

REFLEXIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Estructura del Ministerio Público Tutelar
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

› **Asesoría General Tutelar**

Asesora General Tutelar
Dra. Laura Cristina Musa

Secretaría General de Coordinación Administrativa
Dr. Rodolfo Medina

Secretaría General de Gestión
Dra. Mabel López Oliva

Secretaría General de Política Institucional
Dr. Ernesto Blanck

› **Asesorías Generales Adjuntas**

Asesora General Tutelar Adjunta de Incapaces
Dra. Magdalena Giavarino

Asesora General Tutelar Adjunta de Menores
Dra. María de los Ángeles Baliero de Burundarena

› **Asesorías ante el Fuero CAyT**

Asesor Tutelar de Cámara Nº 1
Dr. Gustavo Moreno

Asesor Tutelar de Primera Instancia Nº 1
Vacante

Asesor Tutelar de Primera Instancia Nº 2
Dr. Juan Carlos Toselli

Asesor Tutelar de Primera Instancia Nº 3
Dr. Jorge Luís Bullorini

› **Asesorías ante el Fuero PCyF**

Asesor Tutelar de primera instancia Nº 1
Dr. Carlos Bigalli

› **Oficinas por los Derechos de la Infancia
y la Adolescencia**

La Boca - Barracas

Av. Alte. Brown 1250. Tel. 4302-1621/2853

Villa Soldati - Nueva Pompeya

Av. Varela 3301. Tel. 4919-5908



REFLEXIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES¹

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos treinta años han existido producciones teóricas sumamente relevantes por parte de notables pensadores que se autoinscriben –en su mayoría– en concepciones igualitarias de la justicia². Estas concepciones, aún con matices o diferencias sustantivas, coinciden, básicamente, en dos cuestiones: en primer lugar, parten de un presupuesto individualista –modesto, por cierto– según el cual todas las personas poseen un valor intrínseco que las hace merecedoras de igual dignidad y respeto. La consecuencia normativa más relevante de este presupuesto teórico es el respeto que deben tener los poderes públicos en el diseño y la materialización de los planes de vida de los agentes³.

El segundo presupuesto teórico implica que los individuos deben ser tratados como iguales, es decir, la preocupación por asegurar que la vida de cada individuo dependa de las elecciones que realiza, y no de las meras circunstancias en las que les tocó nacer. Esto quiere decir, como veremos más adelante, que un sistema institucional con pretensiones de justicia no puede permitir que los individuos –por el caso, niños y niñas– resulten perjudicados por hechos que son ajenos a su responsabilidad.

Estas concepciones acerca de la justicia de nuestros arreglos institucionales básicos tienen proyecciones sustanciales en la interpretación de la Constitución. Pensemos, en este orden de ideas, que cuando los operadores jurídicos deben dotar de contenido a las cláusulas constitucionales adscriben –implícita o explícitamente– a ciertos principios morales básicos que dan sentido a nuestra práctica constitucional⁴.

Así, cuando se sostiene que el Estado no puede discriminar en el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, no se está realizando otra cosa que adscribir a un presupuesto moral básico según el cual existen ciertas circunstancias fácticas o normativas a las que el Estado no puede asignarles consecuencias jurídicas relevantes.

Si esto es así, podemos advertir dos cuestiones relevantes para comenzar –ahora sí– con nuestras discusiones centrales. En primer término, la Constitución Nacional y la Constitución local –junto con los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional– reconocen numerosos derechos que significan, en términos prácticos, el compromiso de asegurarles a todas las personas –y a los niños y niñas en particular– las condiciones materiales que son requeridas para el diseño y la implementación de sus planes de vida.

Pero además y vinculado con ello, ambos cuerpos constitucionales reconocen, expresamente, un fuerte compromiso con la igualdad y la no discriminación. Esto hace necesario poder responder ciertas preguntas relevantes al respecto, tales como ¿cuáles son las diferencias –de existir– entre la igualdad formal y la igualdad material? ¿Qué implica cada una de ellas? ¿Qué vale como una distinción razonable que no afecte al principio de igualdad? ¿Sobre la base de qué criterios se pueden realizar diferencias? Y, lo que es sumamente relevante para el presente trabajo, ¿existe algún

1. Documento elaborado por Federico Orlando.

2. Entre muchos otros, John Rawls, Ronald Dworkin, Carlos Nino, Amartya Sen, Roberto Gargarella, Gerald Cohen, Elizabeth Anderson.

3. Para un análisis de la relación entre las niñas y niños y el principio de autonomía, ver “Las decisiones de los niños, niñas y adolescentes a la luz del principio de autonomía”.

4. Ver Nino, C (1992): Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea.

vínculo entre posibles respuestas a estos interrogantes y los derechos de los niños y niñas? Esto nos lleva al segundo y último punto introductorio.

Sobre la base de este “corazón” del igualitarismo, llama la atención el tratamiento dado por los poderes políticos a las niñas y niños. En este sentido, parece difícil –sino imposible– aceptar que una persona menor de edad pueda verse condenada por el resto de su vida –o gran parte de ella– por las consecuencias negativas de ciertas circunstancias fácticas que resultaron completamente ajenas a su control⁵.

Así, una práctica constitucional que sea consistente con sus compromisos constitucionales más básicos merece ser repensada a la luz, ya no sólo de la letra de sus normas fundamentales, sino –y quizás sobre todo– de los principios morales básicos que la dotan de contenido y significado.

2. LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES COMO UN GRUPO VULNERABLE

2.1. La protección especial de derechos en el bloque constitucional federal

La reciente práctica jurídica del derecho internacional de los derechos humanos ha manifestado, contundentemente, la necesidad de entender a los niños, niñas y adolescentes como un grupo que merece, por parte de todos los poderes públicos, una especial protección normativa como sujetos plenos de derechos. Esto es lo que parte de la doctrina ha nombrado como “la protección integral de los derechos de la infancia” que hace referencia a “un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia”⁶.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 24º establece la protección de los derechos de los niños; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales formula que: “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”⁷.

En lo que respecta al Sistema Interamericano, el artículo 19º de la Convención Americana de Derechos Humanos sostiene que: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Tal como se puede observar, existen numerosos instrumentos internacionales que, específicamente, expresan la obligación que recae sobre el Estado de proteger especialmente a los derechos los niños, niñas y adolescentes.

Sustenta aún más la especial protección la existencia de la Convención internacional específicamente orientada a proporcionar a todo niño, niña y adolescente una protección especial de sus derechos. En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), fue receptada por nuestro ordenamiento constitucional a través del artículo 75:22 de la Constitución Nacional y se le otorgó, en el mismo, jerarquía constitucional.

5. Gargarella, R. (1996): “Derechos de los más débiles. El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoridad”, en Revista Doxa, nº 19, pp. 357-372.

6. García Méndez, E.(2004); Infancia. De los derechos y de la justicia, Editores del Puerto, p. 65

7. Artículo 10º, inciso 3.

Al respecto, sostuvo Emilio García Méndez que “la Convención constituye, sin lugar a dudas, un cambio fundamental determinando una percepción radicalmente nueva de la condición de la infancia. Del menor como objeto de la compasión—represión, a la infancia—adolescencia como sujeto pleno de derechos, es la expresión que mejor podría sintetizar sus transformaciones”⁸.

Así, el artículo 2.1 de la misma expresa que “los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

Asimismo, el artículo 3.1 de la CDN sostiene que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. La Convención señala, entonces, que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que afecte los derechos de la infancia. Reconoce así que, cuando los derechos de los niños entren en conflicto con el interés social, son siempre los derechos de los niños los que deben ponderarse de un modo prioritario⁹.

En este orden de ideas, el Sistema Interamericano ha dado sobradas muestras en el reconocimiento de esta especial protección. El caso de los “Niños de la Calle”¹⁰ constituyó un hito en materia de protección de la niñez y le permitió al máximo tribunal interamericano hacer visible una situación lamentablemente extendida en el continente, donde una importante parte de sus habitantes transcurren su infancia en condiciones de extrema pobreza¹¹.

En definitiva y tal como se puede apreciar, la práctica jurídica del derecho internacional de los derechos humanos ha destacado la importancia de que los Estados garanticen y efectivicen una especial protección de derechos al grupo “niños, niñas y adolescentes”.

Pero esto no se limitó al “derecho internacional de los derechos humanos”; por el contrario, desde el año 1994, con la incorporación de diversos instrumentos internacionales a través del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional quedó establecido en nuestro ordenamiento jurídico un sistema de protección de derechos básicos robusto y sustantivo.

A este artículo debe agregársele, además, el 75 inciso 23 que expresa que entre las obligaciones del Poder Legislativo Nacional se encuentra la de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, *en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*”¹².

8. García Méndez, E.: op. cit.

9. Ver Cillero Bruñol, M.: “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, en *Derecho a tener derecho*, Montevideo: UNICEF. p.35.

10. Corte IDH, Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C Nº 63, párrafo 144.

11. En el caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recibió una petición contra el Estado de Guatemala por el secuestro, tortura y muerte de cuatro menores y por el asesinato de otro menor en 1990 en la ciudad de Guatemala por parte de miembros de las fuerzas de seguridad y por la omisión estatal de brindar una adecuada protección judicial a las familias de las víctimas. La CIDH sometió el caso ante la Corte Interamericana que consideró al Estado responsable por la muerte de los niños recalcando el carácter fundamental del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). La Corte afirmó que este derecho comprende tanto el derecho de todo ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, como el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones de vida dignas. La Corte declaró la violación de los derechos a la libertad e integridad personal y de algunas normas de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. También afirmó que el Estado no había cumplido con la obligación de adoptar medidas especiales de protección para los niños cuyos derechos se encuentran amenazados o violados (cf. art. 19 de la CADH), utilizando varias normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño para precisar los alcances de las “medidas de protección” a que alude el citado artículo. La Corte condenó al Estado a pagar una indemnización a los familiares de las víctimas, y le ordenó adoptar las medidas necesarias para adecuar la normativa interna al artículo 19, designar un centro educativo con un nombre alusivo a las víctimas e investigar los hechos del caso, identificar y sancionar a los responsables y adoptar en su derecho interno las disposiciones necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación.

12. El resaltado me pertenece.

Como surge del articulado recién transcrito, el grupo “niños, niñas y adolescentes” son, para nuestro constituyente del año 1994, un grupo especialmente protegido. Como veremos más adelante, este reconocimiento tiene fuertes implicancias normativas en lo que se refiere a la interpretación del principio de igualdad y no discriminación.

Además, esta “especial protección” se vio reflejada en la Ley 26.061 titulada “Ley de Protección integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”. Ésta tiene por objeto “la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño”¹⁴. Y respecto a la CDN sostiene que su aplicación es “obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos”¹⁵.

13. Ley 26.061, sancionada el 28 de Septiembre de 2005 y publicada en el Boletín Oficial: 30.767 del 26-10-2005.

14. Cfme. artículo 1º

15. Cfme. artículo 2º.

En lo que respecta, el artículo 5º expresa que “las políticas públicas de los organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”.

