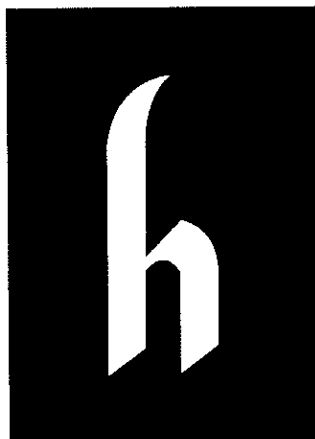




9 789507 411045

Concepto
y diagramación de
Fernando Lucas Depalma



www.hammurabi.com.ar

BEL

Derechos del niño



Derechos del niño

Su protección especial
en el Sistema Interamericano

Análisis sistemático de fallos fundamentales

2ª EDICIÓN
ACTUALIZADA
Y AMPLIADA



hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA EDITOR



© Copyright by
editorial hammurabi s.r.l.

Talcahuano 481 - 4º piso
C1013AAI - Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54-11) 4382-3586 —líneas rotativas—
E-mail: info@hammurabi.com.ar - www.hammurabi.com.ar

- twitter.com/hammurabi_srl
- facebook.com/libreriahammurabi
- youtube.com/libreriahammurabi

Producción integral



concept design

de Fernando Lucas Depalma
Tel.: 4382-2080 —líneas rotativas—

Esta edición se terminó de imprimir
en el mes de julio de 2019
en «Docuprint S.A.»
Tacuarí 123, Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito de ley 11.723
Derechos reservados
Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina / Printed in Argentina

ISBN: 978-950-741-104-5 (rústica)

Este libro no habría sido posible sin la dedicación,
rigurosidad y compromiso de **Virginia Deymonnaz**.
A ella van mi reconocimiento y agradecimiento profundos.

MARY BELOFF

DERECHOS DEL NIÑO

2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2019

724 ps., 23 x 16 cm.

ISBN: 978-950-741-104-5

1. Derechos del niño. I. Título

CDD 341.48572

Fecha de catalogación: 12/7/2019

PRIMERA EDICIÓN
MAYO DE 2018

SEGUNDA EDICIÓN
AGOSTO DE 2019

MARY BELOFF

Derechos del niño

Su protección especial
en el Sistema Interamericano

Análisis sistemático de fallos fundamentales

2ª EDICIÓN
ACTUALIZADA
Y AMPLIADA



hammurabi
JOSE LUIS DEPALMA EDITOR

A mi mamá
por su coraje,
por su generosidad sin límites,
por su tolerancia, a prueba del mundo,
y por preferir siempre la alegría,
in memoriam

CAPÍTULO I

EL DERECHO DE LOS NIÑOS A SU PROTECCIÓN ESPECIAL

§ 1. La regulación del derecho de los niños a su protección especial en el Derecho Internacional de los derechos humanos

El derecho de los niños a su protección especial se encuentra regulado en el Derecho Internacional prácticamente desde sus orígenes.

Se basa sobre el reconocimiento normativo de la vulnerabilidad esencial de los niños, dato fenomenológico presente en todas las culturas humanas a lo largo de la historia. Tal vulnerabilidad esencial, que ha sido llamada también absoluta o radical¹, justifica la existencia de deberes estatales especiales hacia los niños orientados a compensarla con medidas especiales de ayuda, cuando los llamados a asegurarlas en primer lugar (la familia o la comunidad) no pueden hacerlo.

¹ De acuerdo con la concepción desarrollada por Ernesto GARZÓN VALDÉS: "... en el caso de los niños, el ejercicio de su autonomía está condicionado por una situación de radical vulnerabilidad. Quienes se encuentran en una situación tal no están en condiciones de negociar por sí mismos relaciones equitativas de reciprocidad de derechos y obligaciones (...). Existen vulnerabilidades absolutas y relativas: en las relativas, quien se encuentra en situación de vulnerabilidad puede, si se eliminan condiciones marcadas por explotación o discriminación, adquirir y conservar los bienes que le importan. Le o las personas vulnerables reclaman en estos casos la eliminación de la opresión. Su incapacidad es relativa. En el caso de la vulnerabilidad absoluta no basta la eliminación de la situación de opresión, sino que se requiere la adopción de medidas de ayuda. Por ello es que los casos de vulnerabilidad absoluta son los casos claros de paternalismo justificado. Los niños son absolutamente vulnerables y ello los convierte en incapaces básicos en el sentido estricto de la palabra: no solo no pueden medir el alcance de muchas de sus acciones, sino que tampoco están en condiciones de satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas. Pero, a diferencia de otras incapacidades básicas, la de los niños es naturalmente superable con el mero transcurso del tiempo: cuando se deja de ser niño se puede pasar a la condición de capaz básico o de incapaz relativo. Hasta qué punto ello puede lograrse depende, en no poca medida, de la forma como hayan sido atendidas sus necesidades durante un determinado período de sus vidas", en GARZÓN VALDÉS, *Desde la modesta propuesta de "Swift" hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño*, en Revista "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", n.º 15/16, 1994, Alicante, ps. 73 y 738.

En la evolución del Derecho Internacional² y, posteriormente, en los derechos nacionales³, este derecho ha sido regulado de diferentes formas. En general, se alude al "derecho a la protección especial" o bien al derecho a "medidas especiales de protección" o a "medidas de protección" a secas. Para simplificar, en este libro se utilizará indistintamente la fórmula "derecho del niño a su protección especial" o "derecho de los niños a su protección especial".

a) *Ámbito universal*

Este derecho fue incluido ya desde las primeras normas producidas por la Sociedad de Naciones, antecedente inmediato de la Organización de Naciones Unidas⁴.

