

Constitución y derechos del niño

Mary Beloff

Separata de

***Estudios sobre Justicia Penal.
Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier***

David Baigún *et al.*, Editores del Puerto,
Buenos Aires, 2005.

Constitución y derechos del niño

por Mary Beloff*

“El poder reservado al gobierno local es más extenso, porque es indefinido y comprende todo lo que abraza la soberanía del pueblo. El poder general es limitado, y se compone en cierto modo de excepciones. Solo es de su incumbencia lo que está escrito en la constitución, todo lo demás es de la provincia. Nada más precioso, más eficaz, más esencial al progreso y engrandecimiento de los pueblos argentinos, que el poder reservado á sus gobiernos provinciales. Es el llamado á transformar su ser y á salvar la República”.

ALBERDI, Juan Bautista, *Derecho público provincial*¹.

I. Introducción

¿Por qué en la Argentina se sigue aplicando una ley de menores de 1919 reñida con los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional? ¿Por qué el país ignora los procesos de cambio legal, institucional y social producidos en América Latina en los últimos quince años como consecuencia de la aprobación de la Convención sobre Derechos del Niño², tratado incorporado a la Carta Magna?

Éstas son las preguntas que se hacen quienes tratan desde hace años de explicar el extraño “caso argentino”, no en lo económico ni en lo político, sino en lo relacionado con las leyes para la infancia. Para responderlas no basta el análisis jurídico. Razones históricas, institucionales y culturales probablemente expliquen mejor la persistencia de un modelo jurídico-institucional obsoleto y deslegitimado, si no a nivel general, por lo menos entre los especialistas; pero ¿se debe renunciar a dar inteligibilidad a esta particular situación a partir de argumentos jurídicos? La respuesta que se propone en este trabajo es negativa³.

Un modelo teórico autista como el del derecho tutelar de menores impidió durante décadas contrastar sus dispositivos jurídicos con otros ámbitos normativos, en particular con el derecho constitucional. En rigor –como indicaré más adelante– esta indiferencia fue

* Profesora de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Agradezco a mi amiga y colega de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, María Laura CLÉRICO, el haber leído pacientemente un borrador de este trabajo y el haberme hecho –como es habitual en ella– lúcidas observaciones sobre el texto, cuando tenía los mejores motivos imaginables para concentrarse en otras actividades, mucho más gratificantes. Agradezco también a Diego FREEDMAN, brillante egresado, ex alumno y colaborador impecable en mi actividad docente en la misma Facultad, su recopilación de citas pertinentes de algunos autores clásicos del derecho constitucional argentino, su lectura atenta y sus valiosos comentarios. Finalmente, agradezco a Facundo MACHESICH, abogado egresado de la UBA, su cuidadoso trabajo de edición de las notas del texto.

¹ Capítulo primero, § 6, Colección Obras Clásicas 2, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, Universidad de Buenos Aires, Departamento Editorial, Buenos Aires, 1956, p. 187.

² En adelante CDN.

³ Ciertamente, esta conclusión presupone una concepción de la ciencia del derecho alejada de las creencias de la dogmática tradicional, pero que la incluye como uno de sus componentes esenciales. En este sentido recojo la invitación de Genaro CARRIÓ en *Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho*, en Revista “Academia”, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, año 1, n° 2, primavera 2003, ps. 111-126; publicado originalmente en “Lecciones y Ensayos”, año 1957, vol. VI, ps. 27-37.

recíproca: el derecho de menores se autoacuarteló dentro de sus muros tutelares, en tanto el Derecho (“de mayores”) jamás se interesó siquiera mínimamente por lo que pasaba con los menores de edad detrás de esos muros –no sólo conceptuales–, una vez que de ellos comenzaba a ocuparse su derecho “específico”.

En cambio un modelo teórico que integre el análisis de la condición jurídica de la infancia a las discusiones más generales del derecho en el país no sólo tendrá como efecto directo terminar con el aislamiento conceptual autoinducido del derecho tutelar de menores e impugnar sus ilegalidades en términos constitucionales –como se ha venido haciendo desde fines de la década de 1980, no con mucho éxito jurisprudencial, por cierto–, sino que arrojará luz sobre algunas discusiones actuales respecto de qué características debe asignarse a la regulación de la condición jurídica de la infancia en la Argentina. Si *el Derecho* logra atravesar esos muros invisibles del derecho tutelar de menores, ello permitirá que *los derechos* prevalezcan. Esto puede lograrse de muchas maneras: con activismo judicial en el mejor sentido de la expresión, con reforma legal, con educación jurídica de grado y postgrado que integre en sus planes de estudios al sujeto niño, con la implementación de políticas públicas que garanticen una protección integral y universal de la infancia. La reforma legal por sí misma –sin estos otros elementos– no puede operar sino tibios efectos sobre la realidad.

Desde este enfoque es fácil advertir que el extendido escepticismo respecto de la adecuación del derecho interno argentino a la CDN está soslayando un elemento sustancial en la descripción general del problema. Las preguntas que inician este trabajo parecen ignorar que en la República Argentina sí se ha dado cumplimiento al mandato emanado del art. 4 de la CDN cuando determina que “Los Estados Parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención...”; *pero han sido los estados provinciales los que lo han hecho, no el Estado nacional*.

Esta circunstancia particular invita al análisis. El caso de la República Argentina *vis à vis* la CDN resulta interesante por diferentes motivos. En primer lugar –desde el punto de vista de la especificidad de la materia–, porque permite conocer el grado de adecuación legal e institucional del país a los compromisos internacionales asumidos referidos a la protección legal a la infancia. En segundo lugar –y desde el punto de vista constitucional más general–, porque permite explorar algunas características particulares del sistema federal argentino. En tercer y último lugar, porque permite formular algunas proyecciones en términos de la nueva ingeniería institucional que el país debe darse para garantizar concretamente mínimos estándares de derechos humanos a su población menor de edad.

Mientras el Congreso nacional –en lo que puede ser calificado como una escandalosa inacción legislativa– no acierta a dictar una ley que regule la condición jurídica de la infancia en concordancia con los estándares internacionales en la materia –algunos de ellos incorporados al texto constitucional en 1994–, algunas legislaturas provinciales argentinas han producido una serie de normas destinadas a dejar en el pasado las prácticas e instituciones tutelares. ¿En cuánto estas nuevas leyes provinciales impactan sobre la garantía de los derechos de niños y niñas a nivel nacional? ¿Es constitucional esta intensa actividad legislativa provincial en la materia?

Para responder estas preguntas se impone otra vez aquel dato empírico soslayado en las discusiones generales, pero particularmente revelador: la producción de normas relativas a la infancia en los ámbitos provinciales ha sido fecunda. ¿Podría haberlo sido de haberles estado vedada esta actividad, sin grave escándalo institucional? La respuesta puede ser afirmativa por una razón desalentadora: este tema no preocupa mayormente a los le-

gisladores en el presente ni los preocupó en el pasado⁴; pero intentaré construir una tesis algo más optimista: las provincias conservaron el poder de legislar sobre los asuntos referidos directamente a la vida de sus comunidades, entre los que se encuentra incluida –implícitamente– la protección a los niños, como sea que se la entienda. ¿Por qué la conservaron? ¿Por qué al constituyente no le interesó específicamente el tema –más allá de la preocupación por un aspecto de la protección a los niños, que es la educación primaria–? Por el motivo anterior: como se verá más adelante, el tema era irrelevante en los agitados tiempos de formación y consolidación del Estado nacional.

Las nuevas leyes provinciales argentinas fueron dictadas, en los últimos diez años, en diferentes contextos político-institucionales, y con mayor o menor acierto en su formulación; no obstante, un lector minucioso podrá advertir que todas ellas presentan un denominador común: al tratar de resolver situaciones históricamente abordadas desde la perspectiva tutelar tradicional (a través de la ley de Patronato de Menores nacional o de sus equivalentes locales), las nuevas leyes provinciales necesariamente avanzaron sobre dispositivos e instituciones considerados tradicionalmente de orden nacional. Ello ha generado algunas tensiones entre las facultades de las legislaturas provinciales y aquellas reservadas al Congreso nacional en virtud de lo normado por el art. 75, inc. 12, de la Constitución nacional, como no se había dado con anterioridad en el país.

Curiosamente, la inacción del Congreso nacional ha permitido a algunas provincias argentinas honrar los compromisos internacionales de la Nación al asumir un rol protagónico en la defensa de los derechos de la infancia, de acuerdo con las más modernas concepciones en torno del tema expresadas en el derecho internacional de los derechos humanos de los niños y niñas, cuyos estándares han sido incorporados al derecho positivo argentino mediante ley aprobatoria de la CDN n° 23.849 y reafirmados por la incorporación de este tratado al texto constitucional en 1994⁵.

La actividad legislativa provincial en esta nueva perspectiva permite reflexionar acerca del carácter que ha tenido y tiene la protección jurídica de la infancia en la Argentina. En este sentido, el presente trabajo intenta superar la tensión aparente entre las provincias y el Estado nacional –en lo que hace a las facultades de ambos ámbitos para legislar sobre el tema de la infancia– mediante una interpretación legal dinámica que –sin soslayar el análisis dogmático constitucional– incorpore la perspectiva histórica de la condición jurídica de la infancia para darle inteligibilidad al proceso de producción legislativa en materia de niñez en el país desde sus orígenes, en el presente y con miras al futuro.

Me concentraré en las leyes específicamente dirigidas a regular la condición jurídica de la infancia tanto a nivel federal y nacional cuanto provincial, y no en otras leyes que regulan materias que, por su naturaleza, tienen impacto sobre la infancia como pueden tenerlo las leyes de educación, salud o aun el presupuesto nacional, ya que esto excedería el

⁴ Sobre la falta de relevancia política de la legislación de infancia, a propósito de la ley 12.607 de la Provincia de Buenos Aires aprobada por unanimidad el 29 de diciembre de 2000 que nunca entró en vigencia, véase BELLOFF, Mary, *Un fallo tardío pero dichoso. Comentario a la sentencia I.2278 "Procurador General de la Suprema Corte de Justicia v. Provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad Ley 12.607. Acción de inconstitucionalidad"*, en "Revista de Derecho de Familia", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003-I, ps. 72-93.

⁵ En tal sentido el ejemplo de lo ocurrido con la ley 2.302 de la provincia de Neuquén es ilustrativo. La figura del defensor de menores, incluida en la ley desde un enfoque tutelar tradicional, ha sido reconvertida en la principal figura de defensa de derechos de los niños y las niñas neuquinos, habiendo desempeñado en los últimos años un trabajo extraordinario que incluso ha implicado la tramitación de casos ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Sobre el particular ver OSÉS, Nara y VITALE, Gustavo, *Ley de niños y adolescentes*, Ed. Fabián di Plácido, Buenos Aires, 2004.

propósito de este trabajo. Asimismo, me propongo evaluar esos avances y los retrocesos, e identificar los obstáculos legales e institucionales para concretar las reformas necesarias.

Los problemas que intentaré resolver en lo que sigue se relacionan, en primer lugar, con la ubicación de la protección a la infancia dentro del diseño constitucional argentino. Hasta la fecha no existe un criterio respecto de si este tema integra las facultades delegadas por las provincias al gobierno federal, si es una competencia provincial o si se trata de un caso más de lo que algunos autores denominan “facultades concurrentes”.

En segundo lugar, y según cómo se resuelva el problema anterior, intentaré definir el carácter de la Ley de Patronato de Menores n° 10.903 como ley nacional, federal o local. En la misma línea, procuraré explicar si está vigente y, en caso afirmativo, precisar su ámbito de validez.

En tercer lugar, trataré de definir cuáles son las áreas relacionadas con la condición jurídica de la infancia que debería regular el Congreso de la Nación para adecuar el derecho interno a los estándares internacionales; y cuáles en cambio son facultad-deber de las provincias, en atención a sus límites constitucionales actuales en este tema. Para ello, separaré mínimamente las nuevas legislaciones provinciales.

Finalmente, intentaré clarificar de qué manera se relaciona la reforma legal e institucional en materia de infancia a nivel federal con las reformas provinciales. Ello con la finalidad de señalar el impacto concreto que estas reformas podrían tener para impulsar la demorada reforma a nivel nacional.

II. Diseño constitucional argentino y protección a la infancia

II. 1. Antecedentes históricos

Para comprender el lugar que la protección a la infancia ha ocupado y ocupa en el diseño constitucional argentino, es necesario remontarse aunque sea mínimamente a la historia de la relación entre la ley y los menores en la Argentina. La cuestión no es sencilla porque no existen mayores estudios socio-históricos o socio-jurídicos sobre el tema; además, porque la propia definición del sujeto “menor” entraña una cantidad de dificultades adicionales⁶.

Si se repasa la historia de la condición jurídica de la infancia en la Argentina se advierte que en tiempos del derecho indiano, éste apenas regulaba la cuestión mediante la reproducción de instituciones españolas –en rigor, como ocurría con todo el derecho entonces en las colonias–, que no lo trataban como asunto autónomo sino fusionado con la protección de mujeres, huérfanas, bajo un marco similar al del amparo a los “naturales”⁷.

⁶ Sobre la distinción entre niños y menores ver BELOFF, Mary, *No hay menores de la calle*, en “No Hay Derecho”, n° 6, junio de 1992; BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, Capítulo IV; GÓMEZ DA COSTA, Antonio Carlos, *Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente*, en AA.VV., *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*, Ed. Galerna, Buenos Aires, 1992, ps. 131-153; Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Condición jurídica y derechos humanos de la niñez”, voto concurrente del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ, párrafos 3 y 4.

⁷ Hasta 1745 en Buenos Aires no existía la posibilidad de que las mujeres ingresaran a un convento para concretar sus vocaciones religiosas (para ello tenían que trasladarse a Córdoba), razón por la cual, según explica BIROCCO, las mujeres no casadas no tenían otra alternativa que actuar informalmente como “beatas” que era el nombre que se daba a quienes hacían votos privados de castidad para dedicarse al ejercicio de la caridad y la oración. La presencia de estas beatas que solicitaban limosna al Cabildo determinó –según el mismo autor– al gobernador de Buenos Aires, Agustín DE ROBLES, en 1692, a reunir a las huérfanas de la ciudad en un ámbito aislado (el antiguo Hospital Real de San Martín) para protegerlas de los varones solteros y educarlas en los valores de la vida religiosa. Así

No es posible hablar de una “política” sobre el tema en esos tiempos, pero sí de un interés compartido por el ámbito gubernamental, la élite porteña y la Iglesia católica que era quien, en definitiva, establecía las pautas de comportamiento aceptables al reunir estándares religiosos con morales y controlar su estricto cumplimiento⁸. Como ya desde esos tiempos “protección” se asociaba a ubicación institucional y/o internación, algunas órdenes religiosas tenían a su cargo la administración de los lugares de “alojamiento” o “depósito” de quienes necesitaran cuidado o ayuda⁹.