De esta manera, la Ley 26.061 avanza al definir qué es lo que significa esa “especial protección” tornándola una obligación primaria y prioritaria a todos los organismos del Estado.

Como podemos observar, la Ley 26.061 se encuentra en la misma línea, no sólo con nuestra Constitución Nacional sino también con el derecho internacional de los derechos humanos al reconocer esta necesidad de proteger especialmente los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

2.2. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el ordenamiento local. La Constitución de la Ciudad y la ley 114

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, de manera consecuente con el ordenamiento plasmado en la Constitución Nacional y en los Instrumentos Internacionales, también ha expresado un importante reconocimiento en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Así, el artículo 39 de la Constitución local establece que “la Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y deben ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad. Cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes. Se otorga prioridad dentro de las políticas públicas, a las destinadas a las niñas, niños y adolescentes, las que deben promover la contención en el núcleo familiar y asegurar: 1. La responsabilidad de la Ciudad respecto de los privados de su medio familiar, con cuidados alternativos a la institucionalización; 2. El amparo a las víctimas de violencia y

explotación sexual; 3. Las medidas para prevenir y eliminar su tráfico. Una ley prevé la creación de un organismo especializado que promueva y articule las políticas para el sector, que cuente con unidades descentralizadas que ejecuten acciones con criterios interdisciplinarios y participación de los involucrados. Interviene necesariamente en las causas asistenciales”.

En idéntico orden de ideas, la Ley 114 –Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires– en su artículo 2º dispone que “a todos los efectos emergentes de la presente ley, se entiende por interés superior de niños, niñas y adolescentes, el sistema integral que conforman todos y cada uno de los derechos a ellos reconocidos y los que en el futuro pudieran reconocérseles”. Y el artículo 3 prescribe que “en la aplicación e interpretación de la presente ley, de las demás normas y en todas las medidas que tomen o en las que intervengan instituciones públicas o privadas, así como los órganos legislativos, judiciales o administrativos es de consideración primordial el interés de niños, niñas y adolescentes”.

Tal como se puede observar, nuestros compromisos constitucionales son contestes en reconocer a los niños, niñas y adolescentes como un grupo que merece una especial protección normativa. Ahora bien, ¿qué significa que un grupo sea considerado vulnerable y, por tanto, merecedor de una especial protección de derechos?

Como veremos con mayor detalle unos párrafos mas adelante, lo que nuestros compromisos igualitarios repugnan no son sólo las distinciones ilegítimas por basarse en ciertas consideraciones irrazonables, sino –y diría sobre todo– prohíbe que nuestra sociedad se encuentre dividida por castas, que esté integrada por “parias”¹⁶, por ciudadanos de segunda clase¹⁷.

Estas castas, esta subordinación, es el producto de prácticas sistemáticas de exclusión social, económica y política. Y, en este sentido asumimos la “cuestión grupal”, estas prácticas no se realizan contra un sujeto, sino contra colectivos de sujetos que reúnen ciertas características; y que por dichas características son víctimas de estas prácticas violatorias.

En este orden de ideas, los niños y niñas reúnen todas las características de un grupo y, lo que es importante, de uno “vulnerable” o “desaventajado”.

El carácter de grupo surge a partir de los datos históricos y presentes que demuestran cómo los niños y niñas han construido y construyen una identidad con códigos, símbolos y prácticas específicas. La fortaleza de este código, a su vez, es de tal magnitud que los mismos asumen esta identidad: el “ser niño/a”. De esta forma, “ser niño/a” implica coincidir y asumirse a sí mismo como partícipe de una etapa etaria con ciertas particularidades específicas. Es innegable, así, hablar de una “identidad de niño/a”, caracterizada, sin dudas, por la exclusión y la opresión del discurso de la otredad y del paternalismo asistencialista.

Por ello, la identidad transmite valores, pautas, criterios; y estos sentidos se construyen, a su vez, en un continuo y complejo entramado de relaciones sociales en el seno de la estructura básica de la sociedad.

16. Fiss, O.: Una comunidad de iguales, Miño y Dávila, Ciepp.

17. Sigo aquí lo que sostuve en Villeros en el ciberespacio (o de ciertas tensiones entre la igualdad y la libertad de expresión), en edición.

¿Y cuáles son las razones para llamar a este grupo, un grupo “vulnerable”? Siguiendo a Fiss, existen varios criterios objetivos que nos permiten reconocer ello.¹⁸ Estos criterios, como veremos, nos permiten sostener que los/as niños/as no sólo son un grupo, sino uno “desaventajado” merecedor de una protección diferenciada.

Fiss explica que lo que configura el carácter de “vulnerable” o “desaventajado” para un grupo social son dos elementos: por un lado la situación de subordinación prolongada de dicho grupo; y, por el otro, el poder político del mismo que se encuentra severamente limitado¹⁹. Como se puede observar, el primer elemento nos remite a un pasado. Nos remite a una historia donde el elemento principal es la total exclusión y subordinación de los sujetos que pertenecen al grupo en cuestión. Como vimos anteriormente, los/as niños y niñas han sido históricamente excluidos de una cuestión sustancial como es el carácter de sujetos de derechos.

El segundo elemento en la teoría de Fiss nos obliga a interpretar un presente: las genuinas posibilidades de participación política del grupo. Uno puede llegar fácilmente a idénticas conclusiones respecto a los/as niños/as: si su pasado es de exclusión y sometimiento, el presente no difiere demasiado. La escasa o nula atención que se da a los niños para escuchar sus voces en el diseño y la implementación de políticas públicas que incidan directamente sobre ellos no parece difícil de advertir.