Sin pretensión de exhaustividad, pueden mencionarse como ejemplos de su reconocimiento, en el ámbito universal:

A. Instrumentos aprobados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT):

— Convenio por el que se fija la Edad Mínima de Admisión de los Niños a los Trabajos Industriales: aprobado por la Organización Internacional

² Por todas, los arts. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes ...", destacado agregado; y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad".

³ Entre muchos, Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil (Ley n.º 8069, aprobada el 13/7/90), Título II, "De las medidas de protección"; Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador (Ley n.º 100, aprobada el 23/1/2002, y publicada en el Registro Oficial 737 del 3/1/03), art. 56 "Derecho de los hijos de las personas privadas de libertad. Los niños, niñas y adolescentes que no gocen de su medio familiar por encontrarse uno o ambos progenitores privados de su libertad, deberán recibir protección y asistencia especiales del Estado ...", y art. 57 "Derecho a protección especial en casos de desastres y conflictos armados. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a protección especial en casos de desastres naturales y de conflictos armados internos o internacionales ..." (destacado agregado); y Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua (Ley n.º 287, aprobada el 24/3/98 y publicada en "La Gaceta" n.º 97 del 27/5/98) Preámbulo, "... Que las niñas, niños y adolescentes deben gozar de una especial protección de la legislación nacional, conforme lo establecen la Constitución Política y los Convenios Internacionales ..." (destacado agregado) y Capítulo III, "De las Medidas Especiales de Protección" (arts. 80-89).

⁴ Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Liga de Naciones el 24 de septiembre de 1924. Un análisis de la evolución de los derechos del niño en el sistema internacional de protección de derechos humanos en ALSTON · TORIN, *Laying the foundations for children's rights*, Innocent Insight, UNICEF, Florencia, 2005.

del Trabajo en la 1ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Washington, el 28 de noviembre de 1919. Este Convenio entró en vigencia el 13 de junio de 1921.

- Convenio sobre el Trabajo Nocturno de los Menores (industria): aprobado por la Organización Internacional del Trabajo en la 1ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Washington, el 28 de noviembre de 1919. Este Convenio entró en vigencia el 13 de junio de 1921.
- Convenio relativo al Empleo de las Mujeres Antes y Después del Parto: aprobado por la Organización Internacional del Trabajo en la 1ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Washington, el 29 de noviembre de 1919. Este Convenio entró en vigencia el 13 de junio de 1921.
- Convenio sobre la Edad Mínima (trabajo marítimo): aprobado por la Organización Internacional del Trabajo en la 2ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, el 9 de julio de 1920. Este Convenio entró en vigencia el 27 de septiembre de 1921.
- Convenio relativo al Examen Médico Obligatorio de los Menores Empleados a Bordo de los Buques: aprobado por la Organización Internacional del Trabajo en la 3ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, el 11 de noviembre de 1921. Este Convenio entró en vigencia el 20 de noviembre de 1922.
- Convenio por el que se Fija la Edad Mínima de Admisión de los Niños al Trabajo Marítimo (revisado en 1936): aprobado por la Organización Internacional del Trabajo en la 22ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, el 24 de octubre de 1936. Este Convenio entró en vigencia el 11 de abril de 1939.
- Convenio sobre Edad Mínima de Admisión al Empleo: aprobado por la Organización Internacional del Trabajo en la 58ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, el 26 de junio de 1973. Este Convenio entró en vigencia el 19 de junio de 1976.
- Convenio sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación: aprobado por la Organización Internacional del Trabajo en la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, el 17 de junio de 1999. Este Convenio entró en vigencia el 19 de noviembre de 2000.

B. Instrumentos aprobados por la Organización de Naciones Unidas:

1. Declaraciones:

- Declaración Universal de Derechos Humanos: aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948 (art. 25.2).

- Declaración de los Derechos del Niño: aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959.
- Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado: proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 3318 (XXXIX) de 14 de diciembre de 1974.
- Declaración sobre los Principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional: adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 41/85 de 3 de diciembre de 1986.

II. Convenciones y Pactos internacionales:

- Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV): aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a Proteger a las Víctimas de la Guerra, celebrada en Ginebra el 12 de abril al 12 de agosto de 1949, arts. 14, 17, 23, 24, 38, 50, 89, 94 y 132. Este Convenio entró en vigencia el 21 de octubre de 1950.
- Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios: abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 1763 A (XVII) de 7 de noviembre de 1962. Esta Convención entró en vigencia el 9 de diciembre de 1964, de conformidad con el art. 6º.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, arts. 10 y 12.2.a). Este Pacto entró en vigencia el 3 de enero de 1976, de conformidad con el art. 27.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, arts. 6.5, 10, 14.4 y 24. Este Pacto entró en vigencia el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el art. 49.
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales: aprobado por la Organización de las Naciones

- Unidas el 8 de junio de 1977, arts. 70, 77 y 78. Este Protocolo entró en vigencia el 7 de diciembre de 1978.
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional: aprobado por la Organización de las Naciones Unidas el 8 de junio de 1977, arts. 4.3, y 6.4. Este Protocolo entró en vigencia el 7 de diciembre de 1978.
 - Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW): adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 34/180 de 18 de diciembre de 1979, arts. 5º, 9º, 11, 12 y 16. Esta Convención entró en vigencia el 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el art. 27 (1).
 - Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptado el 25 de octubre de 1980 en La Haya. Este Convenio entró en vigencia el 1º de diciembre de 1983.
 - Convención sobre los Derechos del Niño: adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Esta Convención entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990.
 - Convenio de La Haya sobre la Protección de los Niños y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional: adoptado el 29 de mayo de 1993 en La Haya. Este Convenio entró en vigencia el 1º de mayo de 1995.
 - Convenio de La Haya relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución, la Cooperación en materia de responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, adoptado el 19 de octubre de 1996 en La Haya. Este Convenio entró en vigencia el 1 de enero de 2002.
 - Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía: adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Res. 54/263 de 25 de mayo de 2000. Este Protocolo entró en vigencia el 18 de enero de 2002.
 - Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados: adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Res. 54/263 de 25 de mayo de 2000. Este Protocolo entró en vigencia el 12 de febrero de 2002.

- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones: adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Res. 66/168 de 27 de enero de 2012. Este Protocolo entró en vigencia el 14 de abril de 2014.

b) *Ámbito interamericano*

En el ámbito interamericano también existe un reconocimiento amplio del derecho de los niños a su protección especial, formulado de manera similar al regulado en el ámbito universal.

Entre los instrumentos aprobados por la Organización de los Estados Americanos que reconocen el derecho de los niños a su protección especial se encuentran:

I. Declaraciones:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948, arts. VII y XXX.

II. Convenciones regionales:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, arts. 4.5, 5.5, 13.4, 17, 19 y 27. Esta Convención entró en vigencia el 18 de julio de 1978, de conformidad con el art. 74.2.
- Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores: adoptada en la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en La Paz (Bolivia) el 24 de mayo de 1984. Esta Convención entró en vigencia el 26 de mayo de 1988, de conformidad con el art. 26.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"): adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 17 de noviembre de 1988, art. 16. Este Protocolo entró en vigencia el 16 de noviembre de 1999.
- Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias: adoptada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en Montevideo (Uruguay) el 15 de julio de 1989. Esta Convención entró en vigencia el 3 de junio de 1996.
- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores: aprobada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana so-

bre Derecho Internacional Privado en Montevideo (Uruguay) el 15 de julio de 1989. Esta Convención entró en vigencia el 4 de noviembre de 1994.

- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores: aprobada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en México el 18 de marzo de 1994. Esta Convención entró en vigencia el 15 de agosto de 1997, de conformidad con el art. 33.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará): adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 9 de junio de 1994, art. 9°. Esta Convención entró en vigencia el 5 de marzo de 1995, de conformidad con el art. 21.

§ 2. La evolución del derecho de los niños a su protección especial
(como derecho de prestación) y su tensión
con los derechos de libertad (como derechos de defensa)

La cantidad de normas convencionales y no convencionales, regionales y universales, generales y específicas enumeradas en el Capítulo I, § 1, confirma que el derecho de los niños a su protección especial rige en el Derecho Internacional desde antiguo. En este sentido, la idea de que los niños son sujetos de Derecho Internacional no comienza con la Convención sobre los Derechos del Niño, afirmación obvia pero que merece ser reiterada en virtud de la forma con la que este tratado fue presentado en la región.

En efecto, contrariamente a la interpretación ampliamente instalada en el último cuarto de siglo en América Latina conforme la cual la Convención sobre los Derechos del Niño expresa una ruptura, es posible afirmar que ella refleja la continuidad característica del Derecho Internacional de los derechos humanos⁵ y constituye, hasta la fecha (Incluidos sus tres Protocolos adicionales), la expresión más acabada y más completa, del derecho a la protección especial. La Convención sobre los Derechos del Niño es un hito en un largo proceso jurídico-cultural, expresión de un *continuum* en la historia de la protección jurídica de la infancia, no de un quiebre. Esta observación no se ve refutada por el hecho de la mayor exigibilidad que implica el tratado como norma convencional respecto de normas no convenciona-

⁵ alguna doctrina ha distinguido cinco fases en la evolución de los derechos del niño en el siglo XX, a saber: 1901-1947 (1ª fase); 1948-1977 (2ª fase); 1978-1989 (3ª fase); 1989-2000 (4ª fase); y 2001-presente (2005) (5ª fase). Cfr. ALSTON - TOBIN, *Laying the foundations for children's rights*, op. cit. *supra*, nota 4, ps. 318.

les anteriores⁶. Todo lo contrario: del mismo modo que ocurrió con otros derechos, se arribó a una norma convencional de aceptación casi universal porque para entonces ya existían los amplios consensos necesarios para ello, expresados en una considerable cantidad de normas convencionales y no convencionales previas que regulaban sobre la misma materia.

Las normas reseñadas en el Capítulo I, § 1, muestran también que el derecho de los niños a su protección especial (en sentido fuerte —esto es, con *status* convencional—), fue reconocido por el sistema interamericano apenas tres años después de haberlo sido por el sistema universal⁷, en el art. 19 de la CADH de 1969 que prescribe que: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado", y posteriormente, en otra norma un año anterior a la Convención sobre Derechos del Niño: el art. 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador") que establece que: "Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado ...".

Como se indicó, la Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada recién en 1989, veinte años después de la Convención Americana. Probablemente por esa razón el grado de desarrollo y consolidación que el derecho a la protección especial alcanza en el tratado universal supera todas las normas internacionales y regionales anteriores, pero ello no implica que recién con este instrumento se reconocieran derechos a los niños, tal como ligeramente se llegó a afirmar en alguna ocasión durante el proceso de adecuación legislativa descripto en el Capítulo II.