Desde los comienzos de la formación del Estado nacional la protección a la infancia pobre y desvalida fue materia excluida de los asuntos de interés de la joven República. Tal como dan cuenta algunos estudios¹⁰, esa problemática era abordada por entidades de lo que hoy se denominaría sociedad civil, ya sea en su variante liberal laica o en la variante religiosa. Sobre la base de este dato histórico puede afirmarse que la protección a la infancia carente o desvalida era un tema reservado al ámbito privado.

Otro dato importante de ser mencionado en este breve recorrido histórico es que en los primeros años de formación del Estado nacional la protección de los niños abandonados sólo aparece esporádicamente como asunto de preocupación pública estatal en relación con políticas sanitarias o educativas, en tiempos de “modernización” del Estado y/o de conflictos con la Iglesia. Los debates que tuvieron lugar durante el período transcurrido entre la creación de la primera Casa de Niños Expósitos en 1779¹¹ hasta la creación de

se creó el primer Casa de Recogimiento para Huérfanas que se puso en funcionamiento recién en 1699 con una importante alteración en sus fines, ya que se la organizó como institución de clausura. Corta fue la vida de esta primer institución ya que en 1701 el nuevo gobernador VALDÉS INCLÁN en cumplimiento de una Real Cédula ordenó el desalojo del edificio para que volviera a ser hospicio al tiempo que encargó al Cabildo en 1702 buscar casa para las “doncellas huérfanas”. El carácter que se había dado a esta Casa de Recogimiento para “huérfanas” fue impugnado por la élite porteña, que en realidad pretendía crear un lugar en el que ubicar al excedente familiar femenino (como religiosas). Recién en 1755 surgió la primer institución duradera abocada a la educación y asistencia de huérfanas. Cf. BIROCCO, Carlos María, *La primera Casa de Recogimiento de huérfanas de Buenos Aires: el beaterio de Pedro de Vera y Aragón (1692-1702)*, en MORENO, José Luis, *La política social antes de la política social (caridad, beneficencia y política social en Buenos Aires, siglos XVII a XX)*, Trama Editorial/Prometeo Libros, Buenos Aires, 2000, ps. 21-46.

⁸ En palabras del procurador de la ciudad, el 8 de octubre de 1692: “(...) lo conveniente que será al bien de esta república (...) se funde una casa de Recogimiento que sirva de retiro a las doncellas nobles virtuosas huérfanas y pobres que desearan vivir en él y castigo a las personas que con su mal ejemplo las escandalizan”. Y en palabras del obispo Cayetano MARSELLANO y AGRAMONT cuando autorizó al mayordomo de la Hermandad de la Caridad, FRANCISCO ÁLVAREZ CAMPANA, a abrir una nueva Casa de Recogimiento en 1755, con número limitado de recluidas a cargo de una matrona: “(...) teniendo asimismo entendido que por la suma pobreza que hay en este país muchas niñas huérfanas quedarán en un total desamparo y expuestas a muchas miserias corporales y espirituales, y que de su recogimiento con la buena educación y doctrina a que estarán sujetas y a que arreglarán su modo de vivir, resultará mucho provecho a sus almas y gloria a Dios Nuestro Señor”. Cf. BIROCCO, *La primera Casa de Recogimiento de huérfanas de Buenos Aires*, cit., ps. 27 y 42.

⁹ Esta circunstancia tan temprana va a explicar no sólo en la Argentina sino en muchos países latinoamericanos la resistencia a las leyes que prohíben el uso indiscriminado del encierro para niños, en razón de que estas instituciones de encierro caritativo o sanitario han recibido, desde antaño, subsidios estatales directos o indirectos para el cumplimiento de su función.

¹⁰ Cf. TORRADO, Susana, *Historia de la familia en la Argentina moderna (1870-2000)*, Ed. de la Flor, Buenos Aires, 2003, ps. 578 y siguientes.

¹¹ Cf. MORENO, José Luis, *La Casa de Niños Expósitos de Buenos Aires, conflictos institucionales, condiciones de vida y mortalidad de los infantes 1779-1823*, en MORENO, *La política social antes de la política social (caridad, beneficencia y política social en Buenos Aires, siglos XVII a XX)*, cit., ps. 91-127. Conforme informa este autor, la Casa de Niños Expósitos fue inaugurada en agosto de 1782 con el dispositivo del torno, por iniciativa del Síndico Procurador General Marcos JOSÉ DE RIGLOS. Siempre contó con escasos recursos para la numerosa cantidad de niños que desde un inicio fue alojada allí al punto de llegar a pensarse en vender como esclavos a los niños provenientes de grupos “sospechosos” de haberlos dejados allí para liberarlos, idea que fue rechazada por el monarca español.

la Sociedad de Beneficencia en 1823 durante el gobierno liberal de Bernardino RIVADAVIA, y desde entonces hasta la disolución de esta institución en 1946 durante el primer gobierno peronista, apoyan esta idea. De modo que desde siempre el tema de la protección a los niños –entendida como protección a la infancia desvalida– perteneció al ámbito privado; pero a partir de la segunda década del siglo XIX, superada la guerra de la Independencia e iniciados los conflictos internos por la unidad nacional, la cuestión de la infancia comenzó a ser objeto de intervención estatal significativa que asegurara el funcionamiento de las casas de internación (a través de subsidios a instituciones religiosas, por ejemplo), pero no para definir el perfil o contenidos de la protección¹².

Como es previsible en atención a estos antecedentes, las cuestiones referidas a la protección de la infancia estuvieron ausentes en la discusión acerca de las características del futuro Estado nacional. No merecieron mayores disputas políticas ni debates teóricos en los tiempos previos, simultáneos o inmediatamente posteriores a la organización nacional. Tal como era concebido el tema en esos años, como protección a la infancia desvalida y pobre –ya que de la *otra* infancia se ocupaban sus propias familias¹³–, el tema era en ese momento algo bastante alejado de la preocupación central de las políticas y de los equilibrios de fuerzas del incipiente Estado argentino.

Una referencia al tema desde la óptica filantrópica tutelar característica de estos años –que abona la tesis que aquí se defiende en el sentido de que las facultades de protección a menores eran competencia local–, se encuentra en ALBERDI:

“Las Constituciones provinciales deben poner en manos del vecindario reunido y representado en los cabildos de su elección, como sucedía antiguamente: (...) *las casas de crianza y educación de los niños expuestos por la miseria o por el honor burlado* (...)”¹⁴ (destacado agregado);

y también:

“(...) el pueblo delega otra parte de la soberanía en el *poder municipal*, que la ejercita en la administración de ciertos intereses locales é inmediatos, referentes á la justicia inferior, á la instrucción (...) á la beneficencia (...)”¹⁵ (destacado agregado).

Esta perspectiva filantrópica tradicional¹⁶ se transforma a partir de la irrupción de la “cuestión social” como tema en la agenda política nacional, una vez superados los conflic-

¹² “Si durante el período colonial las apelaciones más comunes en los discursos referidos al tratamiento que debían tener los expósitos invocaban ‘el interés de la religión y el estado’, en la década revolucionaria, sin dejar de mencionar la caridad cristiana, las invocaciones fueron por la patria. Las damas de la caridad venían a representar los intereses de la patria. Dentro del clima de la época, estas apelaciones sin ser demasiado llamativas, estaban preparando el ambiente, a mi juicio, para la toma de una decisión trascendente, cual era la que el nuevo Estado revolucionario asumiera la responsabilidad de una institución de bien público, completamente separada de la religión o de las instituciones inspiradas en ella, como era la Hermandad de la Santa Caridad”. Cf. MORENO, *La Casa de Niños Expósitos de Buenos Aires*, cit., ps. 110-111.

¹³ Cf. BELOFF, Mary, *Un modelo para armar y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular*, en *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, Capítulo 1.

¹⁴ ALBERDI, *Derecho público provincial*, cit., p. 51.

¹⁵ ALBERDI, *ibidem*.

¹⁶ Es ilustrativa la siguiente afirmación de Celia LAPALMA DE EMERY, una “militante católica del Centenario” en palabras de RECALDE, “Es Buenos Aires un pueblo proverbial por su acción caritativa. Aquí han nacido, prosperado y continúan viviendo ampliamente todas las obras de caridad más eficaces que puedan conocerse en los países civilizados”, discurso del 8 de octubre de 1906, en RECALDE, Héctor, *Beneficencia, asistencialismo estatal y previsión social*, t. 2, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1991, p. 193.

tos internos (con los indígenas y las guerras civiles) y a partir de la primer gran oleada inmigratoria en 1880¹⁷, y la consecuente transformación demográfica de la ciudad de Buenos Aires y del resto del país¹⁸. En otras palabras, con el nacimiento de la “Argentina moderna”¹⁹ el control social de los niños necesitados de ayuda²⁰ se vuelve un asunto de preocupación pública relevante.

La protección a la infancia pobre y desvalida –hasta este momento motivo de preocupación de la caridad privada– salió del ámbito privado e ingresó a la esfera de lo público con el movimiento vernáculo de “Salvadores de los Niños”²¹. Fue entonces cuando algunos sectores de la élite argentina lograron aprobar después de muchas idas y vueltas la ley de Patronato de Menores en 1919 –primera en América Latina–, apenas veinte años después de la creación en Illinois (Estados Unidos) de los primeros tribunales de menores en el mundo.

La ley 10.903 (Ley de Patronato de Menores) consagró el ingreso de la protección de los menores carentes como asunto de política pública por medio de una ley *nacional*, la

¹⁷ RECALDE remonta una década atrás el inicio de la preocupación de la Iglesia por el efecto perturbador del orden social derivado de los procesos de modernización, cuyas expresiones eran el “liberalismo” y el “socialismo”. En RECALDE, Héctor, *La Iglesia y la cuestión social (1874-1910)*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1985, p. 19.

¹⁸ “... podemos afirmar que la presencia extranjera en el período estudiado es una variable evidente: que el inmigrante como integrante de las clases populares (en su mayoría) era el primer foco de las prácticas políticas de control. Sin embargo, si bien la mayoría de los conflictos tuvieron por actores a hombres maduros, no serán éstos los destinatarios directos de los procedimientos disciplinarios que se ejecutan a través de la labor benéfica, sino *los niños y niñas en forma prioritaria*, y en un segundo orden las mujeres. Si bien la iniciativa particular existió a la par que la pública, el Estado realizó una inversión importante en la creación de instituciones que aumentaron el control social de la población en general, dentro de la cual se encontrarán *los niños como destinatarios de una política precisa* que puede justificarse en el amplio financiamiento de establecimientos benéficos y en la cantidad de instituciones dedicadas a la minoridad” (destacado en el original). Cf. GONZÁLEZ, Fabio Adalberto, *Niñez y beneficencia: un acercamiento a los discursos y las estrategias disciplinarias en torno a los niños abandonados en Buenos Aires de principios del siglo XX (1900-1930)*, en MORENO, *La política social antes de la política social (caridad, beneficencia y política social en Buenos Aires, siglos XVII a XX)*, cit., p. 134.

¹⁹ Cf. RECALDE, *La Iglesia y la cuestión social (1874-1910)*, cit., p. 7.

²⁰ Las similitudes entre la ley 10.903 de Patronato de Menores y la ley 4.144 de 1902 llamada Ley de residencia son notables. Esta ley contemplaba la expulsión de extranjeros:

a) cuando el inmigrante fuera condenado o perseguido por tribunales extranjeros, por crímenes o delitos comunes;

b) cuando el extranjero, *sin haber cometido delitos*, comprometiera la seguridad nacional o perturbara el orden público.

Derogada en 1958, fue reemplazada por la ley 14.445 de 1958, luego por el decreto-ley 4.805 de 1963, por la ley 18.235 de 1969 y por la ley 21.259 de 1976, pero todas estas leyes mantuvieron las mismas disposiciones referidas a la expulsión, al punto de que la ley vigente autoriza al Poder Ejecutivo a recurrir a ella: a) en caso de condena judicial y b) cuando realizaren en el país *actividades que afecten la paz social, la seguridad nacional o el orden público*. Asimismo impone prisión a los extranjeros expulsados que reingresen al país.

Por otro lado, la reforma del año 1949 modificó el art. 20, CN –por art. 31 de su texto–, y dispuso que una ley determinaría las causas, formalidades y exclusiones para expulsar del país a los extranjeros. Por tal motivo se cuestionó la constitucionalidad de la ley 4.144 entonces vigente, pero *la Corte declaró que la reforma constitucional no derogaba la ley (Fallos, Ordinanz 215:161 y Zovkls 218:490)*. Anteriormente, la Corte había sostenido que esta ley era constitucional en el caso de los extranjeros detenidos en el transporte “Chaco” de la Armada Nacional, de 1932 (*Fallos*, 164:344), con dos votos en disidencia, porque entendió que: a) la deportación no era una pena ni equivalía al destierro; y b) el procedimiento que seguía el Ejecutivo no era un juicio de naturaleza criminal, sino un trámite legal de índole administrativa o civil; sin embargo sostuvo que se debía exigir el respeto, aunque en forma sumaria (?) del derecho de defensa en juicio. Con los años la Corte ha ido extendiendo la protección a los extranjeros susceptibles de ser objeto de esta ley, pero nunca la declaró inconstitucional. Las similitudes con la narrativa tutelar son hartamente elocuentes. La ley 25.871 de Política Migratoria Argentina es la que actualmente regula la materia, y sigue suscitando discusiones en torno de su constitucionalidad.

²¹ Cf. PLATT, Anthony, *The Child Savers. The invention of delinquency*, Chicago, The University of Chicago Press, 1969 (en español *Los Salvadores del Niño. La invención de la delincuencia*, Ed. Siglo XXI, México, 1982).

primera en su tipo en toda América Latina, que por su peculiar técnica legislativa –y también por la idea sostenida más arriba en el sentido de que frente a algunas cuestiones la línea divisoria entre norma de fondo (federal) y de forma (local) se desdibuja– contiene normas sustantivas, procesales (competencia) y de organización, éstas dos últimas –según toda la doctrina relevante–, materia no delegada por las provincias al gobierno federal al constituirse la unión nacional.

Esta ley originalmente contemplaba materias propias del derecho común entendido como el desarrollo de la primera parte del art. 75, inc. 12, de la Constitución nacional, que comprende: 1) los códigos que de manera estable y general legislen para todo el territorio de la Nación; 2) las leyes que se declaren incorporadas a dichos códigos; y 3) las leyes que, sin que exista tal declaración, integren, modifiquen o amplíen tales códigos; no obstante ello, los artículos 14 a 21 de la ley 10.903 incorporados al Código Penal no tratan de derecho penal sustantivo, sino que desarrollan dispositivos procesales y de atribución de competencia a los jueces penales de la Capital Federal, provincias y territorios nacionales (art. 14), aunque más adelante la ley sólo se refiere a jueces de la Capital Federal y territorios nacionales (arts. 16, 18 y 20), lo que abona la tesis de que ésta fue, en esta parte, una ley dictada por el Congreso federal en ejercicio de facultades de legislación local.