En este sentido, la experiencia ha mostrado que las necesidades de los niños y la percepción de estas necesidades y derechos pueden volverse una instancia constructiva y evolutiva de la cultura de la democracia y de la legitimidad democrática al interior de una comunidad política. Tal como lo sostuvo Baratta, “no solamente el tema de los niños sino los niños mismos pueden convertirse en una fuente extraordinaria de renovación y de transformación positiva de la democracia de los adultos, si los adultos somos capaces de escucharlos y de aprender de ellos”²⁰.

En lo que sigue, veremos cómo estas consideraciones normativas acerca de las niñas, niños y adolescentes producen efectos trascendentales en nuestra interpretación del principio de igualdad y no discriminación expresado y desarrollado en nuestra comunidad jurídica.

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO NORMATIVO

3.1. La Constitución de la Nación y los tratados internacionales

Una sencilla mirada a nuestro ordenamiento legal constitucional nos arroja, sin mayores dudas, compromisos sustantivos en materia de igualdad y no discriminación y derechos de niños, niñas y adolescentes.

De esta manera, la Constitución Nacional en su artículo 16º y en diversos tratados con jerarquía constitucional consagra y protege la garantía de igualdad ante la ley. Al interpretar este principio en nuestro ámbito nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación históricamente ha determinado que “la igualdad establecida por el artículo 16 de la Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos lo que en iguales circunstancias se concede

18. Fiss, O. (1999): “Grupos y la cláusula de la igual protección”, en Gargarella, R. (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, pp. 137-167. Es necesario remarcar que, si bien tomo varios presupuestos de la teoría de la igualdad de Fiss, sería posible sostener que dicho autor no estaba pensando en el grupo de los niños, niñas y adolescentes al construir la misma. En efecto, una sencilla mirada a su obra, arroja la conclusión de que su teoría estaba enmarcada en la historia estadounidense, y es en ese contexto donde Fiss construye su teoría de la cláusula de igual protección pensando, sobre todo, en los afroamericanos. De todas formas, cabe decirlo, no encuentro mayores limitaciones conceptuales para hacer este “puente teórico”.

19. Op. Cit., p. 144.

20. Baratta, A. (2004): “Infancia y democracia”, en García Méndez, E. y Beloff, M., *Infancia, ley y democracia en América Latina*, 3era edición, Editorial Temis, p. 31.

a otros; de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurientes, según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquier otra inteligencia o excepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza y al interés social”²¹.

21. Ver, entre otros, “Iglesias, Alfredo R. c/ Provincia de Buenos Aires” (Fallos 105:273); “Caille, Eduardo” (Fallos 153:67).

Además, como vimos, el artículo 75 inciso 23 pone en cabeza del Congreso de la Nación la obligación de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionalmente vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Asimismo, los instrumentos internacionales incorporados en el artículo 75 inciso de la Constitución Nacional introducen en forma expresa el derecho a la igualdad, la prohibición de discriminar y la obligación imperativa de proteger los derechos fundamentales contra cualquier tipo de discriminación.

En efecto, el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Preámbulo estipula: “Que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.

El artículo 2 de la Declaración afirma: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2 estatuye que: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2 afirma que: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, re-

ligión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. ”

El artículo 26 dispone que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su artículo 2 que: “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

Ya a nivel infraconstitucional, encontramos dos normas expresamente referidas a la igualdad y no discriminación. La primera es la Ley Nacional Antidiscriminatoria, la Ley Nº 23.592, que en su artículo 1 consagra: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se consideran particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política y gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

La segunda, y ya referida específicamente a los niños se encuentra en el artículo 28 de la –ya citada– Ley 26.061: “Principio de igualdad y no discriminación. Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todos: niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales”.

3.2. El principio de igualdad y no discriminación en el ordenamiento local

La Constitución de la Ciudad consagra el principio de no discriminación en su artículo 11: “Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo”.

Y refuerza este imperioso núcleo igualitario al declararse en su segundo párrafo que: "La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad".

Finalmente, la Ley 114 en su articulado es consistente con aquellos compromisos constitucionales al reconocer el derecho a la igualdad y la no discriminación de los niños. En este sentido, el artículo 5 de dicha norma establece que "la Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan o entorpezcan el pleno desarrollo de niñas, niños y adolescentes y su efectiva participación en la vida política, económica y social de la comunidad.

Asimismo, y en idéntico orden de ideas, el artículo reconoce expresamente el derecho a la igualdad al sostener que "los niños, niñas y adolescentes tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se les reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, ideología, religión, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica, creencias culturales o cualquier otra circunstancia que implique exclusión o menoscabo de ellos, de sus padres o responsables. Las normas legales y reglamentarias de cualquier naturaleza deben aplicarse a todas las niñas, niños y adolescentes sin discriminación alguna".

4. EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Este vasto reconocimiento normativo ha tenido, a su vez, profundas y notables interpretaciones que han dotado de contenido este principio. Estas interpretaciones, además, han emergido no sólo de nuestra práctica jurisprudencial local, sino también de los organismos interpretativos internacionales²².

Pero para poder abordar con mayor claridad estas interpretaciones es necesario remarcar una distinción conceptual que es trascendental para advertir el potencial normativo del principio de igualdad y no discriminación.

Así, es posible advertir que dicho principio abarca dos esferas normativas diferentes: en primer término, la conocida "igualdad formal" referida a la razonabilidad y la justicia de las distinciones establecidas por las normas o bien por los actos u omisiones. En esta esfera de la igualdad sabemos que no toda distinción resulta violatoria del principio de igualdad, y sabemos también que, según este principio, los hombres deben ser tratados con igual consideración y respeto en cuanto a sus aspectos relevantes, pero ¿qué se entiende por aspectos relevantes?, y aún más importante para nuestra discusión: ¿qué vale como una distinción razonable que no afecte al principio de igualdad? ¿Sobre la base de qué criterios se pueden realizar diferencias?

