
EL NIÑO COMO SUJETO ACTIVO DE LOS DD.HH. DE SEGUNDA GENERACIÓN

Sergio J. L. Tagliani

El presente trabajo intenta analizar la problemática socioeconómica del niño y la incidencia y aplicación que puede y debe hacerse de los Derechos Humanos de segunda generación, no con el enfoque normal que se hace del derecho alimentario, esto es, cuando padres o abuelos gozan del suficiente caudal económico a efectos de cumplir con la obligación, sino teniendo en cuenta los estratos más vulnerables de nuestra sociedad, y en ellos el máximo perjudicado, el niño.

I. ANÁLISIS PREVIO

Previo a ahondar en el tema en análisis, considero importante refrescar algunos conceptos respecto de los llamados “Derechos Humanos”.

Así, encontramos que la principal clasificación los separa en tres generaciones que bien pueden diferenciarse tanto temporal como normativamente. No es baladí dejar aclarado que dicha clasificación es solo al efecto de su análisis, dado que todos y cada uno de los mismos gozan de idénticas características, entre otras, de Universalidad (se refieren a todas las personas), Indivisibilidad (no pueden separarse), e Interdependencia (se gozan en todo su conjunto).

Visto lo precedente, encontramos en una primer generación los llamados “Derechos civiles y políticos”, estos son típicamente de goce individual. El Estado tiene frente a su goce una actitud pasiva, “se abstiene de intervenir”. Son los primeros derechos en ser requeridos y en ser reconocidos. Normativamente los encontramos en la Independencia de EEUU de 1776 y en la Revolución Francesa de 1789. Localmente en nuestra Constitución Nacional en los arts. 1 al 37, pero especialmente en el art. 14.

Una segunda generación de derechos (que motivan este trabajo), son los llamados “Derechos económicos, sociales y culturales”, estos son típicamente de goce colectivo. Teniendo el Estado frente a su goce una actitud activa, “los debe reconocer”. Son posteriores a la primera guerra mundial, acentuándose con la revolución industrial y la crisis del '30 donde encontramos un nuevo rol del

Estado como regulador de servicios, conjuntamente con el proceso de exclusión que trajo la industrialización, generando fuertes conflictos sociales y produciendo que el movimiento obrero se comience a organizar.

En ésta nueva etapa el hombre aprende que el liberalismo nos iguala, pero sabe que en la práctica somos distintos, con lo cual aparece una exigencia de condiciones mínimas de estándar de vida que se van a ver plasmadas en el Constitucionalismo Social, teniendo sus primeras expresiones en la Constitución de Weimar de 1919 y en la de Querétaro de 1917. En ellas vamos a encontrar por primera vez entre otros, el derecho al trabajo y a la vivienda. En nuestro País, luego del fallido intento de la Constitución de 1949, ante el evidente avance de los derechos en análisis, ellos fueron plasmados en el art. 14bis por la reforma de 1957. Luego, también se incorporó al art. 42 de la Constitución –por la reforma de 1994– toda otra gama de derechos de la misma "generación", con esta salvedad: cuando dichos derechos benefician “a todos” serán de 3ra generación.

Esta tercera generación de derechos nace post 1980, como consecuencia de las nuevas necesidades del hombre y la colectividad, por su grado de desarrollo y evolución, son los llamados “Nuevos Derechos” o “Derechos de la Solidaridad”. Ellos están plasmados en el art. 41 de nuestra Constitución Nacional por la reforma de 1994, y agregan a las relaciones entre las personas y el Estado un nuevo sujeto activo: “las generaciones futuras”, como respuesta a siglos de ardua lucha por el derecho (Ihering).

II. PROBLEMÁTICA

Habiendo sentado someramente las principales diferencias adentrémonos al estudio de lo que aquí nos ocupa. De forma indudable, en dichos derechos (de “segunda generación”) se enrola la “Convención de los Derechos del Niño”, de rango Constitucional al haber sido incorporada explícitamente a nuestra Constitución en 1994. Mucho se ha dicho, otro tanto se ha resuelto en los distintos juzgados y muchísimo se ha escrito al respecto. Hemos leído y escuchado hablar miles de veces del “interés superior del niño”, del carácter de “marco” o “paraguas” de las normas de la Convención, sin embargo, a pesar de tener un “plus de derechos” se ven las más de las veces desamparados, con hermosas sentencias para enmarcarlas pero que en nada benefician la situación del niño.