Por otro lado, es preciso insistir en que en los artículos mencionados en el párrafo anterior, la ley de Patronato de Menores sólo procuró regular la situación de los menores de edad vinculados con delitos, ya sea como autores o como víctimas, y eventualmente vinculados con faltas y contravenciones (clara competencia local); pero no surge de allí una referencia general a la protección de los menores marginales o incursos en los supuestos definidos por el art. 21 de la ley, del “riesgo o peligro moral o material”, si éstos no son autores o víctimas de delitos o contravenciones²². Es claro que la materia contravencional (los edictos policiales en la Capital Federal) ha sido históricamente la puerta de ingreso para los menores “tutelados” por la justicia especializada, ya que el límite entre pobreza, marginalidad e infracción contravencional no ha sido nunca preciso; pero el dato normativo sigue siendo el mismo. Más allá de sus intenciones, el legislador reguló la situación en la que menores de edad se vieran involucrados como autores o víctimas de infracciones penales de menor o mayor envergadura; no reguló la protección en general de los menores carentes o desvalidos. Esto explica, desde un punto de vista formal, por qué la ley de Patronato de Menores es una ley penal. Antes que los argumentos tutelares que insisten en que el derecho de menores es un derecho autónomo está la ley que le dio origen, y esta ley es, explícitamente, una ley penal adjetiva²³.

En la crítica del tristemente célebre Leopoldo Lugones (h.) a la ley 10.903 –ley que consideraba un gran avance– se encuentra la corroboración de lo que estoy sosteniendo:

“La ley 10.903 es la piedra angular del derecho de la niñez y de la juventud (...) El estudio de la ley de patronato de menores demuestra que sus beneficios indudables residen en sus artículos 14,

²² Resulta útil comparar la Ley de Patronato de Menores con la Ley Reglamentaria del Trabajo de Mujeres y Menores, de 1922, oportunidad en la que GONZÁLEZ CALDERÓN sostuvo: “Es bien sabido que hay que hacer una distinción fundamental entre lo concerniente al contrato de trabajo y lo que se refiere ‘a las condiciones’ del mismo. En cuanto a lo primero, el Congreso Nacional tienen un poder absoluto (...); pero lo que hace al trabajo en fábricas y talleres concierne a los poderes de policía de las provincias, y nosotros, al aprobar muchas disposiciones del proyecto (...) invadiríamos los fueros de las provincias si entrásemos a legislar en ese orden, que comprenden dichos poderes de policía que ellas conservan, y la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha declarado que ellos son inalienables por aquéllas”, en ZAVALÍA, Clodomiro, *Derecho Federal*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 3ª ed., 1941, t. II, p. 884.

²³ LUGONES, Leopoldo (h.), *La menoría*, Biblioteca Policial, Buenos Aires, 1941, ps. 76-77. Este autor responsabiliza a los autores de la ley, jueces de la Cámara en lo Criminal, por no lograr apartarse “del complicado mecanismo procesal, quizá por exceso de apego a las normas tradicionales”.

15, 16, 17 y 18. (...) Pese al poder omnímodo que la ley confiere al juez por este artículo [el 14], fáltale su resorte principal: el magistrado no puede actuar de oficio; tiene que esperar la denuncia de la transgresión para actuar. Este vacío de la ley adquiere mayor relieve en lo que se refiere a los jueces correccionales que juzgan las contravenciones de menores, pues ha de verse más adelante que donde se puede hacer mayor obra de prevención del delito es en las contravenciones. (...) Este, es, pues, el defecto capital del artículo 14, deficiencia cuyo valor se acentuó en la práctica, dado que traba en su desempeño al juez de mejor voluntad (...). Correlativamente a la imperfección expresada, el artículo 14, presenta otra más: que el hecho imputado sea delito, contravención o falta. *Deja, en cambio, en el más absoluto desamparo legal al que necesita, más que nadie, socorro inmediato. Tal el caso del pequeño vagabundo que fuga del hogar y duerme en plena calle o en sucios albergues donde se reúne gente de la peor ralea. Hasta hace muy poco tiempo, aquél, del punto de vista que exigen las leyes, no cometía contravención, falta ni delito, y escapaba, en consecuencia, a la acción del tribunal, salvo que para prestarle la ayuda moral y material de que tanto necesitaba se le fraguara un expediente contravencional imputándole una falta imaginaria*” (destacado propio).

La cita aunque algo extensa es extraordinaria. Muestra el desagrado por una ley que –cuesta aceptarlo– respetaba en algunos artículos una mínima formalidad legal: que los jueces tuvieran noticia de que un hecho típico había ocurrido para poder “disponer” de los menores en éste involucrados. La “solución” a este “defecto de la ley llegó trece años después, cuando la policía de la Capital Federal, para solaz de LUGONES, dictó edictos policiales “completísimos y (...) redactados dentro de un pragmatismo provechoso”²⁴.

En otro orden de ideas no es exagerado afirmar que la Ley de Patronato de Menores fue una ley de vanguardia en su tiempo. Un análisis de la situación legal e institucional anterior a la primera década del siglo XX permite afirmar que ella constituyó un avance en la manera de abordar los problemas de la infancia abandonada, pobre o delincuente en el país. En efecto, los “salvadores de los niños” locales diseñaron e implementaron a lo largo de los años un complejo engranaje institucional inspirado en las más modernas versiones del positivismo europeo²⁵ y de la experiencia estadounidense, a fin de dar una respuesta a la marginalidad y delincuencia de las personas menores de edad científicamente legitimada y que juzgaban efectiva. El problema no fue desconocido, se lo trató, se le dio la importancia debida y se asignaron recursos estatales para darle una solución global dentro de los estándares de la época, articulando y superando a la filantropía inorgánica liberal y a la caridad privada comunitaria –casi sin excepción vinculada con la Iglesia Católica y, excepcionalmente, vinculada con las colectividades a través de sociedades de socorros mutuos– que intentaba dar respuesta a los problemas de la infancia abandonada como en los años del antiguo Virreinato y las primeras décadas del nuevo Estado patrio, el que en esta materia, como en tantas otras, no se diferenció sustancialmente del modelo español colonial.

Es importante tener presente que esta ley no fue elaborada pensando como destinatarios a todos los niños y niñas del país, sino como se ha señalado en diversos estudios, para aquel segmento de ese universo compuesto por niños, niñas y adolescentes excluidos del proceso de socialización básico desarrollado por la familia y la escuela: los “menores”. Adviértase que no se está usando la expresión “menores” en su sentido normativo formal, co-

²⁴ LUGONES (h.), *La memoria*, cit., p. 77.

²⁵ “Como en otros países latinoamericanos, también en la Argentina la ideología positivista desempeñó un considerable papel hegemónico, tanto por su capacidad para plantear una interpretación verosímil de estas realidades nacionales cuanto por articularse con instituciones que –como las educativas, jurídicas, sanitarias o militares– tramaron un sólido tejido de prácticas sociales en el momento de la consolidación del Estado y de la nación a fines del siglo pasado y comienzos del actual”. TERÁN, Oscar, *Positivismo y nación en la Argentina*, Ed. Punto Sur, Buenos Aires, 1987, p. 11.

mo personas menores de edad, sino en un sentido sustantivo, que busca poner en evidencia que estas leyes, desde su origen y concepción, tuvieron una impronta discriminatoria, en tanto fueron pensadas para una parte de la infancia considerada peligrosa o inadaptable, ya sea por inexistencia de familia o porque la familia existente no respondía a los estándares de familia adecuada de la época.

Es contundente en este sentido la reflexión de Enoch WINES, uno de los líderes del movimiento que creó las primeras instituciones tutelares de menores en los Estados Unidos, en 1880, recordada por Anthony PLATT al inicio de su clásico libro *The child savers. The invention of delinquency*:

*"It is a maxim, trite but true, that the prevention of evil is easier and better than its cure; and in nothing is this maxim more true than in relation to crime. To destroy the seeds of crime, to dry up its sources, to kill it in the egg, is better than repression, -better even than reformation of the criminal. But after all that the best organized and best administered system of public instruction can accomplish, there will remain a considerable residuum of children (it cannot be, to-day, in the United States, less than half a million) whom these systems will not reach. Their destitution, their vagrant life, their depraved habits, their ragged and filthy condition forbid their reception into the ordinary schools of the people. It is from this class that the ranks of crime are continually recruited, and will be so long as it is permitted to exist. They are born to crime, brought up for it. They must be saved"*²⁶ (destacado agregado).

En la República Argentina puede encontrarse una concepción idéntica del tema en el debate llevado a cabo en ocasión de la discusión de la Ley de Patronato de Menores. Sostuvo el diputado AGOTE, al volver a presentar su proyecto que finalmente se convertiría en ley:

*"(...) una de las grandes deficiencias de nuestra legislación, y es la referente a ese elevadísimo número de niños que vagan por nuestras calles y que viven como los pájaros, en los terrenos baldíos, en las plazas públicas, en los terrenos ganados al río, en el hueco de los portales y en los tugurios más inmundos, y que van a constituir, por la natural evolución de su vida irregular, el mayor contingente de las cárceles de la Nación"*²⁷.

De la lectura de ambos textos se hace evidente que tanto en los Estados Unidos de América como en la República Argentina las primeras leyes de menores no fueron pensadas para regular la protección de *todos* los menores de edad, sino para proteger y controlar en clave preventiva a *algunos*, los considerados inadaptables, peligrosos o futuros delincuentes, en la concepción positivista de la época. En este carácter discriminatorio de su formulación explícita originaria radica su implementación como instrumento segregativo, a pesar de todos los esfuerzos y buenas intenciones por transformarla en una herramienta útil para proteger a los niños y las niñas.

Más allá del inevitable sesgo ideológico de la ley —que difícilmente pudo haber sido otro en el reducido abanico de opciones que tenía el legislador en ese momento—, ella cam-

²⁶ "Dice una máxima, trillada pero cierta, que es más fácil y mejor prevenir el mal que curarlo; y en nada es más cierta esta máxima que en relación con la delincuencia. Destruir la simiente del crimen, secar sus fuentes, matarlo en el huevo, es mejor que la represión, y aun que la reforma del criminal. Pero pese a todo cuanto pueda lograr el sistema de instrucción pública mejor organizado y administrado, siempre quedará un considerable remanente de niños (en los Estados Unidos actuales no pueden ser menos de medio millón) a los que no lleguen estos sistemas. Su indigencia, su vida vagabunda, sus depravados hábitos, su condición harapienta e inmundas, impiden que los admitan en las escuelas ordinarias. De esta clase de desarraigados es de donde se están reclutando continuamente nuevos criminales, y así seguirá siendo mientras se permita su existencia. Nacieron para el crimen, y para él los criaron. Hay que salvarlos", en *The Child Savers. The invention of delinquency*, citado.

²⁷ Cf. *Diario de Sesiones del Congreso Nacional, Cámara de Diputados de la Nación*, Reunión n° 11, 8 de junio de 1918, p. 262.

bió la tendencia imperante en la materia por casi dos siglos y “publicitó” el tema de la protección de la infancia desvalida²⁸. Lo hizo con una técnica legislativa compleja, mediante una ley dictada por el Congreso de la República que reguló tanto materias reservadas como materias no reservadas, así como competencias explícitamente delegadas al gobierno federal por las provincias.

Los problemas de la ley 10.903 son de diversa índole y no es del caso analizarlos aquí²⁹. Solamente es relevante a los fines perseguidos en este trabajo conocer que esta ley surgió en un particular momento histórico, dentro de un marco teórico preciso, y que por esos motivos presenta características normativas muy peculiares, entre otras, la de tratar sobre temas que en principio debían regular las provincias, como el proceso a seguirse para proteger a menores autores o víctimas de delitos que se encontraran desamparados.

Desde entonces muchos estados provinciales asumieron explícitamente esta competencia de protección a la infancia –desvalida– y dictaron sus propias leyes tutelares de menores³⁰. Esta situación permite apoyar con un nuevo argumento que las normas de protección a la infancia tienen carácter local.

En la misma línea pero más recientemente –y dejando a la zaga al Estado federal–, algunas provincias argentinas han asumido prioritariamente la tarea de asegurar los derechos consagrados en la CDN a todos los niños del territorio provincial. Esta asunción de competencia legislativa por las provincias es interesante porque se origina en una definición y abordajes diferentes del problema. Así, el carácter local de la regulación vinculada con la garantía directa de los derechos de los niños se encuentra reafirmado, aun habiendo cambiado la concepción del tema.

Entre los estados que han dictado leyes de protección a los derechos del niño de conformidad con la CDN se encuentra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que asumió su competencia en materia de protección a la infancia del mismo modo que lo habían hecho otros estados provinciales, en un signo diferente al establecido por la Ley de Patronato de Menores desde 1919. No me concentraré aquí en el análisis de esta situación. La menciono solamente para sostener la tesis de que estas competencias eran locales por razones históricas y normativas.

Este breve recorrido por la historia de la condición jurídica de la infancia en la Argentina permite concluir que las facultades de legislar sobre protección a la infancia fueron siempre competencia local, aun en la ley 10.903, la que en lo pertinente –como se anali-

²⁸ “El espacio asilar será el lugar común para el cuidado integral del *niño-menor* y puede ser inserto dentro de un dispositivo disciplinario más amplio y a la vez contenedor de diversas estrategias que responden a las urgencias creadas por el inusitado crecimiento urbano. Esta sensación de desborde demográfico y social motiva la articulación de un sistema más racional de beneficencia. La beneficencia así entendida desarrolla durante el período estudiado un papel más ambicioso que el simple rol de caridad tradicional. Es decir que en Argentina, entre finales de siglo XIX y principios del XX, se abandona un sistema de ayuda no muy bien definido y se pasa a otro sistema, más racional y utilitario, con claros fines sociales. Por lo cual es preciso ver mucho más en la Sociedad de Beneficencia que un monopolio de la ostentación ejercido en forma exclusiva por las damas del patriciado porteño”. Cf. GONZÁLEZ, Fabio Adalberto, *Niñez y beneficencia*, cit., p. 131.

²⁹ Sobre el particular, entre otros, ver BELOFF, Mary, *Niños y jóvenes: los olvidados de siempre*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, ps. 243-265.