El análisis judicial de la legitimidad estatal a la hora de realizar ciertas distinciones ha llevado a numerosos autores a construir la teoría de las categorías sospechosas, según la cual existen ciertos datos –como el sexo,

22. Cfme. la jurisprudencia en los casos "Girolodi" (sentencia del 7 de abril de 1995, en JA, T.III.1995), "Arana" (sentencia del 19 de octubre de 1995), y en "Bramajo", en el cual mencionó que "la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales..." (Sentencia del 12 de septiembre de 1996, Fallos 319:1840, consid. 8. En sentido coincidente, en los casos "Leonardo Ángel Sánchez Reisse", Fallos 321:1328, "Acosta" (sentencia del 22 de diciembre de 1998, Fallos 321:355) y "Felicetti" (sentencia del 21 de diciembre de 2000, en LA LEY 2001-B, 64).

la situación socioeconómica, la raza, etc.– que, al menos a priori, no pueden justificar distinciones normativas²³.

Sin perjuicio de la importancia de esta esfera del principio de igualdad y no discriminación, quisiera concentrarme en la segunda, la que impacta en las cuestiones de desigualdad estructural. En efecto, esta segunda esfera a la que se proyecta el principio de igualdad y no discriminación es la llamada “igualdad real” o “igualdad material”.

En este sentido, se intenta afirmar que, aún cuando las normas no establezcan distinciones discriminatorias –ya sea por que las distinciones son razonables, o bien porque, directamente, no existen distinciones al respecto–, existen ciertas desigualdades que se producen por patrones estructurales. En este sentido, la “igualdad formal”, veremos, resulta insuficiente para revertir estas situaciones, por lo que se hace necesario reinterpretar aquellos compromisos constitucionales básicos en materia de igualdad y no discriminación.

4.1. El principio de igualdad y no discriminación en su esfera material

4.1.1. Las acciones afirmativas y las niñas, niños y adolescentes

Como lo dijimos, en la actualidad existen situaciones estructurales de desigualdad. Es decir, aún cuando las distinciones no encuentren su causa en una norma o acto que distingue arbitrariamente, puede suceder –como en efecto sucede– que numerosos grupos de nuestra sociedad se encuentran sistemática y estructuralmente excluidos del goce de derechos fundamentales y constitucionalmente reconocidos.

Un caso paradigmático es, claro, el de los niños, niñas y adolescentes cuando, incluso, se entrecruzan con ciertos factores sociopolíticos y económicos tales como la pobreza. En este sentido, a pesar de contar con un ordenamiento protectorio y generoso en términos de reconocimiento de derechos, la población infantil se encuentra afectada –en proporciones preocupantes– y subsumida en circunstancias de exclusión social²⁴, lo que deviene en una sistemática violación de sus derechos más fundamentales. Así, la desigualdad entre los niños y niñas no se origina sólo por normas que puedan discriminar, sino por una serie de prácticas que solidifican una estructura de castas en nuestra actual sociedad.

Por ello, cada vez que un acto u omisión discrimine a un grupo de personas históricamente vulnerado, estará creando situaciones de desigualdad estructural, ya que favorecerá a la instalación y afianzamiento de prácticas segregacionistas que vulneran los derechos de los ciudadanos²⁵.

De esta forma, sucede que a pesar de que numerosas normas y/o decisiones políticas no disponen en su aspecto formal distinciones –o bien esas distinciones son constitucionales– la igualdad, desde aquella concepción igualitaria de la justicia nos exige (mucho) más. Una vez más, esto nos lleva a reinterpretar el Principio de Igualdad y No Discriminación²⁶ y los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

23. Realicé algunas consideraciones teóricas sobre esta problemática en ““El caso Ramírez y algunas nociones en torno a las categorías sospechosas”; IJ Editores, IJ-XXX-193.

24. Ver *Infantilización del déficit habitacional: una temática invisible*. Documento elaborado por la Asesoría General Tutelar (AGT) y el Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Publicado en http://www.cels.org.ar/common/documentos/infantilizacion_del_deficit.pdf

25. Torbisco Casals, N. (2005): “La institucionalización de la diferencia: algunas notas sobre desigualdad estructural y democracia” en *Los límites de la democracia*, SELA 2004, Editorial del Puerto, Buenos Aires, pp.39.

26. Saba, R. (2007): “(Des)Igualdad estructural”, en Alegre, M. y Gargarella, R. (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires.

Aquí, los deberes que tiene a su cargo el Estado son deberes de tipo “afirmativo”, es decir, debe llevar adelante decisiones que afirmen el reconocimiento y garantía de derechos de ciudadanía sobre la base de distinciones. Ya no alcanza con la inexistencia de distinciones discriminatorias; pues bien, ahora la igualdad demanda que, a ciertos grupos, los tratemos diferenciadamente para, en definitiva, lograr aquélla igual consideración y respeto. Me refiero, claro, a las “acciones afirmativas”.

Al respecto se han dado numerosas definiciones de estas medidas²⁷, quedando entre las más importantes la destacada por el Comité para la Igualdad entre hombres y mujeres del Consejo de Europa, según el cual se trata de “las estrategias destinadas a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales”. De esta manera, la distribución desigual de ciertos bienes que proponen las acciones afirmativas se funda en que en ciertas circunstancias “resulta necesario proveer a alguna gente con instrumentos desiguales a los efectos de garantizar igualdad de fines. La distribución desigual de instrumentos constituye una condición necesaria para el cumplimiento de la igualdad”²⁸.