⁶ La Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina (en adelante, CSJN) ha sostenido que: "[La Convención sobre los Derechos del Niño] pone en evidencia un doble orden de consideraciones, además de la derivada de su art. 43, vale decir, haber dejado intactas, salvo en cuanto las haya mejorado, todas las protecciones que otros textos internacionales habían enunciado sobre los niños. Por un lado, da por supuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden, por ser personas humanas. Por el otro, en atención a lo antedicho, tiende como objetivo primordial, a 'proporcionar al niño una protección especial', con lo cual el tratado continúa, no sin profundizarla, la orientación que ya habían marcado los instrumentos internacionales que expresamente mencionan el párrafo octavo de su preámbulo. Por ello, a los fines del *sub lite*, interesa particularmente subrayar que dicha protección especial reconoce lo que todo niño es, vale decir, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, configurar la 'protección especial' en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a la que los Estados deben dar 'efectividad', adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin...". CSJN, Fallos 331:269 I, consid. 3° del voto de los jueces LORENZETTI, HIGHTON de NOLASCO, FAYT, MAQUEDA, ZAFFARONI y ARGIBAY.

⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 24 y Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10.3, loc. cit., *supra*, nota 2.

La dificultad con el tema, que explica en parte cómo la Convención sobre los Derechos del Niño fue interpretada en América Latina (esto es, básicamente, como una ruptura radical), reside en el hecho de que la noción de protección especial a la infancia ha tenido un alcance diferente a lo largo de los años. En efecto, si se repasa la historia de la relación de la ley con los niños desde sus lejanos comienzos en los tiempos del derecho antiguo y, en particular, si se considera la forma con la que se instaló la idea de protección a la niñez a partir de la consolidación de los Estados modernos, se advierte fácilmente que, por siglos, en Occidente, no se discutía si era necesario asegurar a los niños una familia, educación, alimentos, cuidados sanitarios o un hogar. Los debates, a lo largo de los años, giraron en torno de quién era el obligado a garantizar la familia, la educación, la alimentación, la salud o la vivienda, con qué alcances y bajo qué procedimientos se los aseguraba; y, en lo que aquí interesa particularmente, de qué forma el derecho y las instituciones estatales debían organizarse para garantizarlos de forma eficaz.

A principios del siglo XX, cuando se aprobaron las primeras normas internacionales que tratan el tema y que se enumeraron en el Capítulo I, § 1, la protección a los niños era interpretada de modo filantrópico o asistencialista⁸, característico de la teoría social de fines del siglo XIX. Sobre la base de un paternalismo⁹ que entonces se creía justificado¹⁰, no había discusiones respecto de que los niños debieran alimentar-

⁸ Sobre esta concepción de la protección a la niñez pueden consultarse, entre muchos, la celebrada tesis de ARENAL DE GARCÍA CARRASCO, *La beneficencia, la filantropía y la caridad*, Memoria presentada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el concurso de 1860, Madrid, 1861, así como la clásica obra de BRENNER, *American Philanthropy*, Chicago University Press, Chicago, 1960; también, los Boletines del Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia (luego Instituto Interamericano del Niño) desde su creación y hasta mediados de la década de 1950.

⁹ "Una definición de paternalismo (...) podrá ser la siguiente: 'Una conducta (o una norma) es paternalista si y solo si se realiza (o establece): a) con el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas y b) sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas (es decir, de los presuntos beneficiarios de la realización de la conducta o de la aplicación de la norma)', en ATIENZA, *Discutamos sobre paternalismo*, en Revista "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", n.º 5, 1988, Alicante, p. 203.

¹⁰ GARZÓN VALDÉS ha justificado la actividad paternalista del Estado en los siguientes términos: "El paternalismo jurídico sostiene que siempre hay una buena razón en favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esta medida (...). Es obvio que la aplicación de medidas paternalistas supone una relación de superioridad en muchos casos, y, en este sentido de desigualdad. Ello se debe a la definición misma de incompetencia. Pero el propósito de la medida paternalista justificable es justamente la superación de la desigualdad (...). Precisamente porque el paternalismo justificable apunta a la superación de una desigualdad resultado de una incompetencia básica, podía decir Rousseau (...) que la autoridad paternal 'toma más en cuenta la ventaja del que obedece que la utilidad del que ordena'. FOTON (1979) parece haber recogido esta idea con

se, tuvieran que ir a la escuela, debieran recibir vacunas, tuvieran que crecer al amparo de una familia o contaran con una casa donde vivir. En otras palabras, no se debía que a los niños debían garantizárseles los que hoy se denominan derechos de protección (contracara de los deberes estatales de prestación). Podían existir diferencias respecto de qué significaba "familia" o qué tipo de organización familiar era la más adecuada para determinado niño o niña, respecto de cómo se ponderaba el cumplimiento adecuado de los deberes derivados de la patria potestad, o de cuál era el contenido de la educación o las características de una vivienda; pero estaba fuera de discusión que los adultos tuvieran el deber de proteger a los niños y que el cumplimiento de ese deber se relacionara con la garantía de lo que modernamente se denominan derechos económicos, sociales y culturales de la infancia (los que, por otro lado, actualmente coinciden con los requisitos básicos del derecho a una existencia digna de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH¹¹, como se verá más adelante).

