos") de cada una de las materias a atender, ya sea salud, educación, derechos humanos o incluso el Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. En ellos, abordar el tema del deber del Estado Argentino de garantizar sin discriminación cierto nivel de satisfacción de derechos esenciales a todas las personas que habitan el suelo argentino, sería un necesario punto de partida. Ello aceleraría, por ejemplo el deber de dar una discusión sincera sobre la necesidad de adecuaciones legislativas, reformas judiciales y administrativas que hoy se identifican como el obstáculo para una mejor y mayor vigencia de los derechos humanos de la población infanto-juvenil en cada región de nuestro país.

Incluso el Comité sobre derechos del niño ha manifestado, en su Observación General 5 de 2003, que:

"El Comité reitera que, en toda las circunstancias, el Estado que ratificó la Convención o se adhirió a ella sigue siendo responsable de garantizar su plena aplicación en todos los territorios sometidos a su jurisdicción. En todo proceso de transferencia de competencias, los Estados Partes tienen que asegurarse de que las autoridades a las que se traspasan las competencias disponen realmente de los recursos financieros, humanos y de otra índole necesarios para desempeñar eficazmente las funciones relativas a la aplicación de la Convención. Los gobiernos de los Estados Partes han de conservar las facultades necesarias para exigir el pleno cumplimiento de la Convención por las administraciones autónomas o las autoridades locales y han de establecer mecanismos permanentes de vigilancia para que la Convención se respete y se aplique a todos los niños sometidos a su jurisdicción, sin discriminación. Además, han de existir salvaguardias para que la descentralización o la transferencia de competencias no conduzca a una discriminación en el goce de los derechos de los niños en las diferentes regiones".

Esto está, en nuestro país, reforzado de disposiciones constitucionales, como el artículo 128 que menciona a los gobernadores como agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir la constitución y las leyes de la Nación (y por el artículo 75 inc. 22, hoy se incorporan los tratados). También el artículo 31 sienta las bases para que las provincias se vean compelidas a respetar la superioridad del mencionado bloque. Es por ello que se entiende que al estar los estados provinciales vinculados jurídicamente a las normas internacionales, crea en los estados federales un doble sistema de protección judicial de los derechos ya que ambos sistemas, provinciales y federales, tienen la posibilidad de aplicar y garantizar judicialmente los derechos reconocidos en las normas internacionales.

Esta posición también es la que tiene el máximo Tribunal de nuestro país que sostiene que interpretar y aplicar un tratado internacional puede configurar cuestión federal suficiente, entendiendo que la ratificación de los mismos a través del órgano legislativo subsana todo cuestionamiento respecto de la legalidad de una obligación contraída por el estado nacional que deberá recaer en el provincial.

El ejemplo más acabado de esta línea jurisprudencial se da en el caso del derecho a la salud, en donde la Corte lee la cláusula federal y establece dos principios importantes:

- la responsabilidad primordial del Estado nacional de cumplir con los tratados internacionales de derechos humanos no libera a las provincias de la responsabilidad legal que les cabe en esta área (es decir que el estado Nacional puede cumplir pero luego exigirle al estado provincial);
- esta preeminencia en el deber de cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado Nacional no altera, no afecta ni es contrario a la distribución de las competencias constitucionales en materia federal.

En definitiva la Corte entiende que el ser un estado federal, con competencias diferentes no es excluyente de los deberes del Gobierno Nacional respecto de los derechos humanos, sino como una obligación adicional con respecto a las provincias frente a éstos.

Estos principios se vinculan a la vez con otro de los principios rectores, que ya abordamos de manera especial: la no discriminación.

II.2. Potencialidades

De los componentes de nuestra estrategia de incidencia, anteriormente señalados, dos de ellos resultaron fundamentalmente relevantes y fructíferos en la experiencia de trabajo que intentamos transmitir. Es por ello que consideramos importante ponerlos de relieve, ahondando en más detalles.

El trabajo con Instituciones profesionales y académicas

La protección de los derechos humanos debe ser considerada como el objetivo principal de las instituciones democráticas. Una herramienta fundamental para lograr el cambio de visión referido anteriormente, y con ello la concreción de los derechos fundamentales de la infancia, es el trabajo en conjunto con las instituciones profesionales y académicas. La actualización y capacitación de los distintos operadores en la temática de infancia es una de las metas a lograr con este trabajo, así como también la realización de la premisa fundamental para el logro del cambio cultural necesario: que cada organismo del estado, y de la sociedad toda reconozca a la niñez como sujeto de derecho.

Es necesario que las instituciones asuman el rol de actores fundamentales en la elaboración de acciones tendientes a la discusión y debate de las situaciones sociales que se presentan y de los cambios que son necesarios, cuando estas son avasallantes de derechos fundamentales.

Es así como la realización de trabajos en conjunto con facultades, colegios de profesionales, y la generación de espacios de debate sobre la temática de infancia es un aporte sumamente enriquecedor en nuestra tarea.

El trabajo con estas instituciones puede destinarse a la realización de, por ejemplo, encuentros o talleres de capacitación, en donde presentemos la resolución de casos ejemplares -que puedan ser adaptados fácilmente a las diversas situaciones específicas que pueden presentarse- desde una visión de derecho.

También resulta fructífero buscar, por medio de estos espacios, respuestas a las necesidades informativas de la comunidad en general, ofreciendo acceso gratuito a información, proyectos y eventos relacionados a la promoción, atención y defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Organizaciones de la sociedad civil: el trabajo en redes

Las ONG desempeñan una función esencial en la promoción de los derechos humanos y los derechos del niño. En este sentido, la CIDN es el primer tratado de derechos humanos que reconoce un papel formal a las organizaciones de la sociedad civil.