En este sentido, más allá de los objetivos específicos que tenga cada programa de acción afirmativa, el objetivo general de este tipo de políticas es revertir una situación de desigualdad estructural, es decir, de modificar la posición de subordinación en la que se encuentra un determinado grupo en el marco de la sociedad y por razones estructurales.

El origen, entonces, de esta situación de desigualdad no parte de una distinción de una norma o de un acto, sino de prácticas sistemáticas y arraigadas en el seno de una sociedad. Como lo sostiene Rodríguez, “cuando la desigualdad social es la norma imperante en el contexto inicial previo a la distribución de herramientas, no podemos esperar que la mera igualdad abstracta de oportunidades sea capaz de asegurar la igualdad de resultados”²⁹.

4.1.2 Los fundamentos de las acciones afirmativas

Los fundamentos teóricos que justifican la procedencia de las medidas de acción afirmativas se encuentran, sobre todo, en tres diferentes ejes: la justicia compensatoria, la justicia distributiva y los fines socialmente útiles que su implementación produce.

Respecto a la justicia compensatoria, las acciones afirmativas tienen como objeto compensar una historia de exclusión y violación sistemática de derechos fundamentales a grupos vulnerables. Es decir que “el objeto de una medida basada en razones de justicia compensatoria es ubicar a aquellos/as que han sufrido injurias pasadas en el lugar que ellos/as hubieren ocupado, de no haber sido por las injusticias sufridas”³⁰.

El segundo argumento que fundamenta las acciones afirmativas posee dos ejes teóricos y ambos fundados ya no en el pasado, sino en el presente y en el futuro. En primer término, se encuentran las consideraciones de justicia distributiva, es decir, lograr una correcta distribución de aquellos

27. Para ver un recuento de las mismas ver Kemelmajer de Carlucci, A., “Las acciones positivas en la Reforma Constitucional (art. 75 inciso 23)”, en la obra colectiva “La incidencia de la Reforma Constitucional en las distintas ramas del derecho”, publicación de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Serie II, Obras nº 27, 1998, pág. 81. En la presente nos referiremos como “medidas de acción positiva”, “medidas de acción afirmativa”, “acciones positivas”, “acciones afirmativas”, indistintamente.

28. Rodríguez, M.: “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en Gargarella, R., Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, t. II, ps. 623.

29. Op. Cit., p. 624.

30. Op. Cit., p. 630.

bienes que se consideran necesarios e imprescindibles para el desarrollo autónomo de la vida. En este sentido, Rodríguez destaca que “una persona está autorizada para recibir los beneficios de un programa de acción positiva, no porque la sociedad está reconociendo y tratando de reparar injusticias pasadas sino porque merece una porción mayor de los recursos de la comunidad”³¹. Así, si se es consistente con aquél “corazón” de las concepciones igualitarias de la justicia, un criterio plausible de justicia distributiva requiere la búsqueda de igualdad de resultados más de que de meras oportunidades.

31. Op. Cit, p. 634.

La segunda esfera se refiere a la justicia distributiva y correctiva, es decir, por un lado garantizar el cese de prácticas discriminatorias; y, por el otro, “eliminar la tensión social, incrementar la diversidad de la fuerza de trabajo, encontrar un futuro racial y sexualmente integrado, conseguir una sociedad más justa, etc. Por eso se ha dicho que las acciones positivas son más defendibles como arquitectura de un futuro mejor que como compensación por los pecados de discriminaciones históricas”³².

32. Kemelmajer de Carlucci, A.: op. cit., p. 58.

Finalmente, las acciones afirmativas se fundamentan en los beneficios sociales que producen en términos de utilidad social dado que “los programas de acción positiva pueden ser justificados aun si aquellos/as que reciben los beneficios no han sido dañados/as o tratados/as desigualmente en el pasado, siempre que estos programas incrementan los beneficios de la sociedad en su conjunto”³³.

33. Rodríguez, M.: op. cit., p. 637.

En este sentido, estas acciones generan una serie de resultados beneficiosos para el conjunto de la sociedad, tales como: provocar la reflexión colectiva de la sociedad acerca de una problemática hasta el momento invisibilizada, favorecer la democratización y la tolerancia (ejemplo de ello fueron las acciones afirmativas en el ingreso a las universidades que se han visto como corolarios de la pluralidad existente en el seno de la sociedad), etc.

4.1.3. Las acciones afirmativas y las niñas, niños y adolescentes

Vale recordar, una vez más, que a partir del año 1994, nuestra comunidad política asumió como compromiso constitucional el deber del Congreso de dictar medidas de acción afirmativa, en particular para niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad.

Esto no se ha limitado a la Constitución sino que se encuentra contemplado en ciertos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. En efecto, cabe destacar que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁴ como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁵ prevén estas medidas, creando una obligación para todos los Estados signatarios de adoptar de manera oportuna todas aquellas disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos civiles, políticos y sociales de sus nacionales.

34. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de Diciembre de 1966. Art. 2.2

35. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de Diciembre de 1966.

De igual manera, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer

acogen las medidas positivas. En efecto, la primera de estas convenciones señala de manera específica que adoptar medidas especiales que aseguren el progreso de ciertos grupos raciales en aras de garantizar el goce de derechos en condiciones de igualdad no se considerará como discriminación³⁶. Aunque estas dos convenciones se refieren a casos de discriminación específicos (racial y de género), los criterios esgrimidos en ellas pueden ser extrapolados para lograr una protección afirmativa de cualquier grupo social discriminado.