su sugerencia de la 'implicación completa' aplicada al modelo paternalista, es decir, que quien actúa paternalistamente (es que se trate de un individuo, de una institución o del Estado) tiene que hacerlo no solo por ser más sabio o estar mejor informado sino guiado por el interés de la persona a quien se dirige su tratamiento paternalista (...). Las dos condiciones mencionadas son necesarias y su conjunción las transforma en suficientes. El razonamiento justificante de una medida paternalista tiene pues que partir de dos premisas, una de tipo empírico (la verificación de una incompetencia básica) y otra de tipo ético normativo (el déficit provocado por una incompetencia básica debe ser superado, justamente en aras de la autonomía y la igualdad que quienes sostienen la vigencia exclusiva del principio de daño consideran que son puestas en peligro por el paternalismo jurídico). (...) El concepto de incompetencia básica fija un límite que algunos podrán considerar demasiado bajo. Sin embargo, me parece que es aconsejable mantenerse en esta línea de mínima y que los casos situados por encima de ella se encuentran en una zona de penumbra en la cual es muy difícil proponer criterios de aplicación universal. (...) La aceptación de estas dos condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para la justificación moral del paternalismo jurídico permiten interpretarlo no solo como moralmente permitido sino que también es posible afirmar que está moralmente ordenado como un medio eficaz para la reducción de las desigualdades. Es en este sentido un complemento necesario del principio de daño a terceros susceptible de ser interpretado como una obligación moral positiva. (...) Los argumentos que he procurado presentar apuntan a una justificación ética de algunas formas de paternalismo jurídico. Por ello la referencia al respeto de la autonomía de la persona y al principio de igualdad. Solo cuando la medida en cuestión, aplicada a un 'lib' (incompetente básico), promueve o defiende su autonomía o aspira a la superación de un déficit de igualdad puede haberse paternalismo éticamente justificado. Es obvio en este sentido que formas de paternalismo jurídico practicados en el pasado o en la actualidad no son éticamente justificables por más que puedan ser justificables desde el punto de vista de la moral positiva de los grupos dominantes. Estos casos ilustran una vez más la diferencia entre legitimación y legitimidad de un sistema jurídico-político, que no he de entrar a analizar aquí ...", en GARZÓN VALDÉS, *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, en Revista "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", n.º 5, 1988, Alicante, pp. 155/173, destacados agregados.

¹¹ Cf. Corte IDH, caso de los "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, n.º 63, párr. 144.

El modelo institucional elegido para asegurar la protección a los niños que carecían de familia o bien que contaban con un entorno familiar que no era considerado competente para protegerlos fue el que se denominará aquí "tutelarismo clásico", también llamado complejo o modelo tutelar¹² o modelo del tribunal de menores.

La preponderancia del enfoque de protección especial se extendió al ámbito penal. Fue en esos años cuando se propuso, con la misma lógica, retirar a los niños del sistema penal para abordar sus infracciones penales¹³ dentro de un esquema similar al previsto para el resto de los niños que tenían cualquier tipo de dificultades relacionadas con su cuidado.

Posteriormente, con el surgimiento y consolidación de los Estados de Bienestar, estos derechos de protección a los niños fueron reconocidos legalmente y garantizados en concreto tanto en los países desarrollados como en algunos de los entonces llamados países en vías de desarrollo; pero la forma en la que se aseguraba que

¹² Sobre las características del complejo tutelar, entre muchos, pueden consultarse DONZEL-LOT, *La police des familles*, De Minuit, París, 1977 [en español: *La policía de las familias*, trad. de José Vázquez y Umbelina Larrazeleta, Pre-Textos, Valencia, 1990]; y PLATT, *The Child Savers. The invention of delinquency*, University of Chicago Press, Chicago - London, 1ª ed., 1969; 1ª ed. ampliada, 1977 [en español: *Los "salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*, trad. de Félix BLANCO, Siglo XXI, México, 1982].

¹³ Este modelo fue caracterizado en el famoso caso de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos *in re "Gault"* (387 U.S. 1, 1967) por el juez FORTAS, quien redactó el voto de la mayoría, del siguiente modo: "La historia y la teoría subyacentes a este desarrollo son bien conocidas pero una recapitulación es necesaria a los fines de esta opinión. El movimiento del tribunal de menores comenzó en este país al final del último siglo. Desde la ley de tribunal de menores adoptada en Illinois en 1899, el sistema se expandió a cada Estado en la Unión, el Distrito de Columbia y Puerto Rico. La constitucionalidad de las leyes de tribunales de menores ha sido sostenida en 40 jurisdicciones contra una variedad de ataques. Los primeros reformadores estaban impresionados por los procedimientos y las penalidades de adultos y por el hecho de que los niños podían recibir largas condenas de prisión y ser mezclados en cárceles con criminales curbedos. Ellos estaban profundamente convencidos de que el deber de la sociedad hacia el niño no podía ser reducido solamente al concepto de justicia. Creían que el rol de la sociedad no era determinar si el niño era 'culpable' o 'inocente' sino 'Qué es, cómo se ha convertido en lo que es y qué ha de ser mejor que sea realizado en su interés y en el interés del estado para salvarlo de una carrera en caída. Al niño en esencia bueno, tal como ellos lo veían, debía hacerse sentir que era objeto de cuidado y dedicación (del Estado)', no que estaba bajo arresto o en juicio. Las reglas de procedimiento criminal eran, en consecuencia, inaplicables. Las aparente rigideces, tecnicismos y durezas que ellos observaban tanto en el proceso cuanto en el derecho penal debían ser, en consecuencia, descartadas. La idea de crimen y castigo debía ser abandonada. El niño debía de ser 'tratado' y 'rehabilitado' y los procedimientos, desde la aprehensión hasta la institucionalización, ser clínicos antes que punitivos. Los resultados iban a ser alcanzados, sin alcanzar un agravio conceptual o constitucional, con la insistencia en que los procedimientos no eran adversariales sino que el Estado actuaba como *parens patriae*", traducción propia.

un niño que carecía de familia —o cuya familia era considerada "inadecuada" o incompetente para criarlo— comiera, se lo educara o su salud fuera atendida, fuera protegido de abuso, malos tratos y explotación, o, eventualmente, se le brindara una familia si carecía de una (todos, como indiqué, derechos reconocidos expresamente en las normas internacionales tanto universales como regionales desde hace un siglo), implicaba en ocasiones restringir o vulnerar los derechos de libertad¹⁴ reconocidos a los adultos. Pensada como tensiones de derechos, la dinámica es similar a la que tiene lugar al interior de las familias en relación con la crianza, solo que con el matiz ciertamente diferencial de que en este caso era el Estado el responsable de la restricción de los derechos de libertad, cuando su primer deber, por definición, es asegurarlos.