³⁰ Leyes 4.212 y 4.941 de la Provincia de San Luis; 5.474 de la Provincia de La Rioja; ley 2.902 y Decreto-ley 129/2001 de la Provincia de Corrientes; leyes 8.498 y concordantes de la Provincia de Córdoba; ley 4.369 de la Provincia del Chaco; ley 1.156 de la Provincia de San Juan; ley 1.270 de la Provincia de la Pampa; la ley 3.460 y la parte respectiva de las leyes 11.097 y 10.160 de la Provincia de Santa Fe; la ley 8.490 de la Provincia de Entre Ríos; las leyes 1.690 y 2.748 de la Provincia de Río Negro, entre otras.

zará más adelante— fue dictada por el Congreso Federal en ejercicio de facultades locales como legislatura de la Capital Federal y de los territorios nacionales.

II. 2. Argumentos constitucionales formales

La República Argentina es un país federal³¹. La respuesta a la pregunta sobre qué significa que la Argentina sea un país *federal* puede ser simple o extremadamente compleja y, en todo caso, excede el propósito de este trabajo³². No obstante, asumo tres características de la definición de la Argentina como país federal que considero deben ser tomadas en consideración aquí: por un lado, que no se trata sólo de una definición normativa; por el otro, que se trata de una definición histórica; finalmente, que también se trata de una definición política.

A pesar de todos estos matices, algo sobre lo que en principio no se discute a la hora de explicar el federalismo argentino es que los estados provinciales no han reservado para sí las facultades de dictar normas sustantivas o de fondo en determinadas materias (civil, penal, comercial, minería, trabajo, seguridad social y las leyes mencionadas específicamente en el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional) y que sí han conservado, en cambio, las de dictar —en general— normas adjetivas o de forma (procesales)³³. Sin embargo, aun

³¹ Cf. art. 1, Constitución de la Nación Argentina.

³² En este sentido, la doctrina constitucional local coincide en caracterizar al federalismo argentino como “mixto”. Se trata de un federalismo *sui generis*, que no se rige por el modelo tomado como base para el diseño de la organización institucional nacional, que es el norteamericano. En este sentido: “(...) un federalismo más estrecho y homogéneo [que el puro] que, al conservar la porción necesaria de soberanía para ser Estados, dan existencia distinta y colectiva a un nuevo Estado general, a una Nación. (...) Por eso sin duda, la mejor clasificación de este segundo tipo, es llamarle ‘federalismo mixto’”, en GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina. Concordado con las Obras Completas del autor, edición ordenada por el Congreso de la Nación Argentina*, Ángel Estrada y Cía., Buenos Aires, 1ª ed. 1897, 28ª ed. 1983, p. 642. Sobre las peculiares características del sistema federal argentino —las que ciertamente deberían ser tomadas siempre en cuenta cuando se utiliza doctrina extranjera, sobre todo estadounidense, desarrollada para un modelo institucional en buena medida distinto, para explicar problemas de la organización constitucional y judicial argentinas—, véanse entre otras, la conocida, originaria y controvertida explicación de Juan Bautista ALBERDI en *Derecho público provincial* ya citado, y en las *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1979, ps. 78 y 83: “El Congreso Argentino constituyente no será llamado a hacer la República (...) Todos los hechos que quedan expuestos pertenecen y forman parte de la vida normal y real de la República Argentina, en cuanto a la base de su gobierno general; y ningún Congreso constituyente tendría el poder de hacerlos desaparecer instantáneamente por decretos o constituciones de su mano. Ellos deben ser tomados por bases y consultados de una manera discreta en la constitución escrita, que ha de ser expresión de la constitución real, natural y posible.

El poder respectivo de esos hechos anteriores, tanto unitarios como federativos, conduce la opinión pública de aquella República al abandono de todo sistema exclusivo y al alejamiento de las dos tendencias o principios, que habiendo aspirado en vano al gobierno exclusivo del país, durante una lucha estéril alimentada por largos años, buscan hoy una fusión parlamentaria en el seno de un sistema mixto, que abrace y concilie *las libertades de cada Provincia y las prerrogativas de toda la Nación*: solución inevitable y única, que resulta de la aplicación a los dos grandes términos del problema argentino —*la Nación y la Provincia*—, de la fórmula llamada hoy a presidir la política moderna, que consiste en la combinación armónica de la *individualidad* con la generalidad, del *localismo* con la *nación*, o bien de la *libertad* con la *asociación*...”.

³³ En rigor, ni todo el derecho sustantivo o de fondo argentino es legislado por el Congreso Federal, ni todo el derecho adjetivo o de forma es legislado por las provincias. Arturo BAS lo explica claramente: “Como se ve, *la legislación de fondo* sobre las fundamentales materias enunciadas ha sido *conferida a la Nación*, quedando como facultad privativa de las provincias consagrar dentro de su respectivo territorio, *por medio de leyes locales, las reglas de procedimientos* adecuadas para asegurar la efectividad de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que aquellas leyes de fondo consagran.

Esto no obstante, conviene recordar que la legislación y la jurisprudencia han establecido, que encuadra dentro de las facultades del Congreso la de dictar reglas de carácter procesal *en casos determinados*, cuando a juicio del mismo *sean necesarias disposiciones especiales de ese orden para el logro de los objetivos consignados en la ley de fondo* cu-

en este tema que parece fuera de debate, los límites entre uno y otro campo son al presente bastante difusos si se tienen en cuenta algunas instituciones como las causales de extinción de la acción penal (prescripción u otras)³⁴ o algunas características del proceso contenidas en la Constitución nacional³⁵.

Estos señalamientos se orientan a tener presente que un enfoque dogmático tradicional del diseño constitucional argentino tal como el que caracteriza a gran parte de las obras de amplia circulación destinadas a la enseñanza del derecho constitucional encontraría dificultades en explicar las peculiaridades, historia y actualidad de la condición jurídica de la infancia en la Argentina. En rigor, los autores nunca se encontraron con esa dificultad teórica porque el tema de los “menores” nunca había sido tema que mereciera la mínima reflexión por parte de los estudiosos del derecho constitucional argentino; pero esto ha cambiado en los últimos años, sobre todo a partir de la ratificación por parte de la Argentina de la CDN³⁶ pero más específicamente a partir de la reforma constitucional del año 1994, cuando el tema parece haber ingresado a la agenda del derecho constitucional argentino de la mano de otros derechos humanos incluidos en el texto constitucional reformado³⁷.

ya eficacia se trata de asegurar...”. Cf. BAS, Arturo M., *El Derecho Federal Argentino. Nación y Provincias*, Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1927, t. II, p. 198.

³⁴ Interpreto que MAIER orienta su reflexión en el mismo sentido cuando afirma: “Es difícil tan siquiera convenir el lugar aproximado donde trazar la frontera entre presupuestos procesales y condiciones objetivas de punibilidad, más aún cuando el trazado de la línea o del ámbito fronterizo depende de la concepción correcta de un límite mayor, o más conflictivo, aquel que separa el Derecho penal del Derecho procesal penal. No nos proponemos aquí una investigación exhaustiva sobre ello, *que falta en nuestro país*, sobre todo cuando ella es requerida por las consecuencias de la particular manera de interpretar el federalismo de nuestra CN”, en MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. II, *Parte general. Sujetos procesales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2003, ps. 75 y siguientes, y 514 y siguientes (destacado agregado).

³⁵ El juicio por jurados o el sistema acusatorio, por ejemplo. Ver, otra vez, MAIER, *Derecho Procesal Penal*, t. II, cit., ps. 75 y siguientes, respecto de los presupuestos procesales, y en ps. 117 y siguiente respecto de la competencia de los tribunales, como problemas del derecho local o federal. Germán BIDART CAMPOS argumentó sobre el carácter federal de la prisión preventiva –como desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos– y sostuvo que era un anacronismo seguir reclamando competencia provincial para regular el instituto, en “La Ley”, año XIV, n° 222, 17 de noviembre de 2000, Columna de opinión.

³⁶ En este sentido me parece interesante recordar que a comienzos de la década de 1990 no existía la mínima reflexión constitucional sobre el tema, más allá de alguna mención al tema de la niñez incluida en una más general acerca de la familia, a su vez dentro de la explicación –no frecuente entre los constitucionalistas argentinos–, del art. 14 *bis*, en cuanto establece en lo pertinente que: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio (...); *la protección integral de la familia*; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”. Esta situación puede ser caracterizada, por lo menos, como una curiosidad histórica ya que como he señalado reiteradas veces las normas tutelares de menores son un ejemplo claro de lo que se denomina en la doctrina constitucional estadounidense norma inconstitucional *on its face*; esto es normas cuyos artículos, en gran medida, no resistirían el mínimo escrutinio serio de constitucionalidad, ni en el caso concreto ni en abstracto. Por ese motivo a comienzos de la década de 1990 se pensó que era necesario involucrar a los constitucionalistas en el tema de “los menores” de modo de sacarlo de su autismo e ingresarlo a la agenda principal de los derechos humanos en la Argentina. Así, desde un proyecto de la Cooperación Italiana llamado en la Argentina “Pibes Unidos” se convocó a pensar y a escribir sobre el tema al principal referente nacional entonces, el Dr. Germán BIDART CAMPOS, quien generosamente aceptó la invitación. Hasta donde he logrado investigar, su conferencia dictada en el Seminario Internacional “El derecho y los chicos. Balance y perspectivas de las reformas legislativas”, que tuvo lugar en Buenos Aires entre los días 21 y 24 de marzo de 1995, es uno de los primeros comentarios de un profesor de primera línea en el derecho constitucional argentino referido a la aplicación de la CDN en el ámbito nacional.

³⁷ Al respecto es del caso señalar que es posible considerar que los derechos consagrados en el tratado, aun antes de su incorporación a la Constitución Nacional, eran derecho federal (cf. CSN en M. 354 XXIV “Méndez Valles, Fernando c/A. M. Pescio S.C.A. s/ejecución de alquileres”). En consecuencia, el impacto en esta materia de la reforma constitucional de 1994 es mínimo.

Para ingresar al análisis dogmático constitucional respecto de si la protección a la infancia es una facultad local o federal debe recurrirse, en primer lugar, al texto constitucional, y luego a sus primeros intérpretes.

Respecto del texto constitucional, sería sencillo resolver el problema si en la Constitución existiera una definición clara sobre el tema; pero no la hay.

Las normas constitucionales sobre las que se debe desarrollar el argumento son básicamente tres. Por un lado, la que responde a la pregunta respecto de cuál es el poder que conservan los estados provinciales y por tanto con el que pueden legislar:

“Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por actos especiales al tiempo de su incorporación” (actual artículo 121; 104 originario).

Por otro lado, la que responde a la pregunta de cuánta autonomía constitucional tendrán:

“Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero” (artículo 123; 106 originario).

Finalmente, la que responde a la pregunta respecto de sobre qué materias los estados provinciales no pueden regular:

“Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultades de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros” (artículo 126; 108 originario).

Sobre la base de estos artículos se ha desarrollado la interpretación constitucional clásica respecto de las facultades delegadas, no delegadas y las que los autores llaman facultades concurrentes de los gobiernos federal y provincial que –como intentaré demostrar– tampoco ayudan mucho a resolver el problema³⁸.

Si “los poderes provinciales son la regla y los atribuidos al gobierno federal la excepción, según la tesis de ALBERDI, es preciso tener presentes los poderes delegados para saber cuáles son los conservados...”³⁹; y en tanto los poderes referidos a la protección de la in-

³⁸ “En resumen, según la estructura constitucional, las provincias pueden hacer todo lo relativo al interés local. En principio, les asiste una presunción *juris tantum* de que tal o cual poder les pertenece, y es necesario dar razones para probar que no le compete, porque excede el interés local para comprometer igual interés de otras provincias, que son en definitiva el de la Nación toda. Por tanto, habrá que repasar en la Constitución Nacional los poderes delegados al gobierno federal (los expresos y los implícitos) enumerados en los arts. 67, 86, 100 y 101, para sólo entonces hacer funcionar la prohibición del art. 108. No estando comprendido en esas normas, habrá que concluir que el tema es de incumbencia de la provincia, o por lo menos concurrente con el gobierno federal”. ITURREZ, Arturo Horacio, en AA.VV., *Derecho público provincial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 85.

³⁹ Cf. *idem*, p. 79. En el mismo sentido: “Ésta es la regla general y comprensiva para dirimir en todo caso los conflictos posibles entre los dos órdenes de gobiernos, y según ella, el de la Nación, siendo conferido por las Provincias, es expreso, limitado y excepcional. (...) La soberanía que conservan en todo lo referente al poder no delegado es, por consiguiente, absoluta [con cita de *Fallos*, s. I, t. 7, p. 386], y abarca todo lo relativo a su régimen, progreso y bienestar interno [con cita de *Fallos*, s. I, t. 9, ps. 277-279], toda función comprendida en el concepto de Estado”. GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, cit., ps. 645-646.

fancia –como sea que ella se haya entendido a lo largo de los años– no fueron teórica, normativa ni políticamente delegados al gobierno federal, se impone la conclusión de que éstos eran competencia local.

La regla de ALBERDI es clara:

“La esfera del Gobierno general sólo comprende un número determinado de cosas, que son las que interesan al bien común de las Provincias. Mientras que los gobiernos provinciales conservan bajo su acción inmediata todos los intereses locales de su provincia respectiva, la administración de justicia en asuntos civiles y criminales, que afectan a la propiedad, a la vida, al honor, a la libertad de los ciudadanos, la legislación local y el gobierno inmediato de su pueblo”⁴⁰.

En el mismo sentido, ESTRADA:

“Todas las atribuciones pertenecientes ó que puedan pertenecer al gobierno, que no están definidas en la Constitución; todas aquellas cuyo ejercicio sea menester en cualquier ocasión en virtud de ulteriores necesidades sociales no previstas por el pueblo y sus representantes al tiempo de sancionar la ley fundamental de la República –pertenecen á las provincias, siempre que de ello no se siga perjuicio ni á la unidad nacional, ni á la supremacía de la Constitución y de las leyes de la Nación”⁴¹.

Y la regla general para deslindar los poderes de la Nación y de las provincias de GONZÁLEZ CALDERÓN:

“El art. 104 de la Constitución es el que determina el criterio que debe guiar al intérprete para la clasificación de los poderes de gobierno. Dicho artículo significa que la Constitución es una concesión de poderes al gobierno federal y fija, a la vez, una regla general para deslindar lo que incumbe a la Nación de lo que corresponde a las Provincias. Según el mismo artículo, el gobierno de Provincia es lo común, lo ordinario, lo general; en tanto que el gobierno general es lo extraordinario, la excepción”⁴².