Ahora bien, el problema arduo que se presenta es como lograr el pleno respeto de los Derechos del Niño, ante un sistema que su sola observación da cuenta de la utilización que se hace en su perjuicio, a pesar de ser normas y programas dictados para su protección, así encontramos variedad de supuestos, entre los cuales, a modo de ejemplo, podemos referir:

- Programa Jefes de hogar, promovido por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Tiene como destinatarios a Jefes y Jefas de hogar desocupados con hijos menores de 18 años, prestando ayuda económica directa. (www.trabajo.gov.ar)

- Programa familias para la inclusión social, promovido por el Ministerio de Desarrollo Social. Tiene como destinatarios a familias sin ingresos, en situación de pobreza con hijos menores de 19 años, prestando asistencia económica según la cantidad de hijos. (www.desarrollosocial.gov.ar)

- Plan nacional de seguridad alimentaria, promovido por el Ministerio de Desarrollo Social, para familias en situación de pobreza y vulnerabilidad nutricional, prestando asistencia alimentaria y financiamiento de instalaciones e infraestructura para emprendimientos de autoproducción. (www.desarrollosocial.gov.ar)¹

- Programa Jefes de hogar, componente materiales, promovido por el Ministerio de Trabajo con asistencia y convenio con el Pro Huerta del INTA, para jefes y jefas de hogar desocupados con hijos menores de 18 años, financiando materiales y herramientas para huertas y granjas comunitarias. (www.trabajo.gov.ar)

- Programa federal de emergencia habitacional, promovido por el Ministerio de Planificación federal, inversión pública y servicios, Ministerio de Trabajo, Ministerio de Desarrollo Social y municipios, para trabajadores desocupados con o sin acceso al programa jefes de hogar, financiando herramientas e insumos para construcción de viviendas a desocupados. (www.desarrollosocial.gov.ar)².

¹ Para un mayor análisis, ver Emilio García Méndez, "Infancia, Ley y Democracia: una cuestión de Justicia" http://www.iin.oea.org/infancia_ley_y_democracia.pdf

² ver www.trabajo.gov.ar/programas/sociales/jefes/conaeyc/files/planes_sociales_nacionales.pdf para una mayor información al respecto

Sin entrar en la extensa discusión acerca de la efectividad, o lo que es más la instrumentación política de los planes “sociales”, sabemos que hoy gran parte de nuestra sociedad se ve beneficiada con los mismos, y que es requisito para acceder a los mismos el encontrarse “desocupado”.

No es baladí a esta altura referir la cruel realidad de cuanta gente se encuentra como beneficiario de dichos planes trabajando “en negro” a efectos de no perder el subsidio. A ello adunda la realidad fáctica de que, incluso, sin contar con dichos beneficios, muchas veces los obligados al pago de alimentos optan por mantenerse fuera del mercado laboral “formal” a efectos de abstraerse de su obligación.

Cualquier colega que se dedique a familia puede dar cuenta de que sucede con la sentencia que condena a pagar alimentos en casos como el expuesto.

Son múltiples las consecuencias no queridas de un Estado asistencialista, que por otro lado, en la situación económica y cultural actual, es absolutamente necesario. Sin embargo, ni la Justicia, ni el Estado en su expresión más cercana al ciudadano como es el Municipio, ni la sociedad misma puede desentenderse de esta realidad. En razón de lo referido realizaré algunas consideraciones que podrían servir de fundamento para una mejor protección de aquellos derechos que el Estado, reitero “debe reconocer”, y de la cual el Poder Judicial no puede ajenarse.