Como organizaciones no solo nos toca observar el efectivo respeto por parte del Estado de los derechos reconocidos en la Convención y en las demás leyes nacionales de infancia, sino que debemos exigir las transformaciones jurídicas y administrativas necesarias para lograr su plena vigencia, así como la aplicación de los estándares de la Convención en las políticas públicas dirigidas a niños, niñas y adolescentes.

Se reconoce también a las OSCs un rol fundamental en llamar la atención a los Organismos Internacionales sobre los compromisos asumidos con la Convención y a producir acercamientos a las autoridades nacionales, legislaturas y medios de comunicación.

Una forma de potenciar nuestra acción es por medio de la búsqueda del trabajo en redes, tanto a nivel local (provincial) como nacional, a fin de generar un espacio rico en experiencias y situaciones, que permita articular propuestas y acciones estratégicas para la incidencia en políticas públicas, así como para la difusión y promoción los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Este tipo de ámbitos se presenta como un espacio óptimo para trabajar en la construcción de herramientas que permitan recopilar y difundir información sobre la situación de la infancia a nivel nacional y local, el respeto de sus derechos y vías de acción ante posibles violaciones. Este trabajo suele resultar ampliamente útil, en tanto la información sistematizada puede ser empleada para acciones tan diversas como la búsqueda de movilización, o concientización, de una comunidad en pos de la defensa activa de los derechos de la infancia; o una presentación ante la CIDH

En ese sentido, ANDHES, que trabaja en un ámbito regional, forma parte del "Colectivo por los derechos de la niñez y la adolescencia". Se trata de un consorcio de organizaciones de distintas provincias de la República Argentina, que con objetivos comunes, suman sus esfuerzos en pos de hacer efectiva la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes de todo el país.

Este trabajo en red encuentra su principal potencial en el intercambio, discusión y socialización de buenas prácticas entre las organizaciones miembro y la posterior búsqueda de incidencia en la sociedad. Un logro fundamental en este aspecto fue la realización de la audiencia temática solicitada por esta coalición por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Audiencia

realizada el 6 de marzo de 2007, durante el 127º período ordinario de Sesiones), y las repercusiones que se dieron a partir de ella²⁴.

Dentro de este espacio es que actualmente buscamos repensar y discutir en forma conjunta a partir de nuestras experiencias, el trabajo de exigibilidad de derechos y reflexionar sobre como podemos presentarnos frente a distintos litigios, teniendo en cuenta las características particulares que tiene cada litigio y como utilizamos ese litigio para hacer incidencia.

Partiendo de la base de que el litigio es una herramienta que debe ser utilizado en ciertas oportunidades y de la mejor forma, tanto cuando nos encontramos frente al litigio de un caso testigo, como en el caso un litigio de alto impacto, es importante el trabajo articulado de las organizaciones de la sociedad civil, y de las coaliciones. Así es como podemos hacer que un litigio sea realmente estratégico.

²⁴ En dicha audiencia se puso en conocimiento del comisionado la situación de los niños, niñas y adolescentes privados de libertad en nuestro país, las condiciones de detención, la necesidad de un régimen penal juvenil y de políticas públicas acordes a los estándares mínimos de protección integral de derecho.

La audiencia generó una serie de recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado de la República Argentina en la materia.

Capítulo 5

Sistematización y resumen

La vigencia de la CDN constituye una enorme responsabilidad, tanto para los gobiernos como para la sociedad civil de garantizar el real ejercicio de todos y cada uno de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

A partir de este marco normativo, empieza a concretarse la vigencia de un nuevo paradigma, basado sobre todo en el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho, dejando atrás el modelo de "Situación irregular" y con ello la concepción del niño como objeto de tutela y protección, por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

Este instrumento internacional es uno de los que se encuentran incorporados a la Constitución Nacional a partir de la última reforma del año 94, en el art. 75 inc. 22. Con ello, el Estado Argentino se obligó a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en dicho instrumento.

En respuesta a estas medidas que debía adoptar el Estado Nacional es que en octubre del año 2005, se sancionó la ley 26061, de protección integral de la infancia.

Sin embargo, el hecho de que durante casi cien años nuestro país haya mirado a la infancia desde la óptica de la situación irregular, nos señala que serán muchas las acciones que se deberán realizar para que tanto la CDN como la ley no sean sólo un catálogo de derechos y una aspiración y pase a ser una realidad concreta de cada niño, niña y adolescente de cada una de nuestras provincias.

Si bien con el contexto normativo antes señalado se ha producido una transformación y se han traducido las "necesidades de la niñez" en derechos

civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, no hemos avanzado en la concreción de dichos derechos a través de políticas públicas.

Ello implica la necesidad de una participación activa de parte de cada uno de los actores involucrados en la temática, tanto desde el Estado como de las organizaciones de la sociedad civil, a fin lograr la efectivización de los derechos de este colectivo.

La vulneración o desconocimiento de derechos de niños y niñas puede llevarnos en algunos casos a la necesidad de realizar presentaciones administrativas y, en algunos casos, a entablar una acción judicial, la cual según quienes sean los sujetos afectados será una acción individual, o colectiva. Así, nos podemos encontrar frente al litigio de un caso testigo, como a un litigio de alto impacto. En uno u otro caso, las organizaciones de la sociedad civil podemos potenciar nuestra acción a través de la articulación y el intercambio de nuestras experiencias, a fin de que logremos incidencia y para que nuestro accionar produzca un cambio

Resulta entonces indispensable trabajar, desde la sociedad civil, para que eso que detectamos como un problema, deje de ser un problema de una persona, en una provincia puntual, para pasar a ser el caso de muchas personas que sufren lo mismo en toda la Argentina. En definitiva, salir de esta lógica también provincial y pasar a una lógica nacional y sobre todo lograr compartir las experiencias, que nos enriquezcan a todos.