Por ello, en los Estados Unidos de América en los años '60, en Europa en los años '70 y en América Latina hacia finales de la década de 1980, se comenzó a denunciar que esa protección (paternalista injustificada) operaba sin reconocer la autonomía y libertad de los niños. Ese señalamiento condujo a afirmar que la infancia pagaba un alto precio para ser protegida: el desconocimiento de sus derechos de libertad (enfoque liberacionista¹⁵).

Con independencia de que la crítica al modelo del tribunal de menores fuera justa, la concepción liberacionista de la infancia tuvo dos problemas teóricos cen-

¹⁴ Puede caracterizarse también como derechos de primera generación, de acuerdo con la conocida clasificación de VASAK, *Human rights: a thirty-year struggle: the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, en "UNESCO Courier", UNESCO, París, nov. 1977. Para una crítica a la teoría de las generaciones de derecho puede considerarse el siguiente argumento: "Las objeciones que encuentro respecto de este enfoque son múltiples. La explicación se hace a la luz de situaciones que no refieren a derechos humanos propiamente dichos (...) sino más bien a libertades públicas. Por otra parte, la elección de la variable es caprichosa (...) podría afirmarse que los derechos económicos, sociales y culturales tuvieron tratamiento y positivización internacional mucho antes de la Segunda Guerra Mundial. Así, puede decirse que las Declaraciones de Derechos —la Universal de Derechos Humanos y la Americana de Derechos y Deberes del Hombre— enunciaron derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y, respecto de estos últimos, ellas son la norma sustantiva que permite el reclamo (...) Finalmente, la consistente doctrina de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, decididamente impulsada en la Declaración de Viena adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, se ve muy contrariada con la doctrina de las generaciones de derechos", en PINTO, *Temas de Derechos Humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 56 y 57.

¹⁵ Se ubica el origen de este entendimiento de la infancia en *Émile ou de l'éducation* de ROUSSEAU. Modernamente, este enfoque fue desarrollado, entre otros, en el ampliamente discutido libro de FARSON, *Birthrights. A Bill of Rights for children*, Mac Millan, New York, 1974; en HOLT, *Escape from childhood: the needs and rights of children*, E. P. Dutton, Boston, 1974, quien llega a proponer en esa obra que todos los derechos, privilegios y deberes de los ciudadanos adultos estén disponibles para cualquier persona joven, de cualquier edad, que quiera hacer uso de ellos; y en COHEN, *Equal rights for children*, Littlefield, Adams & Co., Totowa, 1980.

trales. Por un lado, el problema que llamaré "falacia de la equiparación". Ella consistió en asimilar a los niños a otros grupos históricamente destinatarios de tutela.

El otro problema fue el de su anacronismo. El enfoque liberacionista ignoró el hecho de que, en los tiempos de hegemonía del tutelismo clásico, no se consideraba que el principio de libertad (y, por extensión, todos los derechos derivados de él) se aplicara a los niños, quienes eran considerados incompetentes absolutos respecto del ejercicio de libertades civiles.

La falacia de la equiparación de los niños con otros grupos que habían sufrido la pérdida de derechos de ciudadanía bajo el argumento de su protección tales como las mujeres, los afroamericanos, las personas con necesidades especiales, etcétera, negó el hecho de que la situación de dependencia de esos grupos fue históricamente construida, en tanto que la condición de dependencia y vulnerabilidad de los niños es un dato fenomenológico, más allá de cómo cada sociedad y cultura aborde esa situación. Ello condujo a su vez a la negación de la condición de vulnerabilidad y dependencia de los niños, y a su equiparación con los adultos, con la consecuencia de la pérdida del deber/derecho de protección especial. La aplicación de la pena de muerte a menores de edad en los Estados Unidos luego de que la Corte Suprema de ese país declarara la inconstitucionalidad de los procedimientos tutelares¹⁶ y la constitucionalidad de ese castigo diez años después¹⁷, o los efectos

¹⁶ USSC, *In re "Gault"*, op. cit., supra, nota 13.

¹⁷ Cfr. "Gregg vs. Georgia" (428 U.S. 153, 1976); "Proffitt vs. Florida" (428 U.S. 242, 1976); y "Jurek vs. Texas" (428 U.S. 262, 1976). El sistema interamericano ha intervenido en casos relacionados con la aplicación de la pena de muerte a personas que eran menores de edad al momento de los hechos. Lo hizo por primera vez la Com. IDH en el caso "Pinkerton" (Informe n° 3/87, caso 9647, Estados Unidos, 22 de septiembre de 1987). James Terry Roach y Jay Pinkerton fueron juzgados y sentenciados a la pena de muerte en los Estados Unidos por delitos gravísimos cometidos antes de cumplir los dieciocho años de edad. Varias organizaciones internacionales (American Civil Liberties Union, International Human Rights Law Group y Amnistía Internacional, entre otras) adhirieron a la denuncia presentada ante la Com. IDH en diciembre de 1985, donde se solicitó que esta decidiera si se había violado la Declaración Americana, interpretada a la luz del derecho internacional consuetudinario, al ejecutar a Roach y a Pinkerton por ofensas cometidas cuando estos tenían menos de dieciocho años de edad: "Este caso trata de determinar únicamente si en la legislación norteamericana la ausencia de una prohibición federal respecto a la ejecución de delincuentes menores de edad constituye o no una violación de las normas de derechos humanos aplicables a dicho país bajo el sistema interamericano" (párr. 43). La Com. IDH concluyó, por 5 votos y 1 voto en disidencia, que el gobierno de los Estados Unidos había violado los arts. 1° (derecho a la vida) y 2° (derecho a la igualdad ante la ley) de la Declaración Americana al ejecutar a los dos menores. Posteriormente, en el caso "Miguel Domínguez" (Informe n° 62/02, caso 12.285, Fondo, Estados Unidos, 22 de octubre de 2002), la Com. IDH analizó el carácter de norma de *jus cogens* de la prohibición de la aplicación de la pena de muerte para personas menores de dieciocho años. Puntualmente sostuvo que: "Desde 1987, se han producido varios hechos notables en relación con los tratados que explícitamente prohíben la ejecución de personas menores de 18 años de edad en mo-