III. SUJETOS ACTIVOS

El art. 27 de la CDN reconoce el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (inc. 1). Si bien pone en cabeza de los padres u otras personas encargadas del niño la responsabilidad primordial de cubrir dichas necesidades (inc. 2). Pone también en cabeza de los Estados Partes la adopción de las medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a ese derecho (inc. 3) y para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan responsabilidad económica por el niño (inc. 4), estableciendo el art. 3 en su inciso 1 que en todas las medidas concernientes a los niños debe considerarse primordialmente su interés superior.

Al respecto se ha dicho que el interés superior del niño es un principio jurídico garantista, conforme Ferrajoli, entendiéndolo como una obligación de la autoridad pública destinada a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales³. Lo cual implica que los principios jurídicos garantistas "se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente a ellos" por lo que este principio reconocido en el art. 3 de la Convención implicaría un deber del estado frente a los niños en aras de efectivizar sus derechos subjetivos, deber que consistirá en la satisfacción de todos los derechos del niño⁴.

Pero los padres son, sin lugar a duda, quienes deciden acerca de los intereses de sus hijos, acerca de lo que creen más conveniente para ellos según sus propios modelos adquiridos, según sus costumbres, permaneciendo lo concerniente a ello dentro de su esfera privada. Y "en función del interés superior del niño se determina si corresponde alguna medida o acción del estado en el grupo familiar", interviniendo el Estado cuando entiende que la actuación de los padres es contraria a la satisfacción plena de los derechos del niño lo que significa que "el interés del niño" posibilita distinguir la legitimidad o ilegitimidad de una actuación estatal⁵.

La Convención presta especial atención a la relación entre el niño y sus padres. Como lo pone de manifiesto Bruñol "los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir por su interés superior".

Así, reiteradamente se ha señalado que la formulación del art. 3º de la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial, reafirmando que cuando la Convención declara que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten sugiere que el interés del niño -es decir, sus derechos- no son asimilables al interés colectivo, por el contrario reconoce que

³ Ferrajoli, Luigi, "Derechos fundamentales en Fundamentos de los derechos fundamentales", Ed. Trot España, 2001, p45.

⁴ Cillero Bruñol, Miguel. "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño" En García Méndez, Emilio. Beloff, Mary. (comp.), "Infancia, ley y democracia en América Latina análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño" (1990-1998), Ed. Temis/Desalma, Colombia 1998.

⁵ Grosman, Cecilia P. "Significado de la Convención de los derechos del niño en las relaciones de familia" En: LL. T. 1993-B-Sec-Doctrina.

los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario⁶.

Es por ello que a los fines de resolver situaciones como las referidas en el punto II corresponde tener como principio rector el "interés superior del niño", y por la particular escala jerárquica normativa vigente en la República Argentina, este mandato de amplio alcance —abarca a órganos legislativos, judiciales, administrativos y privados— tiene preeminencia sobre cualquier disposición contraria contenida en cuerpos normativos infra constitucionales, y ello comporta un criterio insoslayable para quien deba tomar una decisión concerniente a un niño. Así lo ha entendido nuestro máximo Tribunal en consideración al primordial interés superior de los menores (art. 3º, ap. 1º de la referida convención), pauta que -según ha expresado- orienta y condiciona la decisión de los tribunales en el juzgamiento (conf. Fallos: 322:2701; 324:122).

Es claro que al haber receptado nuestra Constitución Nacional normas sobre la familia, es un imperativo para el Estado asistirle, no solo económicamente, sino también en los aspectos sociales, éticos, religiosos, jurídicos, etc., sin descuidar el rol que le cabe a la sociedad toda. Sostiene al respecto el Preámbulo de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que: "Los Estados Partes en la presente Convención: Convencidos de que la Familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad".