Asimismo, el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad dispone, en su segundo párrafo, que “la Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”.

Ahora bien, con este respaldo normativo y volviendo al esquema teórico propuesto en los puntos anteriores, podemos pensar en los niños y niñas como un grupo que merece una especial protección de derechos en términos de igualdad real o material.

En este sentido y en lo que respecta a la justicia compensatoria, los niños y niñas han sufrido, a lo largo de nuestra historia, una constante exclusión de la comunidad política. Desde su objetivación hasta el desconocimiento palmario de sus derechos más fundamentales, las dinámicas sociales imperantes en el pasado han expresado y demostrado el carácter excluyente de los niños y niñas del estatus de ciudadanos de pleno derecho. Recordando, además, que el perfeccionismo impuesto por el sistema de patronato, vergonzosamente vigente en nuestro país durante décadas, ha solidificado la imagen del niño como un objeto a ser asistido sobre bases caritativas, pero nunca bajo consideraciones de justicia.

En cuanto a la justicia distributiva, un Estado consistente con una idea robusta e igualitaria de la justicia tiene el deber de distribuir bienes de tal manera que los niños y niñas no sufran las consecuencias disvaliosas de una situación azarosa y, por tanto, ajenas a su voluntad. De allí que el Estado no puede asignar relevancia a decisiones de los individuos que han estado fuera de su “ámbito de decisión moral”.

Por lo tanto, la distribución de cargas y de bienes no puede realizarse sobre la base de lo que Rawls ha llamado hechos que pertenecen a la “loteería natural”³⁷ o datos que son “moralmente arbitrarios”. Un niño o niña no es responsable por haber nacido en, por ejemplo, una villa de emergencia. Ésto es moralmente arbitrario dado que nunca tuvo posibilidad de elegirlo y por lo tanto es ajeno a su responsabilidad; y si el Estado asigna cargas u obligaciones normativas sobre la base del lugar de nacimiento –con el correlativo status social que éste conlleva– no sólo no estará honrando un principio de igualdad, sino que estará incumpliendo con el principio de autonomía contenido en el artículo 19º de nuestra Constitución Nacional.

Finalmente, las medidas de acción positiva destinada a niños y niñas tendrán consecuencias deseables para nuestra sociedad. Pensemos, sencillamente, en medidas que tiendan a garantizar y mejorar la educación

36. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2106 A (XXI), de 21 de diciembre de 1965. Art. 1.4.

37. Rawls, J. (2004): Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica, en particular caps. I-IV.

de los niños y niñas de una comunidad. En este orden de ideas, la posibilidad de que generaciones actuales de niños se eduquen en condiciones dignas redundará, sin dudas, en enormes e importantes beneficios para la sociedad toda.

De esta manera, pueden verse numerosos ejemplos en los cuales el ordenamiento dispone distinciones a favor de los niños. Estas distinciones, a su vez, pueden ser respecto a los adultos, o bien incluso dentro del propio grupo de los niños. Respecto al primer caso, por ejemplo, puede observarse la creación de un fuero judicial especializado en cuestiones de niños, niñas y adolescentes. Respecto a las distinciones entre los propios niños –por ejemplo, entre niños en situación socioeconómica vulnerable y niños cuyos padres cuentan con recursos económicos– puede citarse la prohibición expresa de no institucionalizar la pobreza a través de la sistemática institucionalización llevada adelante por las agencias administrativas. Dicha prohibición se encuentra plasmada en el artículo 43 de la Ley de Protección Integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes de la CABA³⁸ –Ley 114– y conlleva, a su vez, la obligación del Estado de realizar medidas que iguallen la situación socioeconómica de las víctimas de la pobreza estructural.

En definitiva, no quedan dudas de que las acciones afirmativas que puedan estar destinadas a niñas, niños y adolescentes se encuentran plenamente justificadas, en términos compensatorios, distributivos/correctivos y de utilidad social.

5. EL IMPACTO DE LA DISCRIMINACIÓN: LOS EFECTOS DIFERENCIADOS EN NIÑOS

Finalmente quisiera llamar la atención sobre un problema en la implementación del Principio de Igualdad y No Discriminación: la dificultad de cómo evaluar cuando existe una situación de discriminación estructural contra un grupo. Muchas veces sucede que una norma resulta, al menos en apariencia, neutral respecto a sus intenciones. Sin embargo, sus efectos redundan en la generación de situaciones de patente desigualdad.

Pensemos, por el caso, en el actual sistema de designación de los cargos docentes que se encuentran vacantes en la Ciudad de Buenos Aires³⁹. Según dicho diseño, existe una primer instancia donde se clasifica al personal por orden de mérito, luego se formula una nómina de aspirantes a las vacantes, y, finalmente, se dispone el destino de las vacantes de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto del docente. El resultado es que los docentes que hayan obtenido el puntaje más alto tienen prioridad en la asignación de cargos docentes, y pueden elegir el distrito y la escuela en la que van a trabajar. Por supuesto, el sistema no prevé ningún tipo de incentivo para que los mejores docentes –los más calificados– elijan concurrir a las escuelas que se encuentran en peores condiciones que, no casualmente, son aquellas en las que estudian los niños, niñas y adolescentes pobres. Es decir, el sistema, que al menos formalmente no establece distinciones entre niños ricos y pobres, ante la existencia de un cúmulo de incentivos para incidir en las preferencias de los docentes, genera que allí donde los alumnos presentan las peores condiciones socioeconómicas de la Ciudad y tienen mayores problemas de aprendizaje es adonde van los docentes que obtuvieron la peor calificación (de acuerdo al sistema vi-

38. Dicho artículo prescribe que: “Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección a aplicar son los programas sociales establecidos por las políticas públicas que deben brindar orientación, ayuda y apoyo incluso económico, con miras a la sustentación y fortalecimiento de los vínculos del grupo familiar responsable del cuidado de niñas, niños y adolescentes”.