mentos de cometer el delito. Esta evolución incluye la entrada en vigor de nuevos acuerdos internacionales así como la mayor ratificación de los tratados existentes" (párr. 55). Así, "La práctica interna en los últimos 15 años, por lo tanto, evidencia una tendencia internacional casi unánime y no calificada hacia la prohibición de la ejecución de delincuentes menores de 18 años. Esta tendencia abarca todos los espectros políticos e ideológicos y prácticamente ha aislado a Estados Unidos como el único país que sigue manteniendo la legalidad de la ejecución de delincuentes de 16 y 17 años, pese a lo cual, (...) solo existe en algunas jurisdicciones (...) Dentro de los Estados Unidos, los dictámenes judiciales y las iniciativas legislativas de los últimos 20 años también han demostrado una tendencia hacia la no aceptación de la aplicación de la pena de muerte a delincuentes menores de 18 años" (párrs. 76 y 77). De acuerdo con la Comisión, "... al persistir en la práctica de ejecutar a delincuentes menores de 18 años, Estados Unidos se singulariza entre las naciones del mundo desarrollado tradicional y en el sistema interamericano, y ha quedado cada vez más aislado en la comunidad mundial. Las pruebas abrumadoras de la práctica mundial de los Estados indicadas ilustra la congruencia y generalización entre los Estados del mundo en el sentido de que la comunidad mundial considera que la ejecución de delincuentes menores de 18 años en momentos de cometer el delito es incongruente con las normas imperantes de decencia. Por lo tanto, la Comisión opina que ha surgido una norma del derecho internacional consuetudinario que prohíbe la ejecución de delincuentes menores de 18 años en momentos de cometer el delito (...) casi todos los Estados naciones han rechazado la imposición de la pena capital a personas menores de 18 años, en su forma más explícita, a través de la ratificación del PIDCP, la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratados en los que esta proscripción se reconoce como no derogable. La aceptación de esta norma abarca las fronteras políticas e ideológicas y los empeños por apartarse de la misma han sido enérgicamente condenados por los integrantes de la comunidad internacional como no permisibles según normas contemporáneas de derechos humanos. En efecto, podría decirse que los propios Estados Unidos han reconocido el significado de esta norma al prescribir la edad de 18 años como norma federal para la aplicación de la pena capital y al ratificar el Cuarto Convenio de Ginebra sin reservas a esta norma. Sobre esta base, la Comisión considera que Estados Unidos está obligado por una norma de *jus cogens* a no imponer a la pena capital a personas que cometieron los delitos cuando no habían cumplido los 18 años de edad. Como norma de *jus cogens*, esta proscripción obliga a la comunidad de Estados, incluidos los Estados Unidos. La norma no puede ser derogada con validez, sea por tratado o por objeción de un Estado, persistente o no" (párrs. 84 y 85). En el caso, la Comisión condujo que: "interpretando los términos de la Declaración Americana a la luz de esta norma de *jus cogens*, (...) Estados Unidos no ha respetado la vida, la libertad y la seguridad de la persona de Michael Domínguez al sentenciarlo a muerte por delitos que cometió cuando tenía 16 años de edad, contrariamente a lo que el Artículo I de la Declaración Americana (...) Estados Unidos será responsable de una violación grave e irreparable del derecho a la vida de Michael Domínguez, consagrado en el art. I de la Declaración Americana, si lo ejecuta por delitos que cometió cuando tenía 16 años de edad" (párrs. 86 y 87). En similar sentido pueden consultarse, Informe n° 100/03, caso 12.240, Fondo, Douglas Christopher Thomas, Estados Unidos, 29 de diciembre de 2003; y el Informe n° 25/05, caso 12.439, Fondo, Toronto Markkey Patterson, Estados Unidos, 7 de marzo de 2005. En el mismo año la Corte Suprema de EE.UU., en el caso "Roper v. Simmons" ("Roper, Superintendente, Pototsi Correctional Center v. Simmons", n° 03-633, 543 U.S. 551), declaró inconstitucional la aplicación de la pena capital a personas que eran menores de dieciocho años de edad al momento de cometer el hecho. Sobre la situación de los EE.UU. puede consultarse el reciente informe de la Comisión IDH, "Niños, niñas y adolescentes en el sistema penal de justicia para adultos en Estados Unidos", de 1º de marzo de 2018, disponible en <http://www.oas.org/es/dh/infomspdf/INNA-USA.pdf>.

penales de la reducción de mayoría de edad civil en la República Argentina¹⁸, o las autorizaciones para contraer matrimonio por debajo de la edad mínima¹⁹, son algunos ejemplos dramáticos de las consecuencias de la equiparación entre niños y adultos producto del enfoque liberacionista de la infancia.