IV. APLICACIÓN PLENA DE LA LEGISLACIÓN

La legislación nacional derivada intenta dar aplicación a aquella obligación que exige la CDN, y sanciona con multa e incluso con prisión al padre que incumple sus deberes alimentarios. (Leyes 13944, 24270, etc.) Sin embargo la extrema necesidad de los niños no se satisface con una multa que no se va a pagar o con una prisión al incumpliente que tampoco va a llevar un alivio económico. Lo que debe hacerse, por el contrario, es conjugar en concreto las

⁶ Zucolillo, Marisa "El "Interés Superior del Niño" en la Convención sobre los Derechos del Niño y otras leyes.", El Dial, en página web: [http:// www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar)

obligaciones que impone la CDN, fundamentalmente porque, siendo una norma supranacional que antepone los derechos de los niños por sobre los de los padres, e incluso por sobre los del Estado mismo, tenemos:

1) que el padre se encuentra constreñido a trabajar de tal manera que pueda procurarse los recursos necesarios para satisfacer los deberes derivados de la patria potestad.

2) que dicha obligación se encuentra determinada por la CDN, y reafirmada con las leyes que sancionan el incumplimiento de los deberes alimentarios.

3) que la sociedad toda no puede abstraerse de este tipo de problemática, que en definitiva hacen a configurar una Sociedad Justa y un futuro mejor. (La Convención Americana Sobre los Derechos Humanos en su art. 17 a consagrado que: "La Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.")

4) que no es solo el Poder Legislativo, a través del dictado de leyes derivadas, sino que el Poder Administrador y el Judicial también se encuentran compelidos por el art. 3º de la Convención, en tanto sobre ellos se proyecta el interés superior del niño, ya sea exigiendo políticas públicas concretas o modificando la práctica administrativa y judicial, para reafirmar que debe ser una consideración primordial a la hora de tomar decisiones que los afecten.

Teniendo en cuenta lo expresado y a modo de ejemplo podría elaborarse la siguiente solución:

a) Requerir al Municipio:

1) Informe la nómina de comercios e industrias radicados en la Ciudad.

b) Requerir a las Cámaras Empresarias e Industriales:

3) Informe si existe alguna solicitud de empleados por parte de las empresas que la integran y en caso negativo conmine a las mismas bajo apercibimiento a dar inmediato aviso al Juzgado en caso de surgir alguna vacante que pueda ser ocupada por padres que deban abonar alimentos y se encuentren desocupados.

4) Informe la nómina de comercios e industrias inscriptos en la misma.

c) Una vez obtenidas las nóminas intimar al demandado por alimentos a concurrir a dichas empresas, a efectos de solicitar empleo, debiendo presentar en el Juzgado una nómina de las empresas a las que concurrió y en caso de no

obtener empleo la negativa del mismo por escrito por parte de los responsables de dichas empresas. Lo cual, en definitiva, también hace a la responsabilidad social del empresariado.

Entonces sí y como última ratio bajo apercibimiento de denunciar al alimentante por la posible comisión de delitos tipificados en la Ley 13944. Respecto de esta norma se ha dicho que: "Lo cierto es que hay casos en que es medianamente fácil determinar si un individuo procedió voluntariamente a descapitalizarse o a frenar sus ingresos en perjuicio de otro con quien tiene un deber alimentario. Uno de dichos supuestos sería el de un hombre que luego de haber sido demandado por alimentos, renuncia a su empleo sin un motivo que justifique su decisión cual sería, por ejemplo, el hallazgo de un trabajo mejor o más rentable." (Novellino, Norberto José, "Los alimentos y su cobro judicial", ed. Nova Tesis, pag. 314).

Dicha solución, no solo contribuiría al encuentro de empleo por parte del alimentante, sino que reduciría notablemente el trabajo "en negro" y la necesidad de un asistencialismo deformante de la responsabilidad individual y social, siendo estas -la mayoría de las veces- las reales razones de una complicidad evasiva a los deberes tanto de individuos como de ciudadanos.

Lo que aquí se expone respecto de la obligación del Estado Municipal, ya ha tenido en cierta medida recepción judicial, así en autos "T., B. A. y otros" Tribunal: Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, y de Minería de la V Circunscripción Judicial, Chos Malal en Fecha: 23/05/2008 Publicado en: LLPatagonia 2008 (octubre), 501 Cita Online: AR/JUR/6920/2008 se ha resuelto que "Ante la concurrencia de un menor adulto a los estrados de la Defensoría local y acreditado el total desamparo en que se encuentra, en virtud del interés superior del niño receptado en la Convención de los Derechos del Niño corresponde ordenar al Estado Municipal que alquile al menor causante un inmueble, designe dos cuidadoras, lo provea de la asistencia alimentaria necesarias para todo el mes y proceda a la brevedad a darle ocupación de media jornada utilizando la bolsa de trabajo de su administración."