39. Para un análisis puede verse el documento elaborado por la A.C.I.J.: La discriminación educativa en la Ciudad de Buenos Aires. Disponible en <http://www.scribd.com/doc/17140737/Informe-La-discriminacion-educativa-en-la-Ciudad-de-Buenos-Aires>

gente) de toda la Ciudad y donde se presentan los mayores índices de vacaciones docentes. Esto, claro está, profundiza enormemente las desigualdades en la calidad educativa.

Con ello en miras, cabe preguntarse si el principio de igualdad y no discriminación requiere o no la existencia de una intención discriminatoria, o bien alcanza con la producción de efectos discriminatorios.

Una posible respuesta la podemos encontrar en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Someramente, la Corte expresó en el precedente "Yatama"⁴⁰ que el principio de igualdad "posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable"; y "el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación"⁴¹. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino que consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe.

Así, son varias las consecuencias de este abordaje del principio de igualdad y no discriminación. La primera de ellas es que el Estado no sólo tiene el deber de no discriminar, sino que ante ciertas situaciones de desigualdad de índole estructural, tiene la obligación de adoptar acciones afirmativas o positivas de equilibrio para asegurar el ejercicio de los derechos por ciertos grupos subordinados. Esto lo vimos en el punto anterior.

Pero la segunda consecuencia, y que resulta sumamente relevante, es que es posible violar el principio de igualdad y no discriminación a partir de prácticas o políticas que aún siendo en apariencia neutrales, pueden tener un impacto o un efecto discriminatorio sobre ciertos grupos desaventajados.

De esta forma, decisiones u omisiones que pueden no expresar una voluntad deliberada de discriminar a un sector, pueden tener como efecto la discriminación de un sector definido y, por lo tanto, considerarse como violatoria de la regla de igualdad. Es decir, el hecho de que exista —o no— una intención discriminatoria y persecutoria contra ciertos grupos resulta irrelevante a los fines de determinar la existencia de la política discriminatoria.

Las razones que impulsan adoptar este criterio son, principalmente, dos. En primer lugar, nuestra Constitución impide —como vimos— la existencia

40. Corte IDH, caso "Yatama Vs. Nicaragua"; sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127. Ver en igual sentido Corte IDH, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados". Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 88, y Corte IDH, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", párr. 44.

41. Párrafos 185 y 186.

de diferentes “castas” o tipos de ciudadanos más allá de los motivos que justifiquen su existencia. Esto es, por el sólo hecho de que existan desigualdades ilegítimas entre las personas, un Estado comprometido con el Estado Constitucional de Derecho tiene el deber de removerlas, sin importar si existe o no una intención deliberada para construir dichos estamentos sociales. Tal como lo sostiene Nino, “el fin detrás de la Cláusula de Igualdad es prevenir esos daños. Cualquier otra interpretación sirve para restringir la protección de ese principio y no respeta su esencia”⁴².

En segundo lugar, la razón por la cual la discriminación debe juzgarse sobre la base de sus efectos, y no de las posibles intenciones, está relacionada con la imposibilidad de probar fehacientemente la intención del legislador. Al respecto, Kushner expresa que, en estos casos, “el demandante debe o bien meterse en la cabeza de los legisladores y en sus estados de ánimo o presentar hechos tan contundentes que sea absolutamente innegable que el resultado discriminatorio fue el deseado”⁴³. En este mismo sentido, resulta prácticamente imposible demostrar con certeza –tal como lo requiere un proceso judicial– qué fue lo que pasaba por la mente del legislador al momento de tomar una decisión pública. Y aún si se pudiese, las decisiones legislativas, por el caso, pueden tomarse por diversas razones. No siempre –de hecho, en muy pocas ocasiones– las políticas públicas o bien las decisiones colectivas se toman por idénticas razones.

Volvamos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde este criterio ha sido ampliamente aceptado y desarrollado. En este sentido, en el caso “Bosico”,⁴⁴ en el que se discutía la validez de políticas estatales que denegaban la nacionalidad a niños y niñas, la Corte expresó que “el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”⁴⁵.

Este abordaje, por otro lado, implica reconocer cómo ciertas acciones del Estado pueden impactar no en una persona individual, sino en un grupo o en un sector subordinado de la población. De allí que, tal como lo expresa Abramovich, “no solo van a ser violatorias del principio de igualdad aquellas normas, prácticas o políticas que deliberadamente excluyan a determinado grupo, sin un argumento razonable o lógico, sino también las que pueden tener efectos o impactos discriminatorios”⁴⁶.

En virtud de la absoluta prioridad que establece la Constitución de la Ciudad para hacer frente a las necesidades de los grupos más desaventajados de la sociedad y, en particular, de las personas menores de edad, la obligación de remover los obstáculos para asegurar que los niños y niñas puedan materializar su plan de vida de manera igualitaria resulta insoslayable.

42. Nino, E.: “Efecto o intención: ¿cuál debería ser el requisito en los casos de discriminación?”, en Alegre M. y Gargarella R. (comps.), *El derecho a la igualdad*, Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 247.

43. Kushner, R.: *Apartheid in America*, Gateway Associated Faculty, N. York, 1996, p. 100.

44. Corte IDH, “Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana”, sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130

45. Párrafo 141. El resaltado nos pertenece.

46. Abramovich, V.: *De las violaciones masivas a los patrones estructurales. Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos*, trabajo en edición.