Por otro lado, en relación con las facultades locales no delegadas dentro de las cuales se encontraría la protección a la infancia desvalida, FRÍAS formula una observación que abona la tesis que aquí se sustenta en el sentido de que, según la definición y conceptualización que se haga de un tema, se resolverá en consecuencia su encuadre como cuestión local o federal⁴³:

“Los poderes conservados por las provincias, los concurrentes y los concertados interjurisdiccionalmente serán la materia del derecho constitucional provincial en lo económico-social. Si el de-

⁴⁰ ALBERDI, *Derecho público provincial*, cit., Capítulo primero, § 6, ps. 35-36.

⁴¹ ESTRADA, José Manuel, *Curso de Derecho Constitucional*, Científica y Literaria Argentina, Buenos Aires, 1927, t. III, en *Obras Completas de José Manuel Estrada*, t. VI, p. 32.

⁴² GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de Derecho Constitucional*, Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1943, p. 157.

⁴³ En algún sentido interpreto que algo parecido quiere sugerir GONZÁLEZ CALDERÓN cuando afirma: “La cuestión de los derechos de los Estados dependerá, claro está, del criterio con que se encare la correlativa sobre la naturaleza y los propósitos de la organización constitucional y del concepto sobre lo que ha de ser la esfera de acción del poder federal; y también de la manera de comprender los límites que le están impuestos por la co-existencia de los gobiernos de Estado con poderes indefinidos.

Esta cuestión se vincula íntimamente con la que suscita la interpretación general de los poderes confiados al gobierno federal, y en cada caso dependerá del criterio con que se entienda la extensión de tal o cual poder delegado al mismo (...); así como los poderes conservados por las Provincias, originales e inherentes a su autonomía, deben ser interpretados conforme a la índole de nuestro régimen político, según la cual ha de rechazarse decididamente toda tendencia hacia la centralización del gobierno en nuestro país”. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Curso de Derecho Constitucional*, cit., p. 145.

recho de familia, la propiedad, el contrato de trabajo no son de su competencia, lo son la educación, la salud, el ambiente, el desarrollo, la seguridad social, y tantos otros en medida no desdeñable”⁴⁴.

En un sentido, educación, salud, ambiente, desarrollo, seguridad social son temas vinculados con la protección de los habitantes, en el caso que nos ocupa, con la protección de los niños.

Se sostiene también que

“(…) entre las facultades de las provincias, se comprenden todas aquellas requeridas para la debida satisfacción de las necesidades exigidas por el gobierno civil de cada localidad, teniendo, como límites, las atribuciones inherentes al gobierno central, en orden a la dirección de las relaciones exteriores, y a satisfacer las exigencias generales de la Nación”⁴⁵.

Es evidente que sea desde la perspectiva tutelar tradicional –la protección de menores como protección de un segmento de los incapaces, los carentes de familia o con familia inadecuada⁴⁶–, o desde una perspectiva más actual –la protección de niños y niñas como protección de derechos humanos–, como actividad estatal *a priori* es una actividad vinculada con la satisfacción de las necesidades exigidas “por el gobierno civil de cada localidad” –por lo tanto, competencia local–. Sus límites en razón de las relaciones exteriores del estado o por las exigencias generales de la Nación pueden existir pero pertenecen más bien al terreno de la especulación teórica que de la realidad.

La definición de Joaquín V. GONZÁLEZ⁴⁷ sobre legislación exclusiva de las provincias apoya también la idea que aquí se desarrolla. Afirma:

“Además de las materias ya enumeradas dentro del propio Gobierno de las Provincias, y aparte de las reglas generales expuestas sobre deslinde de los dos órdenes de jurisdicciones, les corresponde la suma de poderes legislativos anexos a su cualidad de Estados, y que pueden ser clasificados por semejanza con los del Congreso. Así, ellas, o sus Legislaturas, tienen facultad para dictar todas las leyes ‘necesarias y convenientes’ para poner en ejercicio sus constituciones y soberanía reservada (...) Y como ésta es la regla general, y la cedida a la Nación es excepcional, se deduce que es más vasta, que es ilimitada la esfera que puede recorrer la legislación de Provincia”⁴⁸.

En la enumeración de GONZÁLEZ ello incluye leyes de forma, leyes generales o particulares relacionadas con el poder de policía reservado a la soberanía provincial, leyes de “protección y progreso, así económico como intelectual y social”⁴⁹.

¿Pueden entonces las provincias legislar sobre cualquier materia no delegada al gobierno federal? La respuesta es negativa. Existen límites explícitos a las provincias para legislar sobre materias específicas que, según la doctrina, “resultan de expresas disposiciones de la Carta fundamental, que consagran prohibiciones para aquéllas [las provincias] de legislar

⁴⁴ FRÍAS, Pedro José, *Cláusulas económicas-sociales en el Derecho público provincial*, en FRÍAS, Pedro J. y otros, *Derecho público provincial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 180.

⁴⁵ BAS, *El Derecho Federal Argentino. Nación y Provincias*, t. I, cit., p. 71.

⁴⁶ Para quienes se dictó la Ley de Patronato de Menores n° 10.903 en 1919. Ver en este sentido BELOFF, Mary, *No hay menores de la calle*, en “No Hay Derecho”, Buenos Aires, n° 6, junio de 1992; también GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, *Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente*, citado, ps. 137-138.

⁴⁷ Ministro del presidente ROCA, que redactó la Ley de Residencia.

⁴⁸ En el mismo sentido, GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*. cit., ps. 654-655.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 655.

sobre materias que taxativamente se consignan”⁵⁰. Estas limitaciones explícitas tienen por objeto “general robustecer el carácter de exclusivas a ciertas facultades del gobierno general; o consolidar la unidad de ciertas ramas de legislación, o por fin, garantizar la igualdad de los derechos políticos derivados del estatuto fundamental de la nación”⁵¹. De la lectura del art. 108, CN, originario se sigue que, entre estas limitaciones explícitas no está incluida la protección a la infancia⁵².

Pero aun si se asume que existen poderes residuales (ya que el constituyente razonablemente no podía prever todos los asuntos que serían competencia de uno y otro ámbito de manera exhaustiva), los autores coinciden en que los poderes residuales provinciales tratan de las materias locales y domésticas (otra vez la protección a la infancia parece encajar en esta clasificación), en tanto los poderes residuales nacionales serían, tautológicamente, aquellos “esencialmente nacionales” en la expresión de ALBERDI⁵³:

“Así, pues, será necesario encontrar en la Constitución delegado expresa o implícitamente al gobierno federal o a alguno de sus departamentos el poder de que se trate, para decir que le corresponde: todo lo que no está allí comprendido, específicamente o por implicancia, como perteneciéndole, es de las Provincias; y al revés, será preciso probar que a éstas les ha sido expresamente prohibido el poder de que se trate para decir que no les corresponde: ellas conservan todo el poder no conferido al gobierno de la Nación”⁵⁴.

Por otro lado, los autores reconocen que existen límites implícitos a las facultades legislativas provinciales que contradirían el postulado según el cual la regla es que las pro-

⁵⁰ Cf. BAS, *El Derecho Federal Argentino. Nación y Provincias*, t. II, cit., p. 243. “La armonía imperiosamente exigida para el regular desenvolvimiento del Estado nacional, y de cada una de las provincias como centros seccionales de autoridad, nos obliga a precisar los límites explícitos e implícitos impuestos a la facultad indefinida de legislación que corresponde a las últimas dentro de nuestro organismo federal: los primeros resultan de expresas disposiciones de la Carta fundamental, que consagran prohibiciones para aquéllas de legislar sobre materias que taxativamente se consignan; mientras que las limitaciones implícitas surgen, de haberse conferido por la Constitución al Gobierno federal ciertas atribuciones que aunque no con carácter de exclusivas ni prohibiendo igual ejercicio a las provincias, sean sin embargo de tal naturaleza que su ejercicio por ambos centros de autoridad, pudiera traer choques y perturbaciones, inadmisibles dentro del organismo nacional”.

⁵¹ ESTRADA, *Curso de Derecho Constitucional*, t. III, cit., p. 46.

⁵² Los temas sobre los cuales las legislaturas provinciales no pueden legislar son los siguientes: relaciones exteriores de la Nación, intereses de orden económico, la unidad de legislación mercantil, civil, política; y lo que los autores denominan “Patronato nacional”, que no tiene que ver con el “Patronato de Menores” sino con las relaciones exteriores del Estado respecto del Vaticano (de ahí que se estableciera como competencia delegada). Sobre este Patronato: “En su origen, el patronato no era un derecho, sino un privilegio obtenido por concesión del Sumo Pontífice a un rey o persona determinada (los fundadores por ejemplo) para designar personas idóneas en un beneficio eclesiástico vacante. Sin embargo, en el curso de los tiempos, muchos monarcas ejercieron dicha facultad como si fuera una natural facultad regia, independiente de la concesión pontificia (‘regalismo’); así pasó el derecho de patronato a considerarse como una prerrogativa del poder civil. Tal el caso de nuestra ley fundamental.

Una y otra postura difieren profundamente al considerar la naturaleza del patronato. Para la primera, el patronato es el ‘privilegio otorgado por la Santa Sede a los reyes o jefes de Estado, de proponer, a la autoridad eclesiástica que debe nombrarlos, personas idóneas para los beneficios eclesiásticos, tanto mayores como menores, de su respectiva nación’ [con cita de R. DE LAFUENTE, *El patronato y el pase o “exequatur” argentinos en AA.VV., La doctrina católica en el desenvolvimiento constitucional argentino*, Buenos Aires, 1957]. En cambio la tesis regalista considera al ‘derecho de patronato’ como ‘la facultad que corresponde al gobierno de la República de presentar o nombrar a alguna persona para que se le confiera un beneficio eclesiástico y para cuidar o administrar los bienes comprendidos en el mismo’. En tales términos lo ha definido la corte suprema en el caso ‘Boneo’ [*Fallos*, 142:342]”. Cf. SEGOVIA, Juan Fernando, *La materia religiosa*, en AA.VV., *Atribuciones del Congreso argentino*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 381.

⁵³ ALBERDI, Juan Bautista, *Elementos del Derecho Público Provincial Argentino*, en *Organización de la Confederación Argentina*, El Ateneo, Pedro García y Cía., s/f, Buenos Aires, t. I, ps. 300 y 303.

⁵⁴ GONZÁLEZ CALDERÓN, *Curso de Derecho Constitucional*, cit., p. 157.

vincias legislen en todo aquello que expresamente no haya sido delegado al Congreso Federal. Así puede leerse:

“En resumen, podemos decir que las provincias invisten todas las facultades anexas á la idea de la soberanía social y del gobierno, con excepción de las siguientes que expondré en la forma en que *El Federalista* las resume: *primero*, aquellas que hayan sido expresamente prohibidas á las provincias por la Constitución federal; *segundo*, aquellas que hayan sido conferidas por la Constitución al gobierno federal como exclusivas; y *tercero*, aquellas que conferidas al gobierno federal, aunque no como exclusivas, sean, sin embargo, de tal naturaleza que extrañe verdadera repugnancia y contradicción su simultáneo ejercicio de parte de la nación y de parte de las provincias”⁵⁵.

Sin embargo, también en palabras de ALBERDI: “el derecho de provincia no puede tener fines diferentes que los del derecho general de la República. Lo que interesa á la Nación en globo, interesa naturalmente á las porciones ó divisiones que consta”⁵⁶. “Esto y decir que lo negro es blanco a la vez, y lo blanco negro también, es la misma cosa”⁵⁷.

En conclusión, la protección a la infancia no fue delegada al gobierno federal; tampoco existe límite explícito ni implícito a las provincias para regular sobre este tema. Así lo entendieron los estados provinciales desde siempre y por eso muchos dictaron leyes de menores –por cierto, en concordancia con la ley nacional de Patronato de Menores n° 10.903⁵⁸–, y más recientemente nuevas leyes de protección de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, claramente opuestas al sentido y contenido de la ley 10.903. El caso de la ley 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es paradigmático en este aspecto, como explicaré más adelante.

II. 3. ¿La protección a la infancia como facultad concurrente?

Queda pendiente el análisis respecto de si la regulación sobre protección a la niñez puede ser considerada una facultad legislativa concurrente entre las provincias y la Nación. Esta ha sido una de las pobres salidas teóricas –*ex post*– para aquellos casos en los que las provincias legislaban junto con la Nación algunos temas “no delegados”.

Se consideran facultades concurrentes aquellas destinadas a realizar “los fines o propósitos declarados en el preámbulo de la ley suprema”⁵⁹, en general vinculados con el “desarrollo y bienestar económico”⁶⁰; y siempre que “su ejercicio simultáneo no resulte incompatible”⁶¹.

Lo problemático de estas definiciones de facultades, poderes o acciones concurrentes entre el gobierno federal y las provincias ha sido adecuadamente destacada por BIELSA:

⁵⁵ ESTRADA, *Curso de Derecho Constitucional*, t. III, cit., ps. 50-51.

⁵⁶ ALBERDI, *Derecho público provincial*, cit., ps. 55-56.

⁵⁷ GONZÁLEZ CALDERÓN, *Curso de Derecho Constitucional*, cit., p. 149.

⁵⁸ “Debemos reiterar que, no obstante la regla que antecede, si sobreviene un conflicto por coincidir ambas jurisdicciones sobre una materia dada, debe prevalecer la regla del art. 31, que establece la supremacía de la CN y de las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicte el Congreso. Por tanto, debemos entender que no cualquier ley de la Nación será prioritaria, sino aquella que sea sancionada dentro de la competencia que la Constitución ha otorgado al gobierno federal; de lo contrario, no prevalecerá”, en ITURREZ, Arturo Horacio, *La provincia en la Nación*, en AA.VV., *Derecho público provincial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 84.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 83.

⁶⁰ FRIAS, *Cláusulas económicas-sociales en el Derecho público provincial*, cit., p. 30.

⁶¹ ITURREZ, *La provincia en la Nación*, cit., p. 82.

“(…) si los poderes de la Nación y los de las Provincias han sido ya deslindados y atribuidos a una y a otras por la Carta Fundamental, y se deduce lógicamente que cada una de ellas debe ejercerlos en su respectiva esfera, con independencia de todo otro, no se explica cómo puede ejercerse simultáneamente por la Nación y las Provincias poderes o facultades que se ha dado en llamar, por eso mismo, *concurrentes*. (...) en realidad, la doble atribución –la de la Nación y la de las Provincias, en su caso– en una misma clase de intereses, no implica fatalmente el ejercicio de una facultad o poder, pues esto, como decíamos, no es posible *jurídicamente* sino en la respectiva esfera o jurisdicción; así pues, cuando ello ocurre sólo hay una gestión concurrente, lo que es bien distinto de una atribución o facultad concurrente”⁶².