"Tratándose de reclamos vinculados con prestaciones alimentarias en favor de menores, los jueces deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia de este tipo de prestaciones -en el caso, la Corte hizo lugar al recurso extraordinario contra la resolución que postergó una ejecución de alimentos a las resultas de un proceso ordinario de nulidad-, debiendo encauzar los trámites

por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda frustrar derechos tutelados por la Constitución Nacional -art. 27 inc. 4º, Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693)-."Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación Fecha: 06/02/2001 Partes: Guckenheimer Carolina Inés y otros c. Kleiman Enrique y otro Publicado en: LA LEY 2001-C, 568 - DJ 2001-2, 525 Cita Fallos Corte: 324:122 Cita Online: AR/JUR/983/2001

En definitiva, la obligación con los niños, no solo es de los padres, sino que se debe complementar con la efectiva intervención de todos los poderes del Estado, y reclama la responsabilidad de la sociedad toda.

V. CIERRE

Es inagotable la problemática en análisis, en definitiva lo que en este breve trabajo se intenta es la búsqueda de soluciones prácticas, fuera del formalismo, la búsqueda de atacar la matriz del problema social y familiar, y contribuir a mejorar la calidad de vida de los niños. Para poder alcanzar los delicados equilibrios de los derechos en pugna se requiere imaginación, persuasión y sobre todo soluciones oportunas y comprometidas con el resultado⁷.

Para finalizar hago mías las palabras del Maestro Peyrano, cuando dice que es bueno que el hombre no se contente hoy con una justicia "proforma", o con sentencias líricas, o que el público tolere cada vez menos el lamentable espectáculo de una justicia incapaz de traducir los dichos en hechos, que ante la inejecución del mandato judicial, pues el imperativo de la hora consiste en reclamar nuevas herramientas y nuevas soluciones judiciales capaces de abastecer el valor eficacia para que así resulte, en definitiva eficazmente reafirmado el valor justicia⁸.

BIBLIOGRAFÍA

BELOFF, Mary. (comp.), "Infancia, ley y democracia en América Latina análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención

⁷ Jáuregui, Rodolfo G. "La Corte Suprema de Justicia de la Nación. La cuestión federal y la obligación alimentaria de los abuelos.", LA LEY 2006-A, 367

⁸ Peyrano, Jorge, "Medidas urgentes para asegurar la sentencia en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal La Plata -abril 1994 - Universidad Nacional La Plata.

Internacional sobre los derechos del niño” (1990-1998), Ed. Temis/Desalma, Colombia 1998.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño” En García Méndez, Emilio.

FERRAJOLI, Luigi. "Derechos fundamentales en Fundamentos de los derechos fundamentales", Ed.Trot España, 2001, p45.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. “Infancia, Ley y Democracia: una cuestión de Justicia” http://www.iin.oea.org/infancia_ley_y_democracia.pdf y www.trabajo.gov.ar/programas/sociales/jefes/conaeyc/files/planes_sociales_nacionales.pdf.

GROSMAN, Cecilia P. "Significado de la Convención de los derechos del niño en las relaciones de familia” En: LL. T. 1993-B-Sec-Doctrina.

JÁUREGUI, Rodolfo G. “La Corte Suprema de Justicia de la Nación. La cuestión federal y la obligación alimentaria de los abuelos.”, LA LEY 2006-A, 367

PEYRANO, Jorge. "Medidas urgentes para asegurar la sentencia en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal La Plata -abril 1994 - Universidad Nacional La Plata.

ZUCOLILLO, Marisa. “El “Interés Superior del Niño” en la Convención sobre los Derechos del Niño y otras leyes.”, El Dial, en página web: <http://www.eldial.com.ar>