El defecto del anacronismo también puede ser explicado fácilmente. La concepción de protección de la niñez desarrollada por el tutelismo clásico es sencilla y se relaciona con el punto anterior. Por un lado, se entendía que los niños tenían derecho a ser protegidos, como en otras épocas no tan lejanas las mujeres o las personas con necesidades especiales, o aún más atrás en el tiempo, los indígenas. Este derecho surgía a partir de la definición de una carencia o incapacidad. En el caso de los niños, el derecho a ser protegido derivaba de su condición de dependencia basada sobre sus características evolutivas y madurativas. Por otro lado, estos grupos por lo general se desarrollaban dentro del ámbito de la vida privada y, por ese motivo, no se los concebía como actores que interactuaran con el Estado, para quienes fueron originalmente concebidos los derechos de libertad (de ciudadanía en sentido clásico); esto es, respecto de quienes circulaban en el ámbito público. El gradual ingreso de estos grupos a la vida pública condujo al reconocimiento de sus derechos civiles; pero estuvo por años en tensión con sus derechos de prestación²⁰.

¹⁸ Ley n° 26.579 (sanccionada el 2/12/09, promulgada de hecho el 21/12/09, y publicada en el BO del 22/12/09) que establece la mayoría de edad a los dieciocho años (art. 1°).

¹⁹ Código Civil y Comercial de la República Argentina aprobado por la ley n° 26.994, loc. cit., supra, introducción, nota 9, "Artículo 404. — Falta de edad nupcial. Dispensa judicial. En el supuesto del inc. f) del artículo 403 [Artículo 403. — Impedimentos matrimoniales: (...) f) tener menos de dieciocho años], el menor de edad que no haya cumplido la edad de dieciséis años puede contraer matrimonio previa dispensa judicial. El menor que haya cumplido la edad de dieciséis años puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. A falta de esta, puede hacerlo previa dispensa judicial.

El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes y con sus representantes legales.

La decisión judicial debe tener en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial; también debe evaluar la opinión de los representantes, si la hubiesen expresado.

La dispensa para el matrimonio entre el tutor o sus descendientes con la persona bajo su tutela solo puede ser otorgada si, además de los recaudos previstos en el párrafo anterior, se han aprobado las cuentas de la administración. Si de igual modo se celebra el matrimonio, el tutor pierde la asignación que le corresponda sobre las rentas del pupilo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 Inc. d)°.

²⁰ El debate entre feminismo de la igualdad y feminismo de la diferencia expresa también, en algún sentido, este problema. Pueden consultarse sobre el tema, entre otros textos, PITCH, *Un diritto per due*, Il Saggiatore, Milano, 1998 [en español *Un derecho para dos*, Trotta, Madrid, 2003, ps. 11/18]; *idem*, *Responsabilità limitate. Attori e conflitti, giustizia penale*, Feltrinelli, Roma, 1989 [en español *Responsabilidades limitadas*, UBA - UNL - Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003]; FERRAJOLI,

En definitiva, el problema del que se parte en este trabajo, nuclear en cualquier discusión actual sobre el sentido y alcance del derecho de los niños a su protección especial, y que no ha logrado ser resuelto ni siquiera por la Corte IDH es el siguiente: el precio que pagó la infancia en América Latina para ser reconocida en sus derechos de libertad—básicamente garantías procesales en la justicia juvenil—ha sido el debilitamiento de su derecho a la protección especial en términos del aseguramiento de sus derechos económicos, sociales y culturales.

En América Latina, los excesos del paternalismo injustificado comenzaron a ser denunciados hace un cuarto de siglo cuando, como consecuencia del impacto de la incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos, en particular de la Convención sobre los Derechos del Niño, se sentaron las bases de la reforma legal en materia de infancia y juventud. Desde comienzos de la década de 1990 se inició en la región una crítica al funcionamiento de la justicia de menores similar a la ya mencionada que había tenido lugar en los Estados Unidos en la década de 1960²¹ y en Europa en la década siguiente²².

Sin la profundidad y profusión de los estudios realizados en esas otras latitudes, los producidos en el ámbito regional determinaron: a) que los tribunales de menores no podían ignorar más los derechos procesales de los adolescentes imputados de delitos bajo la excusa de que los procedimientos eran tuitivos y no penales; y b) que debían ser modificadas las legislaciones derivadas de la escuela tutelar clásica que no distinguían, en lo sustancial, la respuesta estatal prevista para el abordaje de casos vinculados con la protección de niños, de la prevista para casos referidos a menores infractores de la ley penal.

"Prólogo", en PITCH, *Un diritto per due*, Il Saggiatore, Milano, 1998 [en español *Un derecho para dos*, Trotta, Madrid, 2003, ps. 19/23 y 233/288]; y MACKINNON, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995, ps. 305/390.

²¹ Entre otros, el tema ha sido ampliamente analizado en PLATT, *The Child Savers. The Invention of delinquency*, op. cit. supra, nota 12; y en ROSENHEIM (ed.), *Pursuing Justice for the child*, University of Chicago Press, Chicago, 1976.

²² Pueden consultarse, entre otros, CANTAREO, *Delinquencia juvenil y sociedad en transformación: derecho penal y procesal de menores*, Montecorvo, Madrid, 1988, ps. 15/37; HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, ps. 3/87; y DE LEO, *La Giustizia del minore*, Giuffrè Einaudi editore, Torino, 1981 [en español *La justicia de menores*, trad. de GONZÁLEZ ZORRILLA, Teide, Barcelona, 1985].