Llama la atención lo sinuosa que es la doctrina en este punto, ya que autores que afirman que es clara la regla de atribución de competencias o facultades provinciales o federales, al mismo tiempo afirman que:

“Pero si bien las provincias conservan todo el poder no delegado á la Nación, expresa ó tácitamente, si bien no nos es dado hacer distinciones caprichosas que la letra de la ley no autoriza, es también de tener presente que no porque veamos que una atribución corresponde á la Nación, hemos de concluir, sin más examen, que les está vedada á las provincias”⁶³.

Los autores suelen dar como ejemplos de facultades concurrentes las regulaciones referidas a la educación⁶⁴ o a la salud, ambas materias que modernamente podrían ser consideradas parte del universo de los derechos del niño –al punto que tales derechos son tratados por varios artículos de la CDN⁶⁵–. Conforme lo afirma cierta doctrina, la educación sería una facultad concurrente, por cuanto: “los intereses sociales envueltos en la instrucción pública son tales, y de tal magnitud, que deben excitar el esfuerzo común y solidario,

⁶² BIELSA, Rafael, *Compendio de Derecho Público. Constitucional, Administrativo y Fiscal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1952, ps. 363-364. En igual sentido, ITURREZ, *La provincia en la Nación*, cit., p. 82. En contra, “En un sentido general, podría decirse que tanto los poderes de la Nación como los de las Provincias son concurrentes en la realización de los fines o propósitos de la organización constitucional, declarados en el preámbulo de la ley suprema; pero en un sentido técnico, esas palabras: ‘poderes concurrentes’ significan que, en determinados casos, ciertos poderes pueden ser a la vez ejercidos por la Nación y por las Provincias. Son consecuencia de tales facultades concurrentes de la armonía de conjunto, de la unidad de fines y concordancia de propósitos que supone nuestro régimen de gobierno. Hay, además, muchas materias en las que la acción del gobierno federal y la de los gobiernos provinciales puede ser indistintamente ejercida, en virtud de una interpretación económica y liberal de la Constitución, cuando se derive un beneficio positivo para la Nación y para las Provincias. (...) pertenecientes a la esfera legislativa del Congreso, cuando interesen ‘a la prosperidad del país y al adelanto y bienestar de todas las Provincias’. De ambos textos combinados es que se deducen los poderes concurrentes, pero sin olvidar este principio fundamental y necesario: en los casos previstos y sólo en lo que respecta a *una Provincia*, la acción puede ser concurrente; mas en lo que se refiere a *todas las Provincias*, la acción del gobierno federal es exclusiva”. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Curso de Derecho Constitucional*, cit., ps. 154-156.

⁶³ MONTES DE OCA, M. A., *Lecciones de Derecho constitucional. Notas tomadas de las conferencias del Dr. M. A. Montes de Oca por Alcides V. Calandrelli*, Imprenta “La Buenos Aires”, Buenos Aires, 1896, t. II, p. 451. En el mismo sentido: “puede acontecer que la Constitución confiera determinadas atribuciones al gobierno federal, sin privar a las provincias el ejercicio de una autoridad análoga, ni establecer que la facultad conferida al gobierno federal es exclusiva; pero si esa facultad es de tal naturaleza que no pueda menos de producirse perturbación, si se la legisla en diversos sentidos y por diversas autoridades, sobre la materia a que se refiere, entonces la atribución conferida a la nación excluye por completo toda atribución concurrente por parte de las provincias”. Cf. ESTRADA, *Curso de Derecho Constitucional*, t. III, cit., p. 50.

⁶⁴ Es del caso recordar que en el art. 5 de la Constitución Nacional originalmente aprobada en 1953 se aseguraba la educación primaria gratuita, cláusula que fue eliminada junto con otras por la reforma de 1860.

⁶⁵ Arts. 23, 24 y 25 referidos al derecho a la salud, y arts. 28 y 29 referidos al derecho a la educación.

condensado en todos los grados jerárquicos de gobierno, el municipio, la provincia y la nación⁶⁶; y también porque ella conduce al progreso del país⁶⁷.

Pero el argumento es engañoso. En realidad, la Constitución manda a las provincias dictar las propias normas fundamentales dentro de ciertos límites explícitos. Estos incluyen asegurar su organización institucional sobre la base del sistema representativo republicano, su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria, de manera que la “conurrencia” federal y provincial en lo que se refiere a la educación se basa sobre una norma constitucional explícita que obliga a las provincias a asegurar este derecho en su territorio. Por otro lado, no se puede desconocer la “cláusula de prosperidad” (ex art. 67, inc. 16, actual art. 75, inc. 18, CN) que pone en cabeza del Congreso Federal “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, el adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general”. Este mandato federal está reafirmado más específicamente en el art. 75, inc. 19º, 3º párrafo —agregado por la reforma del año 1994—, aunque nuevamente complejizado por lo dispuesto en el art. 125, CN.

Por otro lado, el supuesto de la educación es en principio bien diferente del de la salud, por ejemplo, que no se encontraba originalmente regulado en la Constitución. Los alcances, modalidades y contenidos de ese derecho quedan en la Constitución librados a la decisión política local, por lo menos hasta la incorporación de tratados de derechos humanos a la norma fundamental federal, no obstante poder considerarse sobre la base del art. 14 *bis* y anterior art. 67, actual art. 75, inc. 12, que el Congreso nacional, al tener la atribución de dictar códigos en material laboral y de la seguridad social, podría regular cuestiones vinculadas con la protección de la salud enmarcadas en esta última (aunque muchas veces se la haya acotado en los hechos a la relación laboral y en cuanto sea reglamentación de aspectos específicamente abordados por ésta).

En definitiva, los autores no hacen más que describir lo que ha sucedido en los hechos sin explorar una explicación a la circunstancia de que las provincias hayan legislado junto con el gobierno federal sobre esta materia. No es difícil imaginarse conflictos entre los estados provinciales y el gobierno federal respecto de cómo garantizar estos derechos, qué contenido darles, etc. Cuestiones tales como derechos sexuales y reproductivos, educación laica o confesional, extensión de la obligatoriedad y gratuidad por nombrar algunas pueden enfrentar al poder federal con los poderes locales.

Coincide con esta conclusión Joaquín V. GONZÁLEZ, quien sostiene:

“Por lo tanto esta teoría de los derechos concurrentes es una teoría que necesita mayores explicaciones y yo había dicho que, poderes concurrentes, cuando versan sobre el mismo objeto, son poderes que necesariamente se excluyen”⁶⁸.

En caso de facultades concurrentes, ¿cómo se resolverían los problemas provocados por las tensiones entre el régimen federal —en lo que es particularmente evidente, el sistema tutelar de menores— y estas nuevas legislaciones provinciales basadas en presupuestos teóricos y normativos antagónicos? En este punto la solución es sencilla: aun respecto de las “facultades concurrentes” dentro de las cuales sería posible ubicar la protección de los niños, la supremacía constitucional es clara para los autores. Así, ALBERDI sostuvo:

⁶⁶ ESTRADA, *Curso de Derecho Constitucional*, t. III, cit., ps. 23-24.

⁶⁷ MONTES DE OCA, *Lecciones de Derecho constitucional*, cit., ps. 455-456.

⁶⁸ Discurso de Joaquín V. GONZÁLEZ, citado en ZAVALÍA, *Derecho Federal*, cit., p. 894.

“En muchos de los objetos sometidos á la acción del Gobierno general, las Provincias conservan el poder de legislar y estatuir en participación con aquel gobierno, con tal que no contravengan á las disposiciones del Gobierno Nacional, que son supremas por esencia, es decir, tienen la supremacía o prelación, en su aplicación, cuando concurren en algún caso dado con las disposiciones de provincia”⁶⁹.

En resumen, del análisis de la literatura jurídica especializada parece quedar claro que lo que los autores llaman “facultades concurrentes” –ausentes del texto constitucional– son materias en las que las respectivas competencias locales y federal coinciden para lograr fines federales; pero de ninguna norma surge que sean competencias equivalentes o similares⁷⁰. Los estados provinciales pueden desarrollar acciones, programas, junto con el gobierno federal y a la inversa; lo que está en discusión aquí es el alcance de las facultades legislativas de una y otra jurisdicción. En tal sentido, la regla constitucional es precisa, más allá de las ambiguas explicaciones de los autores respecto de circunstancias históricas particulares. Lo que es competencia del Congreso fue delegado por las provincias. Lo que no fue delegado es competencia local y en ese nivel se encuentran, en principio y por regla general, las políticas activas de protección a la infancia.

III. El nuevo estatus de los derechos del niño a partir de la reforma constitucional de 1994 y las nuevas leyes provinciales. El caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La tesis que aquí se sustenta en el sentido de que las facultades vinculadas con la protección de los niños pertenecen al ámbito local por razones históricas, políticas y normativas, se ve reafirmada por la forma en la que se ha dado cumplimiento en la Argentina a la CDN.

Como señalé al inicio, una considerable cantidad de provincias argentinas ha dictado desde la ratificación de la CDN leyes de protección a la infancia compatibles con los compromisos internacionales asumidos por el país, en tanto el gobierno federal continúa incumpliendo estas obligaciones, en lo que aquí interesa, al omitir dictar leyes que adecuen el derecho interno al tratado mencionado.

Muchas provincias argentinas no dudaron a la hora de legislar sobre el tema y dieron origen a una particular situación institucional: la garantía legal de los derechos fundamentales de los niños que el país se obligó a respetar sólo es reconocida por algunos estados provinciales.

Curiosamente, el mismo tratado produce efectos institucionales diferentes. Por un lado, motorizó la reforma legal a nivel provincial fortaleciendo la tesis de que la protección a la infancia es una competencia local; Por el otro, transformó la materia en cuestión federal, por primera vez en la historia.

Por otro lado, recién a partir del año 1994 la protección a los niños tiene específicamente rango constitucional, si bien como ya señalé algún anclaje podía dársele en los derechos sociales consagrados por la reforma constitucional del año 1957 en el art. 14 *bis* (en particular en lo referido a la protección de la familia).

Los derechos civiles y políticos (conocidos como “de primera generación”), consagrados en el texto constitucional para todos los habitantes de la Nación –como ha sido sufi-

⁶⁹ ALBERDI, *Derecho público provincial*, cit., p. 25.

⁷⁰ Cf. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Curso de Derecho Constitucional*, cit., ps. 154-156.

cientemente analizado— no eran considerados de aplicación a los menores de edad en razón de su incapacidad y de la justificación de la intervención estatal frente a ellos, que puede resumirse en el concepto de “cultura tutelar”⁷¹. De manera que la violación de cualquiera de estos derechos podía constituir cuestión federal suficiente para reclamar su protección por la Corte Suprema. No obstante, por la cultura y las prácticas imperantes, no se advertía la necesidad del reclamo sobre la base de interpretarse que toda la actividad estatal tuitiva hacia los menores de edad (aún coactiva) no comprometía derechos porque se dirigía a proteger a los niños. Así, el niño no estaba preso sino internado; el proceso en el que se decidía la intervención estatal no era un “proceso” sino un procedimiento, informal, orientado a proteger mejor al niño y donde, en consecuencia, no regían las reglas del debido proceso; no eran necesarios recursos ni abogados defensores por las mismas razones, etcétera.

Cuando en 1919 el Congreso nacional aprobó la Ley de Patronato de Menores, ésta estableció el marco a partir del cual muchos estados provinciales organizaron sus políticas de atención a la infancia pobre, sin apartarse un ápice del modelo tutelar; pero desde que la protección a la infancia dejó de ser una cuestión relacionada con el asistencialismo y la filantropía para convertirse en una cuestión vinculada directamente con la garantía de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, el tema de la protección de los derechos de niños (civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, etcétera) debe ser considerado cuestión federal, por lo menos a los fines del art. 14 de la ley 48.

Por otro lado, los estados provinciales comprendieron el sentido del mandato emergente de la CDN y dictaron leyes de protección a la infancia, mediante dos caminos consistentes en, por un lado, derogar antiguas leyes tutelares y dictar nuevas acorde los nuevos estándares, como lo hizo Mendoza, y por el otro, regular este tema por primera vez en su historia, tal el caso de la provincia de Chubut.

Respecto de las reformas provinciales, es indudable que se encuentran fuertemente limitadas y condicionadas por la permanencia a nivel nacional de dispositivos tutelares (Código Civil, Régimen Penal de la Minoridad, etc.); no obstante las provincias han abordado en sus nuevas leyes estas tensiones y condicionamientos de modos ingeniosos y respetuosos de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes consagrados en la Constitución Nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos.

A la fecha gran parte de las provincias argentinas han reformado o bien dictado por primera vez leyes dirigidas a regular, en el ámbito local, la condición jurídica de la infancia conforme los estándares internacionales incorporados a la Constitución Nacional. Se trata, con mayor o menor éxito, rigurosidad técnica y claridad conceptual, de Mendoza⁷², Chubut⁷³, Neuquén⁷⁴, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁷⁵, Tierra del Fuego, Río Negro⁷⁶, Sal-

⁷¹ Sobre el particular ver BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, Capítulo 1.

⁷² La ley de Mendoza n° 6.354 del 7 de diciembre de 1995 fue la primer ley provincial a partir de la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

⁷³ Ley 4.347 de Protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia, del 16 de diciembre de 1997.

⁷⁴ Ley 2.302 de Protección integral del niño y el adolescente, aprobada el 7 de diciembre de 1999.

⁷⁵ Ley 114 de 1998.

⁷⁶ Ley 3.097 de Protección integral y promoción de los derechos del niño y del adolescente.

ta⁷⁷, San Juan⁷⁸ y Provincia de Buenos Aires⁷⁹, ésta en una particular situación jurídica, además de Misiones⁸⁰, Jujuy⁸¹, Chaco⁸² y Córdoba⁸³.

Es interesante tener presente todas las materias en las que las provincias dictan leyes que indirectamente regulan la condición jurídica de la infancia. En una síntesis apretada, se encuentran las siguientes: salud, educación, contravenciones y faltas (que a su vez incluyen las normas vinculadas con las adicciones: básicamente tabaquismo, alcoholismo y otras adicciones a sustancias prohibidas, superpuestas con normas vinculadas con el derecho a la salud), alimentos, trabajo, toda las leyes orgánicas (defensa, ministerio público, poder judicial, organismo del ejecutivo), policía, violencia familiar, planes materno-infantiles, sistemas de registro e identificación del recién nacido, programas para jefes y jefas de hogar, programas para niños con necesidades especiales, regulación de Internet, las adhesiones a tratados suscriptos por la Nación y convenios con organismos nacionales. Esta rá-

⁷⁷ Ley 7.039 aprobada el 8 de julio de 1999.

⁷⁸ Ley 7.338 de Protección integral de los niños y adolescentes, aprobada el 5 de diciembre de 2002, que derogó la anterior ley 1.156.

⁷⁹ En la Provincia de Buenos Aires se aprobaron dos leyes: la ley 12.607 y la ley 13.298 que en líneas generales son similares a las otras leyes provinciales anteriores.

Esta provincia presenta el caso más curioso de resistencia al cambio, sólo comparable con la situación que se ha dado en Guatemala. En efecto, la entrada en vigencia de la ley 12.607, aprobada por unanimidad por la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, fue suspendida en un caso impensable si se tratara de otra materia, por una medida cautelar dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, a pedido del titular del Ministerio Público Provincial, medida cautelar que tardó más de dos años sin que se resolviera sobre fondo del asunto. El conflicto, básicamente, se reducía a la desjudicialización operada en la ley de cuestiones vinculadas con la protección a los niños. En la práctica, ello significaba que los Tribunales de Menores de la provincia continuaran aplicando el Decreto-ley 10067, retuvieran las competencias asistenciales –transferidas por la nueva ley a los municipios– y no aplicarían los derechos y principios emanados de la Convención, situación particularmente grave en relación con los niños y adolescentes imputados de haber cometido delitos.

En el año 2002 la Legislatura provincial convirtió lo que era un claro conflicto de poderes y un asunto de gravedad institucional en un acuerdo: aprobó una ley que convalidaba la decisión de la Corte. Finalmente, la Corte rechazó la acción, mientras la Legislatura siguió aprobando leyes que prorrogaban la vigencia del Decreto-Ley 10.067, hasta que nuevamente aprobó una ley, la 13.298, cuya vigencia también fue suspendida por una nueva medida cautelar solicitada por la Procuradora General. Como ocurrió con la ley 12.607, el tema de fondo no se resuelve y mientras tanto los niños y niñas de la provincia siguen esperando tener abogados defensores, conocer la imputación que existe en su contra por un órgano independiente como el fiscal, no ser detenidos sino por flagrancia u orden escrita de autoridad competente, no ser separados de su familia por razones de pobreza, derechos elementales de cualquier persona, no por la sensibilidad individual de algunos funcionarios y magistrados –que existen– sino por imperativo legal. Ver sobre el tema BELOFF, Mary, *Un fallo tardío pero dichoso*, cit., ps. 72-93.

⁸⁰ Ley 3.820 “Ley de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes”, aprobada el 6 de diciembre de 2001, y prorrogada su entrada en vigencia por la ley 3.883.

⁸¹ La ley 4.722 de “Protección a la Minoridad” aprobada el 4 de noviembre de 1993 expresamente adhirió a la ley aprobatoria de la CDN n° 23.849 (art. 2). La Rioja aprobó una ley de “Protección integral del niño-a y del adolescente” n° 7590 el 20 de noviembre de 2003 que fue vetada por el decreto 991 del 5 de diciembre de 2003.

⁸² La provincia del Chaco dictó una ley 4.369 aprobada el 12 de diciembre de 1996 denominada “Estatuto Jurídico del Menor de Edad y la Familia”, que si bien es posterior a la ratificación, mantuvo intactos dispositivos tutelares (arts. 6, 7, 9, 53 y siguientes) combinados con normas de garantía (art. 21, entre otros).

⁸³ En el mismo sentido la provincia de Córdoba aprobó la ley 9053 el 30 de octubre de 2002 que revela una sofisticada técnica legislativa –característica de la provincia mediterránea– y aborda gran cantidad de aspectos vinculados con la materia; pero que se concentra en las funciones judiciales, sin desarrollar los aspectos vinculados con la promoción y garantía de derechos de niños, niñas y adolescentes en general. Entre Ríos (ley 9.324 y concordantes) y Santa Fe (ley 11.452 aprobada el 29 de noviembre de 1996) han introducido importantes reformas en materia de organización judicial y procesal, pero no han dictado una ley general de protección a los niños. En un sentido tradicional la reciente ley de San Luis n° 5.573 aprobada el 22 de abril de 2004 que crea Juzgados de Familia y Menores, con competencia para aplicar el art. 18 de la ley 10.903 y otros supuestos idénticos a los abordados por esa ley.

vida reseña permite señalar que sólo el dictado de una ley de protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes no implica agotar el espectro normativo provincial dirigido a garantizar esos derechos. Salvo que los legisladores provinciales se tomaran el trabajo de revisar todo el orden jurídico local y prepararan una especie de digesto de la condición jurídica de la infancia, para luego corregir todos los problemas en una nueva ley que no dejara ningún aspecto fuera, es claro que no basta con el dictado de una ley de protección para agotar las posibilidades legislativas vinculadas con la plena vigencia de los derechos del niño, además por supuesto de los problemas de implementación.

Cierto es que “las disposiciones de la Constitución Nacional son tan obligatorias para las provincias consideradas en su capacidad legal, como para los individuos congregados en el seno de cada una de ellas...” de modo que “la legislación de todas las provincias debe adaptarse y subordinarse a la Constitución Nacional”⁸⁴, por lo que a partir de que este tema adquiere rango constitucional, las provincias que cuenten con leyes violatorias del tratado estarían incurriendo en inconstitucionalidad, por lo menos por omisión. Pero lo curioso es que la mayoría de las nuevas leyes provinciales fueron dictadas con anterioridad a la reforma, sobre la base de asumir competencia positiva para legislar el tema tal como lo habían venido haciendo algunos estados provinciales, o como una oportunidad de legislar en un ámbito en el que no existían normas locales específicas, como ocurrió en otros, lo que confirmaría la tesis de que las competencias para legislar en materias vinculadas con la protección a los derechos de los niños es competencia no delegada por las provincias al gobierno federal y por lo tanto, parte del derecho público local, por lo menos hasta la ratificación de la CDN.

De modo que si la afirmación referida al atraso relativo de la República Argentina respecto de la obligación contraída al ratificar la CDN para adecuar el derecho interno a este tratado —que recordé al comienzo— tiene algo de cierto a la fecha, tal como dejé indicado más arriba ello es solamente así en relación con el ámbito federal y respecto de algunos estados provinciales. Sobra decir que la adecuación normativa no implica que esas leyes nuevas hayan tenido efectivamente un impacto concreto sobre la vida de los niños y niñas de las respectivas provincias; las hay donde sí (Neuquén o Chubut, por ejemplo), las hay donde no (Salta, Jujuy, por ejemplo).

Si se observa el sistema legal vigente para personas menores de edad en el ámbito federal y en el nacional —lo que sea que ello hoy quiera significar, tema sobre el que volveré más adelante—, poco o nada se ha modificado la cultura tutelar inaugurada por la Ley de Patronato de Menores en 1919, a pesar de algunos notables cambios normativos ocurridos entre 1984 y 2000 que pudieron haber hecho presumir cierto impacto concreto en la regulación de la condición jurídica de la infancia en la Argentina.

Esos cambios pueden resumirse en:

- a) la modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de aplicación directa de tratados internacionales de derechos humanos;
- b) la suscripción de tratados específicos de protección de derechos humanos, en particular, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño;
- c) la reforma constitucional que partió de esa nueva jurisprudencia e incorporó esos tratados a la norma fundamental; y

⁸⁴ ESTRADA, *Curso de Derecho Constitucional*, t. III, cit., p. 98.

- d) también consecuencia de la reforma constitucional, la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires⁸⁵, que a su vez, en lo que interesa aquí, determinó:
- el fin de los edictos policiales;
 - el dictado de una norma específica que regulara los derechos de la infancia en la Ciudad; y
 - el dictado de las normas contravencionales y la creación de la justicia local porteña.

Como se verá más adelante, de todos estos cambios relevantes –que por cierto, han sido analizados profusamente– el único del que puede afirmarse que ha producido una transformación normativa significativa en la relación entre el Estado y la infancia es el referido a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, en el que me concentraré con cierto detalle porque es el nivel donde se advierten cambios concretos al nivel de las prácticas. No considero que la inclusión de la CDN en la Constitución haya tenido mayor impacto normativo; sí tal vez político o comunicacional. Esto porque aun antes de la reforma constitucional y en particular a partir de 1990 cuando la CDN entró en vigencia para el país, la contradicción de las prescripciones del tratado con otras normas de derecho interno de menor jerarquía podría haber sido considerada una cuestión federal compleja indirecta para someterla a estudio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al tiempo que también se podría haber requerido escrutinio del mismo tribunal limitado a la cuestión de la interpretación o alcance del tratado, lo que hubiera constituido un supuesto de lo que los autores llaman cuestión federal simple. Ninguno de estos casos ocurrió en la realidad pero que no se haya planteado la cuestión de la CDN y las leyes que la violaban por acción u omisión con anterioridad a la reforma del año 1994 no significa que no haya existido la posibilidad de hacerlo. Es no obstante interesante preguntarse por qué ese litigio no fue intentado.

El ejemplo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sirve para probar la tesis principal de este estudio: el impacto directo de la CDN en el orden legal en la Argentina se encuentra en el ámbito provincial. Luego de la reforma constitucional y a partir de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, ésta asumió facultades para legislar en materia de protección de derechos de niños y niñas y dictó la ley 114. Al no haber más territorios nacionales y haber la Ciudad asumido esta competencia –por otro lado no prohibida por la ley 24.588 de “Garantía de los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires”, conocida como “Ley Cafiero”–, formalmente la ley 10.903 de Patronato de Menores perdió ámbito territorial de aplicación. Además, según lo establece la propia ley local n° 114 se encuentra derogada⁸⁶.

Esto no significa que en la práctica el gobierno nacional haya cesado su intervención en el ámbito local. Éste continúa actuando sobre la base de la derogada ley 10.903, a través de sus órganos judiciales (jueces de menores y de familia de la justicia nacional). Esto se explica porque por el modo en el que se ha producido la autonomía porteña, las cuestiones referidas a la justicia no podrían ser reguladas por la legislatura local y por ese mo-

⁸⁵ En adelante la Ciudad. “Artículo 129. La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.

En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones”.

⁸⁶ Cláusula transitoria segunda. *Ibidem*.

tivo la ley 114, en ciertos aspectos, está incompleta. Pero es evidente que estas intervenciones tutelares en el ámbito local son de facto, ya que la protección a los niños se ha desjudicializado en el ámbito local, por imperio de la ley 114, aun para los casos de niños y niñas autores o víctimas de delitos.

Por otro lado, aun si se aceptara que la ley 10.903 de Patronato de Menores es una ley nacional, pero es contraria a la CN, ésta no podría tener primacía como ley nacional sobre las provinciales de signo diferente. Por este motivo es incorrecto que un juez de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aplique la disposición tutelar prevista para autores o víctimas de delitos o contravenciones en la ley nacional 10.903, tal como lo ha resuelto adecuadamente la Cámara de Apelaciones local⁸⁷.

La contradicción es aún más evidente en los casos de niños y niñas acusados o víctimas de contravenciones o de delitos transferidos al ámbito local. Según el derecho local los menores de dieciocho años no son punibles de contravención⁸⁸ salvo las de tránsito. Esta acertada decisión del legislador local de excluir del reproche penal contravencional a los menores de edad⁸⁹ –que se ha mantenido con ligeras variantes en todas las versiones del Código Contravencional desde su primer redacción– ha significado una transformación sustancial de la manera en la que se lleva adelante el control social formal urbano sobre menores de edad. En efecto, desde la derogación de los edictos policiales –puerta de acceso a las disposiciones tutelares de la justicia nacional de menores a través de lo que se conocía como “amparo-ley 10.903”–, los expedientes tutelares de la justicia de menores se han reducido a los casos de menores imputados o víctimas de delitos (art. 14 ley 10.903). Ya he señalado que aun en estos casos las disposiciones son *de facto*, basadas sobre la aplicación de una ley derogada; no obstante es importante tener presente la significativa reducción de la intervención de estos juzgados penales en cuestiones meramente sociales. Como se ha señalado en otra oportunidad, muchas de estas causas “asistenciales” son ahora materia de intervención de los juzgados nacionales de familia, a través de la medida cautelar de protección de persona o bien por aplicación de la ley de violencia familiar; pero aun admitiendo el aumento de la intervención de estos juzgados no penales, la transformación que se ha dado en el ámbito local en términos de reducción del control social formal del Estado en cuestiones de protección de niños y niñas merece ser destacada⁹⁰.

IV. Competencias sobre las que debe legislar el Congreso Federal en materia de protección a la infancia

El estado de la reforma legislativa a nivel nacional en materia de infancia presenta un panorama profuso y variado en términos de propuestas, desconocido hasta hace algunos

⁸⁷ Cf. causa 1101/CC/01, M. N. R. s/art. 71 s/apelación, Sala II, resuelta por sentencia 1294 el 20 de diciembre de 2001.

⁸⁸ Art. 11 del Código Contravencional vigente.

⁸⁹ Sobre la despenalización de infracciones penales de menor envergadura conforme los estándares internacionales ver BELOFF, Mary, *Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos*, en *Adolescentes y responsabilidad penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, ps. 29-70.

⁹⁰ Esto no significa que el enorme complejo institucional creado para la protección de niños y niñas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sea eficiente. Los recurrentes e insólitos conflictos al interior del Ministerio Público tutelar así como la desconexión entre los múltiples actores públicos dentro del ámbito del Ejecutivo que tienen por misión velar por la plena vigencia de los derechos de niños y niñas en el ámbito local dan cuenta de la inadecuación institucional del diseño adoptado pese a la claridad conceptual y política de los operadores en términos del derecho internacional de los derechos humanos.

años atrás. El Congreso nacional cuenta en la actualidad con varios proyectos de leyes presentados, algunos con avanzado estado parlamentario, proyectos que representan distintos modelos normativos y concepciones de la infancia y de su condición jurídica.

Llama la atención la manera en la que la discusión sobre la adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en la Argentina reproduce el antiguo autismo tutelar en el sentido de que sólo se consideran parte de ese proceso los proyectos vinculados con el régimen penal de menores o bien con una ley de protección de derechos del niño (lo que sea que ello abarque), pero no todos los otros proyectos y leyes que—al igual que en las provincias—, no versan explícitamente sobre “protección de derechos del niño” o “régimen penal de menores”, pero tienen consecuencias sobre la condición jurídica de la infancia, tales como reformas a normas de fondo y forma (con el limitado alcance que ahora tienen, sólo para los tribunales nacionales con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los tribunales federales).

Excluido entonces todo el cuerpo normativo relacionado con la condición jurídica de la infancia pero que no se asume explícitamente como orientado a la adecuación del derecho interno a la CDN —y que por esta razón no es materia de este estudio—, subsisten dos áreas en las que en el Congreso nacional se discuten proyectos relacionados con derechos de niños y niñas, determinadas otra vez por la antigua legislación tutelar: por un lado, una ley que derogue la Ley de Patronato de Menores (ya derogada, por las razones más arriba explicadas) dirigida a la protección de los niños; por el otro, una ley que derogue el régimen penal de la minoridad (leyes 22.278/22.803) y lo reemplace por un sistema compatible con los artículos 12, 37 y 40 de la CDN.

Respecto de los proyectos que, sobre la base del argumento de la necesidad de derogar la ley de Patronato de Menores, proponen regímenes de protección integral de derechos de niños y niñas, ha habido diversos desde la aprobación de la CDN, cada vez más orientados en la línea de las nuevas leyes provinciales y latinoamericanas.

Por las razones desarrolladas más arriba resulta claro que el Congreso Federal sólo podría legislar sobre este tema de manera muy limitada. Las provincias han asumido el tema y han dictado sus leyes de protección a los derechos de niños y niñas. El mandato emanado del art. 75, inc. 23, CN, en el sentido doble de legislar y promover medidas de acción positiva y de dictar un régimen de seguridad social especial e integral para proteger a los niños desamparados —salida que encontró el Constituyente para ampliar derechos al estarle vedado modificar los primeros treinta y cinco artículos de la Carta Magna— provee la justificación a partir de la cual podría el Congreso plantear su ley marco de protección a la infancia. En otras palabras, si la discusión se plantea en términos tradicionales, como derecho sustantivo y adjetivo, el Congreso parece estar más limitado que si se la plantea en términos de garantías de derechos fundamentales.

En definitiva, ¿sobre qué podría y debería legislar el Congreso nacional?

Tal vez una ley federal en este tema pueda ser útil por razones políticas para impulsar la reforma en aquellos estados provinciales que aún no la han llevado a cabo o que lo han hecho con estándares diferentes de los consagrados por los instrumentos internacionales de rango constitucional; pero en este caso la ley debería simplemente ser una ley marco que estableciera las líneas generales que deben guiar las políticas de protección y promoción de derechos, pero no mucho más. Una ley que dijera cómo tienen que ser las leyes que regulen la condición jurídica de la infancia en el país y sobre todo las características de su protección específica para el caso en el que las políticas universales no lleguen a tiempo podría tener un impacto simbólico y pedagógico, tal vez hasta político, significativo.

Por otro lado, podría ser útil para crear por ley el organismo rector de las políticas públicas de infancia en el país, en coordinación con las provincias (está claro que no son po-

líticas federales en el sentido estricto del término), ya que el existente fue creado por un decreto presidencial. Podría ser una oportunidad para transformar sustancialmente una institucionalidad inadecuada, ineficiente y muy costosa; pero es verdad que ello también puede llevarse a cabo por otro decreto presidencial, aunque la creación por ley de una nueva ingeniería institucional en la materia sería el escenario deseable, dado que en el presente puede afirmarse respecto del Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia —a pesar de todas las transformaciones de su denominación— aquello que se denunciaba hace setenta años respecto de la vieja sociedad de Beneficencia:

“Se han realizado pues los ideales que guiaron a Rivadavia a fundar la sociedad de Beneficencia. En la época actual, es una institución anacrónica que ha terminado su misión”⁹¹.

La cuestión de la ingeniería institucional sobre la que debe concretarse la nueva forma de relación entre el Estado y sus niños no es menor. De hecho muchas provincias que han dictado nuevas y excelentes leyes en términos de desarrollo de los mejores estándares internacionales, no han logrado transformar la vieja institucionalidad, sobre la que se intenta hacer funcionar a la nueva legalidad. Los desaciertos, fracasos y frustraciones que esta situación genera pueden ser imaginados sin dificultades.

A veces se argumenta que el dictado de esta ley permitiría derogar normas procesales contrarias a la CDN, como pueden ser aquellas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que regulan la medida cautelar de protección de persona⁹²; pero para realizar esta reforma no hace falta una ley de protección de los derechos de niños y niñas, ya que esa problemática medida cautelar en la que el juez de familia opera con niveles discutibles de discrecionalidad no sólo se relaciona con niños y niñas.

Finalmente, aunque sólo tenga efecto declarativo, la derogación expresa por ley del Congreso de la ley 10.903 de Patronato de Menores resolvería una discusión agotada jurídica y políticamente.

En conclusión, el Congreso nacional no está obligado a dictar una ley federal de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, aunque puede hacerlo en la línea de reglamentar tratados internacionales con pautas precisas para los gobiernos provinciales, lo que a su vez podría tener efectos beneficiosos por los motivos arriba indicados (art. 75, inc. 23, CN).

Por otro lado, más allá de la discusión en torno de la necesidad o no de que el Congreso dicte una ley de protección de derechos de niños y niñas⁹³, resulta imprescindible que éste dicte una ley en el área penal de menores o en otros términos, que regule la respuesta estatal al delito de los menores de edad. En la medida en que se entienda que esa respuesta no es materia penal, las provincias podrían legislar sobre el particular (como lo han hecho históricamente para los no punibles menores de dieciséis años con absoluta discrecionalidad); pero es claro que las cuestiones relativas a la responsabilidad penal y a las consecuencias jurídicas de esa responsabilidad son materia penal y por lo tanto deben ser

⁹¹ GIMÉNEZ, Ángel M., *Por la salud física y mental del pueblo*, Buenos Aires, 1932-38, t. III, citado por RECALDE, Héctor, *Beneficencia, asistencialismo estatal y previsión social*, t. 1, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1991, p. 90.

⁹² Arts. 234 y concordantes del CPCC Nación.

⁹³ El debate en la Argentina está a la fecha planteado en los siguientes términos: se aprueba un régimen penal especial conforme los estándares internacionales si y sólo si se aprueba una ley de protección. El significado de esto no va más allá de provocar un efecto político superficial. Como se ha indicado, desde el punto de vista normativo no tiene mayor sentido.

reguladas por el Congreso de la República. Por este motivo la exclusión formal⁹⁴ de la aplicación de la pena de adultos que se ha hecho absolutamente respecto de las personas menores de dieciséis años –y relativamente respecto de los comprendidos entre los dieciséis y los dieciocho años–, se hizo mediante una ley del Congreso nacional.

Los problemas constitucionales de todo tipo que caracterizan a este régimen especial penal para menores de edad han sido suficientemente analizados y pocos discuten ya que se aplican en el país normas inválidas (si bien no han sido formalmente declaradas como tales): las leyes denominadas “tutelares” se contraponen en varias de sus disposiciones a los derechos y garantías reconocidos por la Constitución nacional y por los pactos internacionales de derechos humanos incorporados a ella. Dentro de estas contradicciones debe destacarse que estas leyes contradicen lo normado por la CDN ya que fijan la mayoría de edad penal a los dieciséis años, por debajo de los dieciocho que según la CDN distinguen el trato legal entre adultos y niños. Ello permite la aplicación del sistema penal de adultos a partir de esa edad (dieciséis años), con un régimen procesal especial y causas de exclusión de la pena para la franja de quienes tienen entre dieciséis y dieciocho años no cumplidos y son encontrados responsables de haber cometido delitos reprimidos con pena de más de dos años de prisión (excluidos los delitos de acción privada o reprimidos con pena de multa o inhabilitación)⁹⁵.

La manera de adecuar el derecho interno a los estándares internacionales es –como he señalado muchas veces– a esta altura, luego de quince años de reformas similares en el resto del continente, una tarea sencilla desde el punto de vista técnico. De hecho, existen muchos proyectos de ley que reproducen casi literalmente el primer proyecto de ley que introdujo esta perspectiva en el Congreso de la Nación, presentado por el Ministerio de Justicia de la Nación en el año 2000⁹⁶.

Finalmente, la relación entre reforma a nivel federal y provincial es clara. El caso del régimen penal para menores es harto ilustrativo. Si se establece que el Estado renunciará a intervenir coactivamente cualquiera que sea el argumento de justificación de la coacción estatal, entonces la materia deja de ser penal y como protección puede ser legislada por las provincias. Si no, ello no es posible.

V. Conclusiones

La Constitución de la Nación Argentina no se ocupó en particular de los derechos de los niños sino hasta recientemente, cuando se incorporaron a ella tratados de derechos humanos ratificados por el país. Por ese motivo no es posible analizar desde entonces la materia aislada de la discusión más general del estatus constitucional de los otros derechos humanos incluidos en el art. 75, inc. 22, CN.

Si bien a nivel constitucional el tema siempre estuvo ausente, fue materia de regulación infraconstitucional desde hace más de ochenta años, tanto por el Congreso federal

⁹⁴ Formal en el sentido de que el llamado sistema tutelar para menores no punibles, opera, como todo el sistema tutelar, materialmente como derecho penal aunque sin las garantías que acompañan y limitan en todo estado democrático de derecho el ejercicio de las facultades punitivas estatales.

⁹⁵ Art. 1 de la ley 22.278-22.803.

⁹⁶ Sobre las características de los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos ver BELOFF, Mary, *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*, y BELOFF, Mary, *Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos*, cit., 2001, ps. 29-70.

cuanto por las legislaturas locales. Eso explica la curiosa situación del país desde el punto de vista del proceso de adecuación de su derecho interno (federal y provincial) a la CDN: por un lado presenta un escandaloso atraso legislativo a nivel nacional pero por el otro revela un avance sustancial a nivel provincial, siempre en el plano normativo.

Por otro lado, el tratado ha tenido un significativo impacto a nivel discursivo que se extiende a lo largo y ancho del país. En efecto, la CDN es desde hace algunos años invocada regularmente por los tres poderes del Estado federal y a nivel provincial para llevar adelante lo que consideran que éste implica en términos de derechos de niños y niñas, con resultados diversos debido a la vaguedad y ambigüedad que en muchos temas presenta la CDN⁹⁷.

En el diseño constitucional argentino, la opción por un sistema federal impone que los poderes provinciales sean la regla y los federales la excepción; de manera que en principio las reglas de garantía, promoción y protección de derechos de niños y niñas son competencia local. Así lo han entendido gran parte de las provincias desde hace décadas, aun antes de la aprobación de la CDN. Las nuevas leyes provinciales proponen –con mayor o menor acierto técnico– algunos mecanismos de exigibilidad, rediseños institucionales y pleno respeto de *todos* los derechos fundamentales de *todos* los niños, hasta los dieciocho años; pero es evidente que estas leyes no pueden modificar la ley penal vigente que permite condenar como adultos a niños. Es el Congreso de la Nación el órgano encargado de resolver ese problema.

Probablemente el principal impacto de las reformas a nivel local se encuentra, concretamente, en que en muchas provincias se ha logrado, por un lado, desjudicializar situaciones vinculadas con la ausencia o ineficacia de políticas sociales dirigidas a apaliar los efectos devastadores de la pobreza; y, por el otro, brindar de garantías procesales y sustantivas a los niños y adolescentes que tienen alguna clase de contacto con el sistema de justicia (presencia de abogados defensores, recursos, uso mínimo de la privación de libertad, reclamos por la vía de amparos, efectividad del derecho a ser oído, no separación del núcleo familiar salvo en casos extremos, etcétera). Pero no se ha producido aún una reconversión institucional efectiva dirigida a transformar sustancialmente las históricas políticas tutelares asistencialistas y filantrópicas en políticas públicas universales o específicas planteadas desde un enfoque de promoción de la ciudadanía plena de la infancia.

Algunas cuestiones que deberían luego de quince años ser rediscutidas son, por ejemplo, cuáles son las áreas vinculadas con la protección de derechos de niños y niñas en las que no tiene que intervenir el Poder Judicial. El reclamo por la judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales puede dar la respuesta. Protección y asistencia especial no es sinónimo de “Patronato de menores”. Fue sinónimo hace cien años; pero ya no lo es más. Ello no significa que eventualmente no existan casos en los que haga falta la intervención de un juez para garantizar un derecho de tercera generación a un niño. El problema es definir el estándar y no confundir políticas públicas con activismo judicial. En el mismo sentido, dar contenido cierto a categorías de la CDN como interés superior del niño o a expresiones que se repiten tanto vaciadas de contenido como “protección integral”, es fundamental para que una nueva y mejor condición jurídica de la infancia se concrete sobre la base de conceptos claros y con contenido, acuerdos políticos básicos y principios comunes, no sobre la base de eslóganes.

⁹⁷ Al respecto ver BELOFF, *Un modelo para armar y otro para desarmar!*, cit., ps. 1-46.

La falta de articulación tanto al interior del Estado cuando de los sectores de la sociedad civil, y de ambos entre sí explica parte de la lentitud del cambio. Ni los unos ni los otros han logrado hasta la fecha generar espacios a partir de los cuales se alcancen consensos básicos respecto de cómo se debe implementar la reforma legal, con qué contenido, cómo debe darse la reforma institucional, etcétera.

La construcción de una nueva condición jurídica de la infancia en el país requiere una revisión completa de los sistemas legales federal, provincial y municipal –y, en las esferas de la competencia de cada uno de esos sistemas, en las materias civil, penal, comercial, administrativa, laboral, procesal– para concretar los compromisos internacionales asumidos por el país y subirse al tren de la historia en este tema.

Este artículo comienza con una pregunta acerca de por qué persiste en la Argentina la cultura tutelar, espectro del pasado. Cuando la primera ley de protección de menores desamparados del continente fue aprobada, el país se encontraba entre los más prósperos del orbe y como tal constituía una promesa y un destino. Polo de atracción de inmigrantes que, seducidos por la posibilidad cierta del progreso a través del esfuerzo personal, contribuyeron a construir la Nación, ninguno de ellos podría haber sospechado que el país elegido para construir una nueva vida atravesaría, una centuria más tarde, la peor crisis económica de su historia y revertiría la tendencia de los flujos migratorios. Del mismo modo, aquellos que entonces diseñaron e implementaron la “moderna” institucionalidad tutelar no pudieron siquiera haber sospechado los resultados perversos de tales leyes pero sobre todo, su permanencia en el tiempo. Esta permanencia puede tal vez ser explicada como una metáfora de la declinación del país. Hoy sabemos que esa promesa no se cumplió y que cientos de miles de descendientes de aquellos que creyeron en el futuro que podrían forjar en el Río de la Plata lamentan que los barcos de sus abuelos no hubieran llegado a otros puertos, más al Norte. La vieja cultura tutelar sigue en pie, como aquellos edificios de comienzos de siglo que fueron íconos de la modernidad porteña y nos recuerdan un pasado en el que la atención de por lo menos parte de la clase dirigente y de los recursos públicos eran destinados a atender los problemas de la infancia desvalida. Hoy esas estructuras normativas –inconstitucionales y vacías de contenido– nos recuerdan la imperiosa necesidad de reformar normas, instituciones y prácticas obsoletas, con otra visión pero con el mismo entusiasmo, rigor y efectividad que tuvieron aquellos que, hace casi una centuria, crearon el complejo tutelar en la Argentina.

